



# **Criminalia**

---

*Annuario di scienze penalistiche*

*Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,  
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,  
Luciano Eusebi, Fausto Giunta,  
Renzo Orlandi, Michele Papa,  
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

*Coordinatore*

Fausto Giunta

*Comitato di redazione*

Alessandro Corda, Daniele Guerri,  
Dario Micheletti, Daniele Negri,  
Caterina Paonessa

*Coordinatore*

Dario Micheletti

*Direttore responsabile*

Alessandra Borghini

**[www.edizioniets.com/criminalia](http://www.edizioniets.com/criminalia)**

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

---

2 0 1 2

---



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

© Copyright 2013  
EDIZIONI ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

Distribuzione  
PDE, Via Tevere 54, I-50019 Sesto Fiorentino [Firenze]

ISBN 978-884673653-6  
ISMN 1972-3857

## INDICE

### **Editoriale**

- GIOVANNI CANZIO  
*“Per non dimenticare”: a vent’anni dalle stragi di Capaci e via D’Amelio* 15

### **Primo Piano**

- EVA CANTARELLA  
*La chiamavano basanos. La tortura nell’antica Grecia* 19

- MIRJAN R. DAMAŠKA  
*La ricerca del giusto processo nell’età dell’inquisizione* 27

- GIOVANNI FIANDACA  
*La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale* 67

- CARLO ENRICO PALIERO  
*Lagorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?* 95

- JOHN A.E. VERVAELE  
*Extraordinary rendition e sparizione forzata transnazionale  
nel diritto penale e nel diritto internazionale dei diritti umani* 119

### **Retrospectiva** “Giudici e giurati tra ‘intimo convincimento’, ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’ e obbligo di motivazione”

- MANUEL J. ARROBA CONDE  
*Convincimento, certezza e motivazione: l’esperienza canonica* 163

- LOREDANA GARLATI  
*“Contro il sentimentalismo”. L’impianto inquisitorio del sistema delle prove  
nel c.p.p. del 1930* 181

- FRANCESCA RUGGIERI  
*La circolazione di “libero convincimento e giuria” all’epoca del primo codice unitario:  
gli equivoci di un trapianto sbagliato* 229

**Il punto su...La legge del giudice penale. A proposito di fonti e interpretazione**

- RENATO BRICCHETTI  
*Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza* 261
- OMBRETTA DI GIOVINE  
*Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale* 267
- GAETANO INSOLERA  
*Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”* 285
- SERGIO MOCCIA  
*Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto* 299
- VITO VELLUZZI  
*Due (breve) note sul giudice penale e l'interpretazione* 305
- NICOLÒ ZANON  
*Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale* 315

**Il punto su... Il nesso causale: accertamento e motivazione**

- FRANCESCO D'ALESSANDRO  
*Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese* 331
- OLIVIERO MAZZA  
*Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione* 357

**Il punto su... Quale colpa penale?**

- ROCCO BLAIOTTA  
*Legalità, determinatezza, colpa* 375
- CARLO BRUSCO  
*Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie del reato”* 383

**Opinioni a confronto**

- La Direzione Nazionale Antimafia e il coordinamento delle indagini di mafia dopo 20 anni: bilancio e prospettive*  
Nota introduttiva di Giovanni Canzio 415
- Ne dibattono:*  
SALVATORE LIOTTA  
FILIPPO SPIEZIA

## Antologia

- ALESSANDRO CORDA  
*Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale* 497
- CRISTIANO CUPELLI  
*Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge* 535
- ALBERTO DI MARTINO  
*Il crimine ottativo. Per un'esegesi penalistica del crimine internazionale di aggressione* 563
- ANGELO MARLETTA  
*Detenzione "amministrativa" dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale* 603
- DARIO MICHELETTI  
*Le fonti di cognizione del diritto vivente* 619
- CATERINA PAONESSA  
*Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo* 641
- MARIO PISANI  
*Sull'esperienza investigativa all'estero di Giovanni Falcone* 675

## L'angolo dei classici

- Il mestiere del giudicare. Traendo spunto dalla riedizione dell'opera di Dante Troisi "Diario di un giudice", Sellerio, 2012*  
 Introduce Ettore Randazzo  
 Interventi di ALESSANDRO CENTONZE e TITTA MADIA 681

## La biblioteca del penalista

- ANTONIO VALLINI  
*Il guidatore contromano e il guardiano del faro. Recensione a Winfried Hassemer, Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale, Il Mulino, 2012, trad. it. di Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer, a cura di Domenico Siciliano* 701



## TABLE OF CONTENTS

### **Editorial**

- GIOVANNI CANZIO  
*"Lest we forget": twenty years after the massacres of Capaci and via D'Amelio* 15

### **Front page**

- EVA CANTARELLA  
*They call it basanos. Torture in ancient Greece* 19

- MIRJAN R. DAMAŠKA  
*The quest for a fair process in the era of inquisition* 27

- GIOVANNI FIANDACA  
*State-mafia negotiations between politics and criminal proceedings* 67

- CARLO ENRICO PALIERO  
*The agorà and the palace. Legitimacy for criminal law?* 95

- JOHN A.E. VERVAELE  
*Extraordinary rendition and transnational forced disappearance under criminal law and international human rights law* 119

### **Retrospective** "Judges and jurors between 'intimate belief', 'beyond reasonable doubt' and the duty of explanation"

- MANUEL J. ARROBA CONDE  
*Belief, certainty and motivation: the canonical experience* 163

- LOREDANA GARLATI  
*Against "sentimentalism": the inquisitory structure of the rules of evidence in the Italian code of criminal procedure enacted in 1930* 181

- FRANCESCA RUGGIERI  
*The flow of "free belief and jury" at the time of the first criminal code of united Italy: the misunderstandings of an incorrect transplantation* 229

**Focus on...** *The criminal law of the judge. Talking of sources of law and interpretation*

RENATO BRICCHETTI  
*The status of legality in jurisprudence* 261

OMBRETTA DI GIOVINE  
*From constructivism to interpretive naturalism? Cause for reflection in criminal law* 267

GAETANO INSOLERA  
*A few considerations and a question about legality in criminal law at the "time of the judges"* 285

SERGIO MOCCIA  
*On preconditions of judicial hermeneutics in the rule of law* 299

VITO VELLUZZI  
*Two (short) notes on the judge and interpretation in criminal cases* 305

NICOLÒ ZANON  
*On some current problems of the supremacy of the law in creating criminal law* 315

**Focus on...** *The causal nexus: verification and motivation*

FRANCESCO D'ALESSANDRO  
*Causal explanation through scientific laws, ten years after the Franzese judgement* 331

OLIVIERO MAZZA  
*The reasonable doubt in the theory of decision making* 357

**Focus on...** *Criminal negligence?*

ROCCO BLAIOTTA  
*Legality, definiteness and negligence* 375

CARLO BRUSCO  
*Risk and danger, "allowed danger" and the precautionary principle. The so called "flexibility of the categories of the crime"* 383

**Opinion exchange**

*Direzione Nazionale Antimafia and the coordination of mafia investigations twenty years after: evaluation and perspectives*  
Introductory note by Giovanni Canzio 415

*Discussants:*

SALVATORE LIOTTA

FILIPPO SPIEZIA

## Anthology

- ALESSANDRO CORDA  
*Reflections on the relationship between neuroscience and imputability in criminal procedure* 497
- CRISTIANO CUPELLI  
*The European Parliament and the limits of the co-decision procedure in criminal law. Between models of democracy and the crisis of the "supremacy of the law" in criminal law* 535
- ALBERTO DI MARTINO  
*Crime in the optative form. A criminal law exegesis of the international crime of aggression* 563
- ANGELO MARLETTA  
*"Administrative" detention of foreigners and reserve jurisdiction over personal freedom* 603
- DARIO MICHELETTI  
*The sources of legal information* 619
- CATERINA PAONESSA  
*Obligation to prevent and physiognomy of the power to prevent* 641
- MARIO PISANI  
*On the Giovanni Falcone investigation experience* 675

## Classics corner

- The profession of judging. Taking the cue from the republication of Dante Troisi's work*  
*"Diario di un giudice" ("Diary of a judge"), Sellerio, 2012*  
 Introduction by Ettore Randazzo  
 Discussants: ALESSANDRO CENTONZE and TITTA MADIA 681

## The library of the criminal law scholar

- ANTONIO VALLINI  
*The driver on the wrong side of the road and the lighthouse keeper. Review of Winfried Hassemer, Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer (Why punishment is necessary. In defense of criminal law), Il Mulino, 2012, Italian translation by Domenico Siciliano* 701



## **Editoriale**



‘PER NON DIMENTICARE’:  
A VENT’ANNI DALLE STRAGI DI CAPACI E VIA D’AMELIO

di GIOVANNI CANZIO

Nel ventennale delle stragi mafiose di Capaci e Via D’Amelio, il 19 maggio e il 23 luglio 2012, sono state ricordate in numerose città italiane le figure di Giovanni Falcone e di Paolo Borsellino, uccisi per deliberazione e per mano di uomini di “*cosa nostra*”, insieme con Francesca Morvillo e con gli uomini e le donne della scorta.

‘Com-memorare’ significa rinnovare insieme la memoria delle vittime, riflettere e ‘com-prenderne’ le gesta, ‘con-dividerne’ il senso delle vite spezzate, delle azioni, dei progetti e del contributo offerto in difesa della legalità e della giustizia.

Si è invece assistito nei giorni della memoria allo spettacolo avvilente di una comunità sicuramente dolente, e tuttavia lacerata, disunita, confusa, inquieta, talora travolta dalla retorica di parole consumate e abusate.

La polemica, anche fra uomini e apparati delle Istituzioni, non è rimasta sospesa (anzi si protrae tuttora rumorosamente) neppure nei giorni del ricordo, quando si sarebbero dovute celebrare con sobrietà e silenzioso rispetto vicende drammatiche che, consacrate dall’estremo sacrificio della vita dei protagonisti, vanno annoverati fra gli atti che fondano l’unità della *polis*.

Se le parole vanno misurate con la storia di uomini considerati giustamente ‘eroi’, ci sembra di dover riconoscere in Falcone e Borsellino delle figure ‘prometeiche’, perché, nel quotidiano esercizio della giurisdizione e dell’impegno riformatore, prima di (talora contro gli) altri, hanno intuito, analizzato, percorso e proposto itinerari innovativi nelle pratiche di contrasto delle consorterie mafiose, mettendone finalmente a fuoco la vulnerabilità.

Dal modello del coordinamento e della specializzazione delle investigazioni al rigoroso utilizzo dei collaboratori di giustizia, dal coraggioso avvio del maxiprocesso di Palermo e di numerosi altri processi contro la ‘cupola’ mafiosa nelle aule di giustizia all’apertura di indagini sull’area grigia della contiguità compiacente di politici, amministratori e imprenditori, dall’analisi delle tecniche di penetrazione della mafia nei circuiti dell’economia e della finanza all’applicazione di misure aggressive dei patrimoni frutto del crimine organizzato, alle più severe restrizioni carcerarie per i capi della cosche: ebbene, occorre essere consapevoli, a distanza di tempo e alla stregua di una più matura riflessione, che Essi hanno saputo guardare lontano, sperimentando per primi pratiche innovative di contrasto del fenomeno

mafioso e proponendo per il futuro nuove e più incisive misure di riforma della relativa legislazione.

Alla paura, al silenzio omertoso e alla connivenza hanno opposto fiducia, proposta, ragione e passione civile.

Alla violenza criminale e alle ingiuste critiche, talora subite dall'interno e dall'esterno, hanno risposto con la compostezza, la serietà, la professionalità dovute nell'esercizio della giurisdizione.

Come magistrati e cittadini hanno profondamente amato i valori della legalità e della giustizia e – lo ricorda Agnese Borsellino nella lettera scritta il 23 maggio 2012 al Capo dello Stato, Giorgio Napolitano –, pure nei momenti della più amara solitudine, hanno sempre creduto e insegnato a credere nello Stato democratico *“malgrado tutto e tutti”*, con coerenza e generosità fino all'ultimo giorno.

Vorremmo perciò che Falcone e Borsellino venissero onorati e commemorati come uomini delle Istituzioni, leali servitori dello Stato, uccisi barbaramente dalla mafia perché, senza cedimenti e con lungimiranza, difendevano le regole della Costituzione e delle leggi, considerate garanzia di libertà e di sicurezza per tutti i cittadini.

Il ricordo della loro esemplare lezione non può costituire terreno umiliante di scontro politico o addirittura istituzionale, bensì deve rappresentare una perenne eredità da trasmettere alle nuove generazioni e uno strumento di forte e solidale impegno morale per l'intera comunità nazionale.

**Primo piano**



EVA CANTARELLA

LA CHIAMAVANO *BASANOS*:  
LA TORTURA NELL'ANTICA GRECIA

1. I Greci la chiamavano *basanos*, un termine che originariamente indicava la “pietra di paragone”, usata per testare l’oro<sup>1</sup>, e che da questo passò a indicare qualunque strumento o procedimento utile a “mettere alla prova” una persona: e dunque, successivamente, anche la pratica che noi chiamiamo tortura<sup>2</sup>: alla quale – va subito detto – i Greci facevano ampio ricorso sia in funzione “punitiva” sia in funzione “giudiziaria”, al fine di estorcere in giudizio dichiarazioni considerate utili ai fini dell’accertamento della verità.

2. La tortura “punitiva”, dalla quale cominceremo, veniva inflitta sia nello spazio privato dell’*oikos*, sia in quello pubblico della *polis*. Nell’*oikos*, vale a dire in famiglia, il potere insindacabile di farvi ricorso spettava al capo del gruppo. Circostanza, questa, che rende non poco difficile stabilire quali fossero i comportamenti così puniti e quali, se vi erano, i tipi di tortura previsti per le diverse, più o meno gravi infrazioni: tutto dipendeva, infatti, dalla volontà, a volte anche dall’umore del capo dell’*oikos*. Qualunque violazione alle regole della disciplina domestica, dunque, qualunque atteggiamento ritenuto non sufficientemente rispettoso poteva costare pene quali, ad esempio, la reclusione nel carcere domestico, la fustigazione, la sottoposizione a mutilazioni, la condanna a lavori estenuanti, svolti in condizioni che potevano mettere a rischio la sopravvivenza...e via dicendo. Gli schiavi, in particolare, conoscevano bene i rischi cui andavano incontro in caso di disobbedienza o di semplice negligenza. Così come sapevano quanto poteva costare loro il sospetto del padrone che essi fossero a conoscenza di qualcosa che gli tenevano nascosto, come ad esempio un tentativo di ribellione o di fuga da parte di altri schiavi o, su un piano diverso, il comportamento disdicevole di una delle donne della casa, della cui onestà (beninteso sessuale) il capofamiglia era il custode e garante.

Senonché, a darci importanti anche se non del tutto esaurienti informazioni in

<sup>1</sup> Vedi ad esempio Plat., *Gorg.* 486.

<sup>2</sup> Sul significato di *basanos* vedi tra gli altri M. GAGARIN, *The Torture of Slaves in Athenian Law*, in CPh 91 [1996], 1 ss., part. 2 s. e D.C. MIRHADY, *The Athenian Rationale for Torture*, in V. HUNTER, J. EDMONDSON [eds.], *Law and Social Status in Classical Athens*, Oxford 2000, 53 ss., part. 58 nt. 21.

materia intervengono alcune fonti, tra le quali, in particolare, le orazioni dei logografi specializzati nella redazione delle orazioni giudiziarie. Ad Atene – dove era diritto-dovere dei cittadini sostenere personalmente in processo le proprie ragioni – chi poteva permetterselo si rivolgeva a dei professionisti (i logografi giudiziari, appunto), che scrivevano le orazioni che i clienti imparavano a memoria e recitavano dinanzi ai giudici. Ed è grazie a una di queste orazioni (nella specie scritta da Lisia in difesa del suo cliente Eufileto) che veniamo a conoscenza di uno scandalo sessuale che all'epoca diede non poco da parlare agli Ateniesi e che fornisce interessanti informazioni pratiche di tortura in uso nelle case ateniesi.

Ed ecco la storia: da qualche tempo, Eufileto nutriva forti sospetti sulla fedeltà della moglie, per non dire che era ormai certo della sua infedeltà. Di fronte a un simile oltraggio, aveva deciso di vendicarsi: il diritto ateniese, tra l'altro, concedeva la totale impunità ai mariti traditi che uccidevano per "causa d'onore". Ed Eufileto intendeva sfruttare questa possibilità. Ma la legge subordinava l'impunità ad alcune condizioni: gli adulteri, infatti, dovevano essere sorpresi in flagranza di reato all'interno dell'*oikos*. Bisognava, dunque, che l'amante della moglie (di nome Eratostene) entrasse in casa di Eufileto, pensando che questi fosse lontano. Come fare? Convinto che una delle schiave di casa fosse a conoscenza della tresca della moglie, Eufileto la minacciò: "hai due possibilità di scelta, le disse: una è essere frustata e sottoposta alla tortura della macina, senza speranza di cavartela mai più da una sorte così miserabile; l'altra è dirmi la verità, nel qual caso non subirai alcuna punizione, anzi ti perdonerò le tue colpe" (Lisia, *Per l'uccisione di Eratostene*, par. 18)<sup>3</sup>. Spaventatissima, la schiava parlò, e al momento opportuno avvertì Eufileto che Eratostene era in casa. Oltre che "punitiva", dunque, la tortura domestica, in un contesto molto diverso, poteva avere la funzione "conoscitiva" che nello spazio pubblico era affidata alla tortura "giudiziaria".

3. Ma veniamo, adesso, alla tortura "pubblica". A partire da quella penale, che ad Atene come già detto, era ampiamente applicata. Ma attenzione, sempre e solo a una condizione: che a subirla non fosse un cittadino ateniese.

Secondo quanto veniamo a sapere da un isolato passaggio della *De Mysteriis* di Andocide, infatti, un decreto detto "di Scamandrio" (di data ignota, ma certamente risalente a un'epoca abbastanza remota: secondo alcuni, tardo VI secolo a.C.) vietava di sottoporre a tortura i cittadini. E il divieto rimase in vigore per tutto il IV secolo, come sta a dimostrare, tra l'altro, un noto episodio relativo alla morte di Focione, condannato alla pena capitale per tradimento nel 319 a.C. (e ucciso, poi, con la cicuta). In quell'occasione infatti – secondo il racconto di Plutarco – alcuni

<sup>3</sup> Altri riferimenti in Dem., *Boeot.* II, 15; ID., *Olymp.*, 16, 18.

concittadini proposero di torturarlo, prima di metterlo a morte. Ma, per la sua chiara incostituzionalità, neppure il suo accusatore accettò la proposta<sup>4</sup>.

Alla tortura penale pubblica, dunque, venivano sottoposti gli schiavi pubblici (a punire quelli privati pensava il padrone) e le persone di stato libero che non godevano della cittadinanza ateniese, vale a dire gli stranieri e i “meteci”, gli stranieri residenti ad Atene, per lo più commercianti, iscritti a un albo speciale, che pagavano una speciale tassa detta *metoikion* e che dovevano servire accanto agli Ateniesi in caso di guerra, ma non godevano di alcuno dei diritti di cui godevano i cittadini.

4. E veniamo, tutto ciò premesso, ai modi e alle forme di questa tortura, prendendo le mosse da quella che era, probabilmente, per non dire certamente, l'esecuzione capitale più crudele in uso ad Atene, vale a dire l'*apotympanismos*, spesso detta la crocifissione greca, ma che con la crocifissione nulla aveva a che fare. L'*apotympanismos* infatti consisteva nel legare strettamente il condannato a un palo (detto *tympanon* o *sanis*), abbandonarlo alla sua sorte, in genere alle porte della città, dove la morte sopraggiungeva tra gli stenti, la fame, la sete, i morsi degli animali feroci e affamati... Un'esecuzione crudelissima, lo abbiamo già detto, ad aumentare le cui sofferenze il momento della morte riservata al condannato, già di per sé atroce, era aggravata da atti preparatori che, appunto, altro non erano che veri e propri atti di tortura.

Il condannato alla *sanis*, infatti, non veniva semplicemente incatenato: era avvinto in ceppi regolabili, con polsi e caviglie chiusi da anelli che venivano stretti grazie a una “vite” (*belos*). E come se questo non bastasse il suo collo era serrato da un anello.

A ragguagliarci su questo particolare dell'esecuzione è un passo delle *Tesmoforiazuse* di Aristofane, là dove Mnesiloco tenta di difendere Euripide (cui è legato da rapporti di parentela) dall'attacco delle donne ateniesi, che lo volevano condannare a morte per quella che ritenevano la sua misoginia. Singolare sorte, sia detto per inciso, quella di Euripide: accusato di odiare le donne dai suoi contemporanei e considerato “femminista” dalle suffragette inglesi, che davano pubblica lettura delle sue opere. Ma torniamo ai fatti: camuffato in vesti femminili per non essere riconosciuto Mnesiloco tenta di difendere Euripide, ma viene scoperto e condannato a essere legato “al palo”. E subito chiede al pritano incaricato dell'esecuzione: “Ti prego, fammi legare al palo nudo, senza mitra e tunica gialla”. Chiaramente, morire travestito da donna era una sorte di pena accessoria infamante (anche se non istituzionale), che ledeva ulteriormente l'onore e l'immagine del condannato,

<sup>4</sup> Vedi S. TODD, *How to execute People in Fourth Century Athens*, in V. HUNTER. - J. EDMONDSON, *Law and Status*, cit., p. 31, part. 35 s.

aumentando, accanto alla sua personale vergogna, il discredito del gruppo sociale cui apparteneva. Ma accanto alla “veste gialla”, c’è un’altra, ben più grave (e questa volta istituzionale) pena accessoria, descritta nella scena successiva.

Non appena legato al palo, infatti, Mnesiloco si produce in una dissacrante parodia, evidentemente di grandissima efficacia comica, nel corso della quale finge di essere Andromeda, una giovane donna che, secondo il mito, era stata condannata a una morte sacrificale per salvare la patria dal pericolo di un mostro. Ma la sua bellezza l’aveva salvata. Vedendola, Perseo se ne era innamorato e aveva promesso che se gli fosse stata concessa in moglie avrebbe liberato il paese dal pericolo. Questa la storia di Andromeda, della quale quel che a noi interessa non è, ovviamente, il peraltro prevedibile lieto fine, bensì la parte relativa al supplizio di Mnesiloco, che sulla scena, fingendo per lo spasso degli spettatori di essere la sfortunata eroina, lamenta dolori “che segano la gola”. E i suoi torturatori acconsentono ad allentare il cavicchio, che evidentemente stringeva più o meno forte la gola del condannato, a seconda del livello di tortura che si decideva di infliggergli. In questo caso, siamo di fronte a una vera e propria tortura accessoria, che come dicevamo contribuiva a rendere ancor più atroce quella che, in teoria, era “solo” una condanna a morte. Ma che solo tale non era (come, purtroppo, non poche delle condanne capitali ancora in uso in tanti Paesi di questo nostro mondo, della cui civiltà vogliamo – a volte contro ogni evidenza – illuderci).

5. E veniamo infine – sempre per restare nello spazio della tortura pubblica – alla tortura che, negli ultimi decenni, ha maggiormente attratto l’interesse degli antichisti e sollevato al loro interno non pochi dibattiti, vale a dire quella “giudiziaria”.

Ad Atene infatti, nel corso di un processo, se una delle parti (attore o convenuto, accusatore o accusato che fosse) chiedeva che venisse chiamato a testimoniare uno schiavo, si apriva una procedura la cui ragion d’essere stava nel fatto che la testimonianza di uno schiavo era considerata credibile solo dopo che questo era stato sottoposto a tortura. L’onere di compiere l’atto iniziale di questa procedura, detta *proklesis eis basanon*, toccava a chi chiedeva la testimonianza e consisteva, a seconda dei casi, nell’offrire un proprio schiavo perché venisse torturato, o nel chiedere alla controparte che consegnasse a questo scopo uno dei suoi schiavi. La *proklesis* doveva contenere l’indicazione del luogo della tortura e delle domande da sottoporre allo schiavo alla presenza del proprietario, della controparte e dei testimoni. La registrazione scritta della testimonianza era affidata di regola a un terzo, detto *basanistes*, allo scopo di essere successivamente prodotta come prova in tribunale.

Regole chiare, si potrebbe dire a prima vista, che hanno tuttavia suscitato un notevole numero di dubbi e notevoli controversie dottrinarie. Nelle orazioni che

fanno riferimento alla *proklesis*, infatti, questa non risulta mai accettata, e nessuna delle fonti in nostro possesso parla di schiavi effettivamente torturati in giudizio.

6. Di qui, una serie di tentativi di spiegarne le ragioni: nessuno dei quali peraltro, quantomeno a mio giudizio, appare sufficientemente convincente. Tutt'altro che tale infatti, per cominciare, è l'ipotesi che la *basanos* fosse un'ordalia, e che di conseguenza la sua accettazione risolvesse di per sé, stragiudizialmente, la questione controversa: ecco perché, si è detto, nelle orazioni si parla solamente di *prokleseis* rifiutate<sup>5</sup>. Ma le fonti, se è vero che non contengono riferimenti a schiavi torturati in giudizio, non contengono neppure il minimo accenno a pratiche ordaliche di questo genere. E così, recentemente, vi è stato chi si è orientato verso un'altra soluzione, secondo la quale il rifiuto della *proklesis* sarebbe da considerare una *factio*. Le *prokleseis*, hanno detto alcuni, venivano formulate (grazie all'abilità retorica di chi le redigeva) in modo che la controparte non avrebbe potuto che rifiutare: farvi ricorso dunque (o meglio fingere di farvi ricorso) sarebbe stato solo un mezzo per impressionare i giudici a proprio favore<sup>6</sup>.

Altri, invece (sempre nella linea delle *prokleseis* fittizie)<sup>7</sup>, hanno ipotizzato che queste venissero sempre rifiutate, perchè accettarle avrebbe significato ammettere l'importanza degli argomenti della controparte, finendo con l'avvantaggiare quest'ultima. Ma neppure gli argomenti a favore della "finzione giuridica" sembrano persuasivi. Anche e forse soprattutto se si pensa al modo in cui fanno riferimento alla *basanos* giudiziale i pensatori ateniesi, a cominciare (in ordine di importanza) da Aristotele.

Nella *Retorica*, infatti, là dove si occupa dei mezzi di prova (*pisteis*) utilizzabili all'interno di un discorso, lo Stagirita distingue le prove *entechnoi*, vale a dire tecniche (quella che un abile retore può elaborare) e quelle *atechnoi*, vale a dire "atecniche" (che nessuna abilità retorica riesce a manipolare). E tra le prove "atecniche", dopo le leggi (brevissima parentesi: ad Atene non vigeva il principio *iura novit curia*, portare la legge a conoscenza dei giudici era onere delle parti), Aristotele cita i patti, i giuramenti, le testimonianze e la *basanos* (Arist., *Rhet.* 1375 a 2). E di quest'ultima tiene a sottolineare l'affidabilità, confermando quella che appare una radicata convinzione degli Ateniesi, e in particolare degli oratori giudiziari.

<sup>5</sup> Avanzata da J.W. HEADLAM, *On the "proklesis eis basanon"*, in *Attic Law*, in CR 7 (1893), 1 ss. Per le ragioni che inducono a non accettare questa tesi vedi L. PEPE, *Quali altri? Le vittime della tortura ad Atene tra V e IV secolo*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di Alberto Maffi e Lorenzo Gagliardi, Academia Verlag. Sankt Augustin, pp. 218-235.

<sup>6</sup> Così G. THÜR, *Beweisführung*, cit., 233 ss. e 310 s. e sulla sua S. TODD, *Purpose of Evidence*, cit., part. 32 ss.

<sup>7</sup> M. GAGARIN, *The Torture of Slaves in Athenian law*, in *Cl.Phil.* 91 (1996), 1 ss., part. 11 s.

Limitiamoci a qualche esempio: secondo Antifonte la testimonianza sotto tortura era imparziale e impediva al torturato di mentire; per Demostene la *basanos* era superiore a ogni altro mezzo di prova; Isocrate la ritiene incontrovertibile, Iseo infallibile ...e potremmo continuare. Della tortura, dunque, si parla come di qualcosa ben diverso da una *fictio*: se ne parla, al contrario, sia come di uno strumento effettivamente in uso, efficiente, e – considerazione non secondaria – più che largamente apprezzato. Le voci contrarie alla tortura giudiziale infatti sono pochissime (per quella penale, il problema non si poneva neppure). E nessuna di esse condannava la tortura in sé, ma solo il modo sbagliato in cui veniva praticata, con il conseguente rischio che la sua infallibilità venisse meno<sup>8</sup>.

7. Ed è proprio questo, forse, quel che ha provocato il dibattito cui abbiamo accennato. Più o meno consciamente l'idea che i Greci, celebrati per la loro mitezza e la loro grandissima civiltà, ricorressero alla tortura non solo per punire i criminali, o più in genere chi aveva infranto delle regole, ma anche per inferire su degli innocenti, come – appunto – gli schiavi sottoposti alla *basanos* giudiziale, si è scontrata con l'immagine idealizzata della Grecia che per decenni ha dominato tra i grecisti. Che i Romani, o altri popoli antichi, usassero torturare nemici e oppositori, criminali, persone sospette, o semplicemente persone alle quali si volevano estorcere verità (o meglio, confessioni più o meno veritiere) è cosa che non ha mai turbato più che tanto gli storici. I Romani, in particolare, hanno sempre goduto da questo punto di vista di una pessima fama: i giochi nel circo, gli spettacoli gladiatorii, la pratica – non solo romana, peraltro – di decapitare i nemici uccisi, e di esibirne la testa, infilata in cima a una picca, a riprova del loro valore bellico... Ma i Greci, nella civilissima Atene, possibile mai che si ricorresse a simili pratiche? In quella Grecia, in particolare in quella Atene dove, nel V secolo a.C. sarebbero miracolosamente fiorite, quasi dal nulla, arti, letteratura, teatro, filosofia; e dove si sarebbe realizzato il modello più radicale di democrazia mai esistito? Oggi, ovviamente, le cose sono cambiate. Nessuno più mette in discussione l'esistenza degli scambi plurimillenari tra la Grecia e l'Oriente, che – pur andando nei due sensi – hanno comunque indiscutibilmente e io credo anche fortemente contribuito alla fioritura (effettivamente straordinaria) della civiltà che noi chiamiamo occidentale. Ed è superfluo dire che nessuno degli odierni sostenitori della teoria ordalica o di quella "fittizia", a proposito della *basanos*, affronta la discussione in materia avendo in mente argomenti di quel tipo. Oggi siamo tutti consapavoli che i debiti verso l'Oriente nulla tolgono alla grandezza della Grecia e ai nostri immensi debiti nei loro confronti. Quello che non abbiamo ancora imparato del tutto, forse, è che questi

<sup>8</sup> Si veda ad esempio Ant., *Her.* 31 ss e 35 e Dem., *Pant.*, 41.

---

debiti non vengono certo meno, anche ammattendo che, come tutti, anche i Greci sono vissuti nella storia: in un mondo, vale a dire, che non è mai rimasto uguale a se stesso, e che per tanti aspetti è profondamente diverso dal nostro. Come ci ricorda l'*incipit* di un celebre romanzo inglese di L. P. Hartley (*The go-between*, tradotto in italiano "Letà incerta"), non dobbiamo mai dimenticare che "*the past is a foreign country: they do things differently there*": "il passato è un paese straniero: si fanno le cose in un modo diverso, là". Anche se diventato celebre per aver dato il titolo a un recente romanzo, l'avvertimento di Hartley è fondamentale, per capire i nostri antenati, quali che essi siano: ivi compresi i Greci.



MIRJAN R. DAMAŠKA

LA RICERCA DEL GIUSTO  
PROCESSO NELL'ETÀ DELL'INQUISIZIONE (\*) (\*\*)

SOMMARIO: Introduzione. – I. La molteplicità delle forme della giustizia penale di *ancien régime*. - A. La culla nella Chiesa di Roma. - B. Il processo inquisitorio prevale nella giustizia secolare. - C. Il sorgere delle garanzie difensive. – II. La rudimentale concezione dei requisiti del giusto processo. - A. Gli effetti della “*citatio-defensio*”. - B. Disciplina oggettiva *versus* diritti soggettivi. - C. Un rapido sguardo all’Inghilterra. - D. L’impatto dei requisiti del giusto processo. – III. Il *consilium* di Farinacci. - A. I fatti del caso. - B. L’invalidità della confessione di Biffio. - C. L’invalidità della confessione di Curtes. - D. La legittimità della sottoposizione di Guido alla tortura. – IV. Il peccato capitale delle antiche garanzie difensive. – V. Conclusione.

1. *Introduzione*

Il sistema di giustizia penale prevalente nei Paesi dell’Europa continentale dal XIII al XIX secolo gode di assai cattiva fama nella storia del processo occidentale. La tradizionale rappresentazione di tale sistema lo vuole guidato da un instancabile furore repressivo rispetto a ciò che veniva considerato come reato. La grande varietà, sia in termini temporali che geografici, delle procedure sviluppatesi nell’ambito di questo sistema è però trascurata e la sua ben nota variante inquisitoria viene presa quale unico esempio per la descrizione di tale modello – in realtà invece caratterizzato da molte sfaccettature – soprattutto con riferimento ai suoi aspetti peggiori, come il perseguimento degli eretici o la caccia alle streghe del XVI e XVII secolo. Di conseguenza, il sistema nel suo insieme è abitualmente associato con l’impiego della tortura non soggetto ad alcun limite per estorcere confessioni, l’assenza del difensore, la presunzione di colpevolezza, e altre consimili riprovevoli caratteristiche di carattere procedurale. I principî che oggi associamo all’attenzione per i diritti della difesa, ossia quelli del giusto processo, sono del tutto assenti nella descrizione usuale del modello inquisitorio e appaiono persino incompatibili con questo antico sistema di giustizia.

Anche se questo ritratto non è così gravemente alterato da rendere il proprio

(\*) Questo saggio è pubblicato in lingua originale sull’*American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, Issue 4, Fall 2012, p. 919 ss.

(\*\*) Traduzione dall’inglese a cura del dott. Alessandro Corda.

soggetto irricognoscibile, le sue distorsioni assomigliano ai riflessi di uno specchio deformante: si focalizzano sugli aspetti negativi e ne omettono altri capaci di alleviare il carattere effettivamente brutale del sistema nel suo complesso. Tra le caratteristiche trascurate spiccano alcuni principî e regole che tradiscono una comprensione di quelle che oggi definiremmo come garanzie dei diritti della difesa imposte dal giusto processo, o come equità procedurale. Mentre è vero che molti di questi principî e regole sono stati sviluppati da giuristi di estrazione accademica che non dovevano confrontarsi con le concrete pressioni del controllo della criminalità, sarebbe un errore liquidarli come mera “emanazione della lampada dello studioso” e bollarli come irrilevanti per la prassi giudiziaria in tutte le giurisdizioni continentali nel corso dell’intera durata dell’*ancien régime*.

Ma anche se questa antica disciplina legislativa era regolarmente calpestata dai funzionari di polizia dei Paesi continentali senza battere ciglio, vi è un autonomo motivo per cui tali principî e regole non meritano di essere dimenticati. Essi costituiscono uno sforzo precoce e piuttosto sofisticato dal punto di vista giuridico di sviluppare garanzie difensive in un contesto processuale singolarmente ostile. Il *milieu* inquisitorio non dovrebbe essere immaginato come un contenitore al tal punto corrotto nella sua interezza da non essere in grado di contenere alcunché meritevole di un giudizio favorevole. Nell’osservare queste antiche garanzie difensive più da vicino, la triste storia della tortura giudiziaria non oscura la presenza di embrionali preoccupazioni umanitarie, inclusa la sensibilità per la dignità umana. E se tali garanzie continuano ad apparire come inaccettabili rispetto ai nostri valori, è prima di tutto perché erano riservate alle classi agiate della società, proteggendo solo queste dalla brutalità e dal potere senza restrizioni di coloro ai quali era affidata l’applicazione della legge.

Al fine di fornire un *background* adeguato per la trattazione di questi argomenti, dovremo innanzitutto descrivere la varietà dei riti penali emersa nel corso dell’*ancien régime*. Dopo aver mostrato come la posizione dell’imputato mutava per tutto lo spettro di queste variazioni, inizieremo poi a ricercare i requisiti minimi del giusto processo per com’erano intesi al tempo, concentrandoci su quelli che si riteneva fossero fondati sul diritto naturale e divino. In virtù della loro importante discendenza, questi requisiti minimi erano considerati immutabili e applicabili anche negli angoli più bui della giustizia penale. Gli studiosi che compiono un’analisi critica della ricostruzione prevalente e non obiettiva della giustizia penale di *ancien régime* hanno identificato due *principia* appartenenti a tale tipologia: un primo principio richiedeva che gli imputati fossero convocati in tribunale (*citatio*), e l’altro che fosse data loro la possibilità di difendersi (*defensio*)<sup>1</sup>. Che cosa questi

<sup>1</sup> V., ad es., G. GORLA, *Iura naturalia sunt immutabilia. I limiti al potere del “principe” nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in *Diritto e potere nella storia europea*,

due principî richiedessero negli specifici contesti procedurali non è stato tuttavia sufficientemente indagato.

Recuperare le divergenze di opinione su questo tema dalla grigia palude di diversi secoli di trattati accademici, manuali per operatori forensi e documentazione dei tribunali richiederebbe una voluminosa monografia, cosa che va chiaramente oltre l'ambizione di questo saggio. Ci si limiterà a fornire solo una panoramica delle più importanti implicazioni dei due principî, per poi illustrare in dettaglio come essi sono stati impiegati in un parere scritto per essere utilizzato in un'aula di tribunale dal famoso giurista italiano del XVI secolo Prospero Farinacci (1554-1618). La maggior parte di ciò che aveva da dire in questo parere (*consilium*) non era frutto di una sua elaborazione originale o limitata al *cinquecento* italiano, ma esprimeva posizioni adottate da autorevoli giureconsulti continentali dal XIII secolo fino al tempo in cui egli visse. Ma anche quello che costituisce una sua opinione personale su questioni giuridiche non pacifiche e ancora soggette a dispute ha un peso considerevole in ragione della sua reputazione di "principe degli avvocati penalisti" ("*criminalistarum princeps*")<sup>2</sup>. Riportato negli atti di un processo per omicidio, il suo *consilium* consente di meglio comprendere la concreta e quotidiana applicazione del diritto rispetto alla sua analisi astratta contenuta nei trattati dei giuristi di *ancien régime*.

## I. La molteplicità delle forme della giustizia penale di *ancien régime*

### A. La culla nella Chiesa di Roma

Nell'affrontare il tema della varietà delle forme più risalenti della giustizia penale continentale, quelle sviluppate nell'alto Medioevo da parte della Chiesa di Roma rappresentano un utile punto di partenza. Con il declino dell'ordalia, la Chiesa ha gradualmente sviluppato tre principali tipologie codificate di procedimento pena-

in L. Olschki (a cura di), *Atti in onore di Bruno Paradisi*, Firenze, 1982, pp. 629 e 676; v. anche K. PENNINGTON, *The Prince and the Law. 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley-Los Angeles-Oxford, 1993, pp. 132-164.

<sup>2</sup> Sebbene fosse uomo dallo stile di vita discutibile, con frequenti problemi legali inclusi taluni contatti con il diritto penale, Farinacci ha svolto un'importante funzione come avvocato difensore, giudice, e per breve tempo anche come pubblico ministero (*fiscus*) dello Stato pontificio. Tuttavia, è come redattore di trattati giuridici e pareri dotti che egli ha acquisito una grande fama già nel corso della sua vita. Per due secoli dopo la sua morte, ha influenzato la pratica legale non solo in Italia ma anche in altre nazioni dell'Europa continentale. Per una ricostruzione della sua vita, v. N. DEL RE, *Prospero Farinacci Giureconsulto Romano (1544-1618)*, in *Archivio della Società Romana di Storia Patria*, s. 3, 28, 1975, pp. 135-220.

le<sup>3</sup>. La forma più antica era di tipo cosiddetto “accusatorio” ed era modellata sul processo penale romano del tardo impero. Per poter essere avviata, tale procedura richiedeva una denuncia scritta da parte di un privato che indicava nei particolari le accuse. Suo dovere era quello di produrre le prove dei fatti incriminanti al giudice, il quale poi interrogava i testimoni ed esaminava altri elementi di prova in assenza delle parti. La segretezza e il monopolio del giudice nell’assunzione della prova, caratteristiche sconosciute al moderno processo dominato dalle parti, erano all’epoca considerati elementi opportuni al fine di prevenire alterazioni delle testimonianze causate dalle parti.

Il pubblico ministero aveva l’onere di convincere il giudice dell’esistenza dei fatti incriminanti. Si trattava di un compito gravoso a causa dei severi standard di “sufficienza probatoria” che la Chiesa aveva ereditato dal diritto romano e da alcune fonti bibliche. Ma non solo il compito era gravoso; era anche un’incombenza pericolosa: se il procuratore non riusciva a soddisfare l’onere probatorio gravante su di sé, era soggetto alla stessa pena che aveva minacciato di imporre all’accusato. La posizione di quest’ultimo era abbastanza vantaggiosa. La querela lo informava delle accuse, e il giudice era tenuto a renderlo edotto delle generalità e delle dichiarazioni dei testimoni che avevano testimoniato contro di lui. Su di lui gravava un onere di persuasione solo rispetto alle cause di giustificazione. La tortura non era riconosciuta quale mezzo legittimo per ottenere elementi di prova: la confessione in giudizio da parte del soggetto accusato doveva essere spontanea. Di regola, egli non era neppure tenuto a rispondere alle domande fino a quando l’equivalente funzionale della nostra “*probable cause*”<sup>4</sup> relativa al suo coinvolgimento nel reato non veniva provata<sup>5</sup>. Importante

<sup>3</sup> In aggiunta, alcuni tra i più risalenti e influenti giuristi menzionano i procedimenti “*in flagrante*” e quelli relativi a “*casi eccezionali*”, entrambi considerati dai commentatori successivi quali varianti del processo inquisitorio. Esisteva anche una procedura talmente informale da essere raramente trattata alla stregua di una attività *giudiziale*. Essa era impiegata nel caso dei c.d. reati “notori”, definiti come reati la conoscenza della cui commissione era “così profonda e diffusa che la colpevolezza dell’autore non può essere in alcun modo equivocata”. Avremo altro da dire su questo processo informale nel corso della trattazione della *self-informing jury* inglese. Sull’inclusione dei procedimenti “*in flagrante*” e “*in casi eccezionali*” nel modello processuale di stampo inquisitorio, v. B. CARPZOV, *Practica Nova Rerum Criminalium Imperialis Saxonica*, pars III, qu. 103, n. 12, Wurst, 1677. Questo volume del XVII secolo era considerato grandemente autorevole nell’Europa continentale, e in alcuni luoghi era impiegato alla stregua di un testo avente forza di legge. V. R. VON STINTZING, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, vol. 1, pt. 1, München-Leipzig, 1884, p. 64.

<sup>4</sup> Nella procedura penale statunitense la *probable cause* è lo standard di ragionevole convinzione basato su fatti e circostanze circa il fatto che l’indagato abbia commesso un determinato reato. La sussistenza di tale *probable cause* deve essere provata affinché un soggetto possa essere rinviato a giudizio (N.d.T.).

<sup>5</sup> Vi erano, tuttavia, molte eccezioni a questa regola. Sul processo accusatorio nelle corti italiane secolari, v. H.U. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, vol. 1, Berlin, 1907, pp. 87-120.

è poi il fatto che all'imputato era altresì consentito nominare un difensore di fiducia.

Questa tipologia di procedura penale fu considerata accettabile dalla Chiesa fintanto che questa continuò a preoccuparsi di questioni ultraterrene. Le alte gerarchie ecclesiastiche non si mostravano eccessivamente disturbate dal fatto che molti crimini restassero impuniti per la mancanza di persone disposte ad accollarsi i rischi e gli oneri oltremodo gravosi connessi all'esercizio della funzione di pubblico ministero: i colpevoli ben potevano essere lasciati alla giustizia divina nell'aldilà. Ma nel basso Medioevo, quando la Chiesa acquisì aspirazioni secolari, questo atteggiamento tollerante verso la criminalità ebbe fine. L'élite ecclesiastica fu allarmata dai misfatti dei chierici ribelli e divenne zelante nello stroncare le condotte dei laici che offendevano i valori cristiani<sup>6</sup>. Le situazioni maggiormente problematiche erano quelle in cui vi erano delle voci credibili relative alla commissione di un reato che circolavano all'interno di una data comunità, ma nessuno era disposto a presentare formale querela. È stato principalmente in risposta a questa situazione di disagio che si è sviluppato il modello inquisitorio canonico. I giudici ecclesiastici acquisirono il diritto di compiere indagini di propria iniziativa al fine di accertare se le voci correnti nel pubblico (*publica fama*) relative alla commissione di un determinato reato fossero o meno giustificate e, in caso affermativo, essi potevano avviare un formale procedimento penale in relazione all'accaduto in virtù del loro ufficio<sup>7</sup>. Originariamente, tuttavia, le opportunità di difesa per il soggetto contro cui questi procedimenti formali erano istruiti corrispondevano all'incirca a quelle disponibili per l'imputato nel processo accusatorio. Così, ad esempio, il giudice era tenuto a informare l'*inquisitus* delle accuse contro di lui (ora formulate dal giudice stesso), e a comunicargli tutte le testimonianze incriminanti raccolte nel corso delle indagini. E sebbene l'onere della prova ora gravasse sul giudice, il rigoroso standard di sufficienza probatoria restava inalterato.

Il terzo tipo di procedimento penale (*processus per denunciationem*) era altresì strutturato per compensare la mancanza di pubblici ministeri privati. Esso rappresentava un'evoluzione dei procedimenti disciplinari della Chiesa, che poteva-

<sup>6</sup> Per una descrizione di questo sviluppo, v. R.M. FRAHER, *The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages*: "Rei Publicae Interest, Ne Crimina Remaneant Impunita", in *U. Ill. L. Rev.*, 1984, pp. 577-595.

<sup>7</sup> Il processo costituisce un'evoluzione di quella che era la procedura disciplinare interna alla Chiesa, il cui scopo era quello di appurare se vi fossero voci circa la cattiva condotta di soggetti appartenenti al clero, piuttosto che accertare se tali voci fossero o meno giustificate ed il misfatto fosse stato effettivamente compiuto. Questi procedimenti disciplinari furono poi convertiti in un processo penale propriamente detto da Papa Innocenzo III, ma rimasero limitati alla sua giurisdizione personale. Al quarto Concilio Lateranense (1215) divennero disponibili per tutti i giudici ecclesiastici quale alternativa al processo accusatorio. Cfr. W. TRUSEN, *Von den Anfängen des Inquisitionsprozesses zum Verfahren bei der Inquisitio Haereticae Pravitatis*, in P. Segl (ed.), *Die Anfänge der Inquisition im Mittelalter*, Köln/Weimar/Wien, 1993, pp. 39-76.

no portare esclusivamente all'imposizione di sanzioni pecuniarie oppure a lievi pene di carattere "terapeutico"<sup>8</sup>. Il processo era avviato dalla denuncia relativa alla commissione di un crimine (*denunciatio*) da parte di un soggetto che non era disposto ad assumersi gli oneri e i rischi associati all'esercizio privato dell'azione penale. Dopo aver denunciato il reato, questi era tenuto a dimostrare soltanto la sussistenza della voce della sua commissione corrente nel pubblico (*mala fama*) piuttosto che l'effettiva commissione del reato medesimo. La prova di quest'ultimo era responsabilità del giudice che presto iniziò ad assolvere a tale compito secondo la modalità inquisitoria. Alla luce di ciò, si può affermare che questa terza tipologia di procedimento canonico si differenziava dal processo inquisitorio solo nel fatto che doveva essere innescata da un soggetto esterno piuttosto che dal giudice stesso.

Di queste tre tipologie, il processo accusatorio era celebrato dai giuristi della Chiesa romana come la forma ottimale di giustizia penale (*forma processus ordinaria*) e i dibattiti accademici riguardanti i problemi procedurali ruotavano intorno a tale tipologia processuale, considerata sfondo appropriato per lo sviluppo della discussione scientifica. Il modello inquisitorio era considerato una forma inferiore progettata per situazioni eccezionali. Fin dalla sua nascita è stato necessario difenderlo dalle critiche dei giuristi che lamentavano il fatto che il giudice inquisitore agisse sia come *decision-maker* che come pubblico ministero. Un sistema processuale adeguato, insistevano, richiede tre attori: il giudice, il pubblico ministero e l'imputato. Al fine di respingere queste critiche, i fautori del modello inquisitorio hanno elaborato la finzione in base alla quale la voce circa la commissione di un determinato reato – che il giudice inquisitore doveva accertare prima di avviare formalmente un'indagine – era equivalente alla "voce" del pubblico ministero, che nei fatti era la parte mancante<sup>9</sup>. E nonostante abbia rapidamente eclissato la controparte accusatoria quanto a importanza pratica, la nuova tipologia d'inchiesta continuò a essere considerata alla stregua di un'aberrazione. Per qualche tempo essa non poteva neppure portare all'irrogazione delle pene più grave, né la tortura giudiziaria era riconosciuta quale strumento legittimo per ottenere confessioni.

La minaccia percepita all'ortodossia della Chiesa proveniente dai movimenti eretici condusse presto a un distacco da questa forma originaria di processo inquisitorio

<sup>8</sup> Il suo scopo originario era quello di indurre il pentimento, piuttosto che portare a delle punizioni. V. P. HINSCHIUS, *System des katholischen Kirchenrechts*, vol. 5, Berlin, 1893, p. 356.

<sup>9</sup> Le principali fonti in cui si possono rinvenire le prime giustificazioni di questa nuova tipologia di processo sono raccolte in F.A. BIENER, *Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses*, Leipzig, 1827, pp. 45-46. Un supporto di tipo biblico della necessità di un'accusa era rappresentato dal rifiuto di Gesù di condannare una donna colta in flagrante adulterio perché nessuno era disposto a farsi avanti come accusatore ("chi condanna"). Giovanni, 8:3-11. Anche Papa Innocenzo III, che ha introdotto il processo inquisitorio nella giustizia penale canonica, si sentiva costretto a ricorrere alla finzione menzionata nel testo.

che comprendeva molti elementi presi in prestito dal procedimento di tipo accusatorio. Nell'atmosfera creata dalla minaccia dell'eresia, questi prestiti finirono con l'essere percepiti come ostacoli o finzze procedurali che impedivano di perseguire con successo gli eretici. Alla metà del XIII secolo, come risposta a questa minaccia, si sviluppa una variante sommaria della procedura inquisitoria (*inquisitio hereticae pravitatis*) in cui quegli aspetti della procedura che favorivano gli imputati appassirono come fiori sorpresi da un gelo precoce. L'innovazione più importante fu l'introduzione della tortura quale legittimo istituto processuale<sup>10</sup>. Vennero altresì introdotte molte altre varianti rispetto al modello originario del processo inquisitorio. Così, ad esempio, i nomi dei testimoni d'accusa non erano resi noti alle persone sospettate di eresia, e ad essi non era consentito presentare alcun tipo di impugnazione. I sospettati potevano essere condannati sulla base di un "violento sospetto" in luogo dell'esigente standard romano-canonico della sufficienza della prova.

Non fu necessario molto tempo prima che questa variante sommaria iniziasse a contaminare le forme ordinarie del processo inquisitorio canonico. La tortura giudiziaria divenne, perciò, uno strumento legittimo nel perseguimento di tutti i reati di maggiore gravità, seppur caratterizzata da un regime di implementazione un po' meno brutale. Vennero poi accettati quali elementi fisiologici dell'indagine abituale relativa ai crimini più gravi anche diversi istituti sviluppati per giungere a condanne rapide nei confronti delle persone sospettate di eresia. Il distacco dalle disposizioni procedurali ordinarie nei casi di eresia, inoltre, diede inizio e facilitò l'adesione all'idea in base alla quale le forme processuali ordinarie possono essere abbandonate in presenza di un buona causa, ed il processo drasticamente snellito.

#### B. *Il modello inquisitorio prevale nella giustizia penale secolare*

Grazie alla sua capacità di bypassare facilmente le forme di giustizia ordinarie, il processo inquisitorio canonico divenne la fonte di ispirazione per la giustizia penale secolare nel corso dell'*ancien régime*. È importante tenere a mente, tuttavia, che importanti variazioni e deviazioni rispetto a questo modello processuale hanno perdurato a livello regionale in tutto il continente fino alla caduta del vecchio ordine. Tali varianti non avevano ad oggetto solo minuzie procedurali, ma anche questioni importanti come la possibilità di avere un difensore nei procedimenti di primo grado, i casi di esenzione dalla tortura, le tipologie di sentenza, o la questione concernente l'obbligo per gli imputati di prestare il giuramento a dire la verità. Avremo modo di riferirci di tanto in tanto a tali variazioni interne, ma in questo paragrafo ci si limiterà a descrivere la scomparsa delle forme processuali diverse da quelle di tipo inquisitorio.

<sup>10</sup> La tortura fu introdotta nel processo canonico nel 1252 per mezzo di una bolla di Papa Innocenzo IV.

In origine, lo si ricorderà, il *processus per denunciationem* richiedeva che la persona che denunciava il fatto dovesse fornire la prova della voce corrente tra il pubblico (*mala fama*, o *diffamatio*) relativa alla sua commissione. In seguito il giudice compiva le proprie indagini per accertare se il reato fosse stato effettivamente commesso, e, in caso affermativo, chi ne fosse l'autore. Gradualmente, tuttavia, alla persona che presentava la denuncia cessò di essere richiesto di dimostrare la sussistenza della voce relativa alla commissione del reato: la mera presentazione della denuncia consentiva al giudice di avviare la procedura inquisitoria. In questo modo la *denunciatio* si trasformò in una semplice denuncia di reato, e i funzionari pubblici – soprattutto quelli aventi il diritto di richiedere i tributi connessi alle condanne penali – assunsero il compito di segnalare i crimini. L'originaria "triade procedurale" scomparve, e rimase solo l'opposizione tra il modello accusatorio e quello inquisitorio. Quest'ultimo era innescato dal giudice stesso, o per iniziativa di un pubblico ufficiale<sup>11</sup>.

Il rapporto tra i due paradigmi processuali residui non si atteggiava allo stesso modo in tutte le giurisdizioni continentali. Nei territori italiani, ad esempio, l'importanza pratica del modello inquisitorio portò ad una aperta rimozione del modello accusatorio dalla sua preminente posizione teorica. Il primato del modello inquisitorio era riflesso, ad esempio, nella regola per cui laddove sussistevano i pre-requisiti per un'indagine ufficiale, il giudice era obbligato a istituire un processo inquisitorio, anche in pendenza di un processo di stampo accusatorio in relazione al medesimo reato. Di conseguenza, divenne possibile ricorrere a due forme parallele di procedimento con riferimento al medesimo fatto di reato. Nei territori germanici, al contrario, il processo accusatorio mantenne la sua supremazia sul piano teorico molto più a lungo. Se, ad esempio, un processo accusatorio era già in corso, un procedimento ufficiale di tipo inquisitorio in relazione al medesimo reato non poteva essere iniziato. Tuttavia, se il pubblico ministero privato desisteva dall'esercizio dell'azione penale, o non era in grado di dimostrare completamente la colpevolezza dell'imputato, poteva avere luogo il passaggio alla più repressiva forma di processo inquisitorio. In caso di difficoltà di prova questo passaggio era automatico<sup>12</sup>. Ma a dispetto di regole di questo genere, continuò a riscontrarsi per lungo tempo una genuflessione cerimoniale dinanzi al paradigma accusatorio<sup>13</sup>. Nell'area germanica

<sup>11</sup> Per i dettagli v. E. DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, 1989, p. 52.

<sup>12</sup> Per la descrizione del contrasto tra l'approccio italiano e quello tedesco tra il XVI e il XVII secolo, v. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars. III, qu. 107, n. 37, 38, 52 e 59.

<sup>13</sup> Il processo accusatorio, scriveva Carpzov ancora nel XVII secolo, e "*secundum iuris ordinem*", mentre quello inquisitorio "*juris ordine non servato*", B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, qu. 103, n. 21. Anche nelle terre tedesche dell'Ottocento ci si poteva imbattere in argomentazioni di studiosi secondo cui il modello accusatorio era quello ottimale, mentre i procedimenti inquisitori erano appropriati solo quando nessun accusatore si faceva avanti per sporgere denuncia. V. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1836, p. 464.

si cominciò ad abolire il processo accusatorio, o a limitare la sua applicazione ai reati minori, solo nel XVIII secolo. Solo in un esiguo numero di giurisdizioni erano presenti apparati assolutisti sufficientemente forti e risoluti da essere in grado di soppiantare interamente questa antica forma di perseguimento privato dei reati. Nel complesso, riconosciuto o meno come modello ottimale, il procedimento di tipo inquisitorio rimase la forma dominante della giustizia penale continentale fino alla fine dell'antico regime.

### C. Il sorgere delle garanzie difensive

Come già indicato, il processo inquisitorio consentiva alcune deviazioni flessibili rispetto alla sua forma ordinaria. A partire dal perseguimento degli eretici, queste deviazioni si estesero rapidamente al perseguimento dei crimini definiti "atroci" e dei reati difficili da provare. Secondo una massima probabilmente elaborata durante il XIII secolo, i giudici potevano per giusta causa "procedere *simpliciter et de plano*, spronati solo dalla ricerca della verità, senza il clamore causato dagli avvocati e dall'applicazione delle regole procedurali ordinarie"<sup>14</sup>. Questo atteggiamento elastico provocò preoccupazioni negli ambienti giuridici circa i limiti del mancato rispetto delle forme procedurali ordinarie. I giuristi cominciarono a chiedersi se queste potessero essere accantonate in toto. L'intero edificio del diritto processuale dipende dalla volontà dei poteri dominanti? Sospinta da queste preoccupazioni, alla metà del XIII secolo cominciò a guadagnare terreno l'opinione secondo cui non tutti gli istituti processuali ordinari possono essere rimossi. Alcuni istituti ("*figurae*") sono essenziali per l'ordine giuridico, e sono imposti dal diritto naturale, dal diritto delle genti, o addirittura dal diritto divino. I giudici e le autorità politiche non possono accantonarli. Rimase, tuttavia, controversa la questione relativa a quali aspetti specifici appartenessero gli elementi essenziali di un ordine giuridico giusto (*substantialia ordinis judicialis*), e se tali elementi fossero richiesti nella loro totalità da fonti che trascendevano il diritto positivo.

Furono espresse varie idee sull'argomento. Si riteneva che taluni istituti procedurali essenziali si riferissero a solennità di scarso interesse per gli scopi che si volevano perseguire. Altri istituti riguardavano principî sviluppati da giuristi di estrazione accademica sullo sfondo della considerazione del modello accusatorio quale opzione ottimale da un punto di vista teorico rispetto al suo concorrente di stampo inquisitorio dominante nella prassi. Tra essi spiccavano il principio (variamente formulato) simile alla nostra presunzione di innocenza, così come una massima

<sup>14</sup> "...*simpliciter et de plano, sola facti veritate inspecta, et absque strepitu advocatorum et figura iudicii*". La flessibilità caratterizzava anche i procedimenti riguardanti le materie civili minori.

evocativa della nostra garanzia contro l'autoincriminazione<sup>15</sup>. Tuttavia, costellati com'erano di eccezioni, entrambi i principi avevano una scarsa rilevanza pratica nel processo accusatorio ed erano assolutamente inconciliabili con quello inquisitorio al centro delle nostre analisi. La garanzia contro l'autoincriminazione, ad esempio, certamente non poteva essere conciliabile con un sistema in cui l'*inquisitus* poteva essere richiesto di prestare un giuramento di dire la verità, o punito se si rifiutava di rispondere alle domande che gli venivano poste<sup>16</sup>. Né la presunzione d'innocenza poteva conciliarsi con le molteplici forme di procedura inquisitoria secolare nelle quali l'assenza di una prova sufficiente da un punto di vista giuridico non necessariamente conduceva a delle assoluzioni, come invece la presunzione richiederebbe, ma poteva invece portare all'irrogazione di una pena più mite (*extraordinaria poena*), o a varie sentenze a metà strada tra la condanna e l'assoluzione<sup>17</sup>. Del tutto avulse dalle regole operative della giustizia di *ancien régime*, queste massime senza mordente erano prive di rilievo pratico, e dunque non saranno oggetto della nostra analisi. Come abbiamo esposto in premessa, al centro della nostra attenzione rimarrà l'assunto in base al quale il diritto naturale e quello divino richiedono che gli imputati nei procedimenti penali siano correttamente citati a comparire dinanzi alla corte (*citatio*) e che venga data loro la possibilità di difendersi (*defensio*). Solo questo assunto fornisce un significativo spaccato dell'antica concezione del giusto processo nell'Europa continentale.

## II. La rudimentale concezione dei requisiti del giusto processo

All'inizio del XIV secolo, la celebrata visione della "*citatio-defensio*" come radicata nel diritto naturale fu fatta propria da due costituzioni promulgate da Papa

<sup>15</sup> Sui primi istituti affini al nostro privilegio contro l'auto-incriminazione, v. R.H. HELMHOLZ, *The Privilege and the Ius Commune*, in R.H. Helmholz et al. (eds.), *The Privilege against Self-Incrimination: Its Origins and Development*, Chicago, 1997, pp. 26-32. Per una massima che pareva suggerire la presunzione di innocenza, v. R. FRAHER, *Ut nullus describatur reus prius quam vincitur*, in S. Kuttner - K. Pennington (eds.), *Proceedings of the Sixth International Congress of Medieval Canon Law*, Vatican City, 1985, pp. 493-506.

<sup>16</sup> A questa sanzione disciplinare ci si riferisce talvolta in fonti risalenti come "tortura per ottenere risposte" ("*tortura ad extorquendum responsionem*"). V. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 113, nn. 56 e 57. Tale sanzione non deve essere confusa con la tortura per ottenere una confessione ("*tortura ad eruendam veritatem*") che un giudice poteva ordinare, come vedremo tra breve, solo dopo aver raccolto prove a carico di tipo sostanziale.

<sup>17</sup> Una sentenza simile nelle terre tedesche era la "*absolutio ab instantia*", una decisione che implicava che l'imputato rimasto sospetto potesse essere posto sotto sorveglianza e messo sotto processo nuovamente non appena nuove prove fossero state disponibili. I giudici francesi si spingevano oltre nella costruzione di varie sentenze non definitive. V. B. SCHNAPPER, *Voies nouvelles en histoire du droit: La justice, la famille, la répression pénale*, Paris, 1991, pp. 69, 87.

Clemente V. Una di esse proclamava che le citazioni a comparire e la possibilità di presentare memorie difensive costituivano elementi indispensabili dell'ordine giuridico<sup>18</sup>. L'altra forniva un fondamento per dichiarare invalide le decisioni assunte in spregio a questi elementi essenziali imposti dal diritto naturale, incluse anche le decisioni adottate dai governanti dotati di "autorità assoluta" tra quelle vincolate dal requisito della "*citatio-defensio*"<sup>19</sup>. Per tutto il XIV secolo, questi due segmenti di legislazione papale sono stati oggetto di discussione tanto da parte dei giuristi di diritto civile che canonico, e divenne generalmente accettato che il requisito appartenesse alla categoria delle componenti essenziali dell'ordine giuridico.

#### A. Gli effetti della "*citatio-defensio*".

Il requisito che gli imputati fossero correttamente citati a comparire di fronte alla corte era altresì fornito di un supporto di carattere teologico fondato su brani biblici in grado di suscitare il timore della collera divina. Non ha Dio stesso rispettato il requisito richiamando l'attenzione di Adamo con la domanda "dove sei?" prima di bandirlo dall'Eden?<sup>20</sup> Anche un passaggio della riverita codificazione giustiniana supporta questo requisito<sup>21</sup>. Vennero perciò elaborate regole minuziose concernenti le modalità adeguate per la consegna della citazione giudiziaria. Anche una "*citatio*" formalmente impeccabile era considerata invalida, ad esempio, se il giudice era a conoscenza del fatto che l'imputato era impossibilitato a comparire. Inoltre, la deposizione dei testimoni raccolta prima della consegna delle citazioni doveva essere ripetuta. In alcune giurisdizioni la ripetizione doveva avvenire alla presenza dell'imputato, in modo tale da instaurare un confronto tra costui ed il testimone chiamato a deporre<sup>22</sup>. Rilevante era anche la conseguenza dell'omessa

<sup>18</sup> *Saepe contingit*, Clem. 5.11.2.

<sup>19</sup> *Pastoralis cura*, Clem. 2.12.2. Per un'analisi di queste due costituzioni e il loro collegamento con la disputa tra l'imperatore Enrico VII e il re Roberto D'Angiò, v. K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit., nt. 1, pp. 165-191. V. anche D. WILLIMAN, *Summary Justice in Avignonese Camera*, in S. Kuttner - K. Pennington (eds.), *Proceedings of the Sixth International Congress of Medieval Canon Law*, cit., nt. 15, pp. 437-449.

<sup>20</sup> Si argomentava anche che Dio avesse inviato gli angeli dagli abitanti di Sodoma prima di far loro visita e punirli (*dominus misit angelos ad Sodomitas ut eos presentes condemnaret*). V. *Magistri Tancredi de Criminibus Summula et Questiones*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, vol. 9, n. 165, 1979, p. 34.

<sup>21</sup> *Quod omnes tangit*. Codex 5. 59. 52.

<sup>22</sup> Cfr. J.-PH. LEVY, *La Hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la Renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV siècle*, Paris, 1939, p. 71. Era aperto alla discussione, tuttavia, se il confronto con i testimoni, anche se spesso utilizzato nella prassi, appartenesse ai requisiti imprescindibili del processo inquisitorio. Alcune autorità ritenevano di no. V. ad es., B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 114, nn. 74 e 75. Farinacci, al contrario, sosteneva che il testimone dovesse essere esaminato "*in faciem rei*", e che senza questo requisito la sua testimonianza era invalida.

“*citatio*”. Nessuna condanna era valida, anche nei casi di facile soluzione, a meno che questa non risultasse da un procedimento formale avviato con la previa citazione dell'imputato.

Strettamente connesso alla necessità dell'atto di citazione, e occasionalmente incluso in esso, era il requisito in forza del quale agli imputati doveva essere data l'opportunità di difendersi (*defensio*). Come nel caso della “*citatio*”, alcuni giuristi lo ricavavano dal diritto divino. Più frequentemente, tuttavia, esso era associato con l'autodifesa e attribuito ai precetti del diritto naturale. Alla fine del XVII secolo, un *dictum* di alcuni giuristi del tardo Medioevo in base al quale “la difesa non può essere negata agli animali, ancor meno agli esseri umani e neppure allo stesso Demonio” era ancora sulle labbra dei loro successori nell'Europa continentale<sup>23</sup>. Ma la questione fondamentale di cosa esattamente la “*defensio*” richiedesse dal punto di vista pratico è rimasta irrisolta, soprattutto per quanto riguarda le restrizioni alla possibilità di esercitare il diritto di difesa nei processi per i reati più gravi.

Ai fini della nostra indagine, sarà sufficiente considerare le implicazioni della “*defensio*” così come intese dalle autorità giudiziarie nei territori italiani e tedeschi<sup>24</sup>. L'istruttoria formale (*inquisitio specialis*) era divisa in una parte “offensiva” e in una parte “difensiva”. Quest'ultima era finalizzata all'esame delle prove a discarico e di quelle relative alle attenuanti, anche se all'imputato era consentito avanzare istanze difensive anche durante la fase “offensiva” dedicata all'assunzione degli elementi incriminanti. Subito dopo il completamento della parte “offensiva”, il giudice era tenuto a rivelare all'imputato i nomi dei testimoni a carico e il contenuto essenziale delle loro dichiarazioni. In alcune giurisdizioni all'imputato era consentito ispezionare il fascicolo del caso, o anche ottenere una copia delle testimonianze incriminanti<sup>25</sup>. L'obbligo di rivelare all'imputato le prove a carico era una di quelle regole attribuite alla “*defensio*” rispetto alle quali vi era un accordo diffuso sul fatto che discendessero dal diritto naturale immutabile e fossero indispensabili per una difesa efficace. Alcuni autorevoli giureconsulti attribuivano

V. P. FARINACCI, *Consilia sive responsa atque decisiones causarum criminalium*, Editio postrema, Consilium 55, n. 21 (Cardon, Lungduni 1610). Altrove, tuttavia, contemplava molte eccezioni a questa regola rigorosa: v. P. FARINACCI, *Tractatus Integer De Testibus*, tit. 8, qu. 72, n. 140 (Schwänder, Osna-brughi 1677).

<sup>23</sup> Benedict Carpzov era uno di loro. V. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 115, n. 1 (“*Certius est defensionem esse iuris naturalis, adeo ut ne bestiis quidem nedum humani, imo nec Diaboli auferri debeat*”).

<sup>24</sup> L'analisi che segue si basa sulla discussione del “*remedium defensionis*” compiuta da Carpzov nel XVII secolo: B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 115. Sul più repres-sivo sistema francese, v. J. LANGBEIN, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, Cambridge, MA, 1974, pp. 223-248; A. ESMAN, *A History of Continental Criminal Procedure*, Boston, 1913, pp. 165-250.

<sup>25</sup> V. P. FARINACCI, *Responsorum criminalium*, Liber secundus, *consilium* 156, n. 2 (Ciaconi, Romae 1614).

anche questa regola al diritto divino<sup>26</sup>. La mancata notifica all'imputato degli elementi a carico era sanzionata con la nullità della susseguente condanna<sup>27</sup>.

Era altresì ampiamente accettato il fatto che il diritto naturale permettesse agli avvocati (*advocati*) di assistere gli imputati anche nei procedimenti relativi ai crimini più gravi. Varie restrizioni erano in ogni caso previste rispetto all'attività dei difensori. Per esempio, ad essi non era consentito di essere presenti durante l'interrogatorio dei testimoni e degli imputati e non era permesso loro di replicare alle domande dell'organo inquirente in luogo dell'imputato. Inoltre, solo agli "uomini retti e dotti" era consentito svolgere il ruolo di difensore nei processi penali<sup>28</sup>. Nonostante queste restrizioni, come presto vedremo, abili avvocati potevano a volte aiutare quei pochi imputati che potevano permetterseli. Era solo nei processi per stregoneria ed eresia che le restrizioni rendevano illusorio l'effettivo esercizio della difesa tecnica<sup>29</sup>. Isolati divieti relativi all'assistenza del difensore apparvero solo nella seconda parte del XVIII secolo, limitatamente a quelle giurisdizioni che abolirono la tortura giudiziaria ma mantennero i rigorosi standard probatori di stampo romano-canonico<sup>30</sup>. Vi era anche accordo sul fatto che la *defensio* richiedesse l'allentamento delle esigenti norme in materia di prove relative all'accertamento degli elementi in grado di scagionare l'imputato. Così, ad esempio, molte delle disposizioni sull'inammissibilità non erano applicate ai testimoni che deponevano a favore dell'imputato, e la deposizione di un singolo testimone oculare poteva bastare per l'accertamento di elementi in grado di condurre al proscioglimento. A volte persino testimonianze non giurate erano ammissibili se favorevoli all'imputato<sup>31</sup>.

Al termine della fase "difensiva" dell'indagine, sorgeva una questione di grande rilevanza pratica nei processi per i reati per cui era prevista la pena capitale e, in alcune giurisdizioni, anche in relazione ad alcuni reati per cui era contemplata l'irrogazione di severe punizioni corporali, quali le mutilazioni. La questione concerneva il fatto se tali pene maggiormente gravi potessero essere irrogate anche in forza di uno standard probatorio inferiore a quello romano-canonico della "piena prova", vale a dire in forza di un quadro probatorio inferiore alla testimonianza concorde di due testimoni oculari irreprensibili, o alla confessione resa in giudizio dall'imputato. Questo standard probatorio era, senza dubbio alcuno, troppo severo per

<sup>26</sup> P. FARINACCI, *consilium* 156, nn. 23 e 47.

<sup>27</sup> P. FARINACCI, *consilium* 156, n. 24.

<sup>28</sup> Erano esclusi quelli che "portano confusione, che sono verbosi piuttosto che eloquenti, o la cui attività rallenta piuttosto che accelerare l'avanzamento della causa". V. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 115, no. 93. Per ulteriori restrizioni, cfr. qu. 115, nn. 94-97.

<sup>29</sup> Per una descrizione di queste restrizioni in un noto manuale sulla repressione della stregoneria caratterizzato da ardente ferocia, v. HENRICUS INSTITORIS KRAMER - JACOBUS SPRENGER, *Malleus maleficarum* (1486), vol. 1, pars III, qu. 10, curato da C.S. Mackay, Cambridge, 2006.

<sup>30</sup> Cfr., ad es., *Constitutio Criminalis Theresiana*, par. 9 (1768).

<sup>31</sup> B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 115, nn. 74 e 75.

essere praticabile: mentre le prove a carico erano spesso piuttosto solide al termine della fase delle indagini, la confessione volontaria dell'imputato o la deposizione di due testimoni affidabili erano raramente disponibili. Ma poiché il venerato diritto romano e le altrettanto rispettate fonti bibliche attribuivano grande autorità a tale standard, abbandonarlo non era affatto facile. Non c'è nulla di cui meravigliarsi, quindi, per il fatto che il dilemma che ne derivava sia stato risolto in modo differente in differenti giurisdizioni e in differenti periodi dell'*ancien régime*. Cosa era tenuto a fare il giudice nelle giurisdizioni che insistevano nell'osservare lo standard della piena prova?<sup>32</sup> Doveva ordinare la liberazione dell'imputato quando la prova del suo delitto era molto forte ma non si raggiungeva la piena prova? La questione assunse particolare rilevanza nei casi in cui le prove pur giuridicamente insufficienti erano così convincenti da persuadere il giudice della colpevolezza dell'imputato. Una soluzione che egli aveva a disposizione era quella di condannare l'imputato al pagamento di una pena pecuniaria, all'esilio, a remare sulle galere, o a qualche altra "pena straordinaria" a cui non si applicava l'esigente standard della piena prova. Ma questa soluzione non sempre soddisfaceva le esigenze punitive allora esistenti: il desiderio di imporre la pena di morte per molti reati persistette imperterrita fino alla fine del XVIII secolo, e le pene pecuniarie non erano ancora considerate alla stregua di una sanzione *penale* vera e propria<sup>33</sup>. L'introduzione della tortura giudiziaria risolvette il dilemma: a conclusione delle indagini relative ai crimini più gravi, il giudice aveva il potere di decidere se le prove a carico, anche se giuridicamente insufficienti per una condanna, giustificassero il tentativo di ottenere la confessione dall'imputato mediante un "doloroso interrogatorio". Ma anche in quelle giurisdizioni in cui la condanna a morte e gravi pene corporali potevano essere inflitte sulla base di prove convincenti ma non 'piene', la confessione giudiziale dell'imputato rappresentava una integrazione probatorio molto ambìta<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Era questo il caso delle terre germaniche che seguivano la legislazione penale dell'Imperatore Carlo V (1532). V. *Constitutio Criminalis Carolina*, artt. 22, 65, 67, e 69. La persistenza di questa visione nella Germania del XVII secolo è attestata da B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 116 n. 49 ("Crimine non plene probato, ad mortis poenam deveniri nequid"). V. anche J.C. FRÖLICH, *Nemesis Romano-Austriaco-Tyroliensis*, Innsbruck, 1696. Nelle giurisdizioni italiane le posizioni erano divise. V. J. MENOCHIO, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, Commentaria, Liber I, qu. 97, nn. 1-38 (Tourmes, Genevae 1670). Nella controversia risultante si possono riconoscere i flebili annunci delle moderne opinioni sulla libera valutazione delle prove.

<sup>33</sup> Per Carpzov solo le punizioni corporali erano "*poenae criminales*". B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 102, n. 60. Nei possedimenti degli Asburgo l'idea che una sanzione penale adeguata dovesse includere l'inflizione di dolore fisico è sopravvissuta anche nel secolo successivo, e la fustigazione fu abolita in quelle zone solo a metà del XIX secolo. Cfr. M. DAMAŠKA, *The Death of Legal Torture*, in 87 *Yale L.J.*, 1978, p. 868, nt. 16.

<sup>34</sup> Numerosi influenti giuristi italiani, tra cui le grandi autorità del XIV secolo Baldo degli Ubaldi e Bartolo de Sassoferato, avevano preso la posizione secondo cui le "indicazioni indubitabili" erano sufficienti per l'imposizione della pena capitale. Nel XVI secolo, il contemporaneo, solo un po'

Inevitabilmente, dunque, la questione di quale livello di prova fosse sufficiente per l'emanazione di un legittimo ordine di tortura assunse grande importanza, soprattutto perché le confessioni coatte ottenute in base a prove insufficienti erano ritenute nulle e invalide. Gli argomenti dei difensori tendevano a concentrarsi su questo punto, ed era su queste basi che alcuni di essi riuscirono a salvare il proprio assistito dai tormenti<sup>35</sup>. Essi rafforzavano le loro argomentazioni facendo appello al corretto ordine procedurale e al diritto naturale trascendente, cosa che implicava, come già indicato, che ai governanti terreni mancasse l'autorità necessaria per trascurare l'esigenza che la tortura fosse ordinata in forza di prove a carico giuridicamente sufficienti.

L'invocazione della giustizia nella regolamentazione – ma non nel rifiuto – della tortura richiede una digressione. Dal nostro punto di vista, la tortura costituisce una condotta estrema che fa sì che la giustizia e la dignità umana scivolino via dalle persone come un indumento consunto. Per questo motivo ci sembra impossibile conciliare le esigenze di giustizia procedurale con l'accettazione della tortura quale strumento giudiziario ammissibile: le due cose si escludono vicendevolmente, e l'espressione “giusta tortura” rappresenta per noi un ossimoro. I giuristi continentali del tardo Medioevo ed anche quelli agli albori dell'epoca moderna, tuttavia, non la pensavano allo stesso modo. Un divario tra noi e loro si apre qui davanti ai nostri piedi. Per essere chiari, essi riconoscevano la tortura come un qualcosa di disumano. “Niente è più crudele e disumano”, sosteneva Carpozov nel XVII secolo, “come lacerare con tormenti esseri umani creati a immagine di Dio”<sup>36</sup>. Ma le barriere probatorie irrealisticamente elevate erette contro la condanna per i reati maggiormente

più anziano, di Farinacci Menochio sosteneva che la pena di morte (*poena ordinaria*) poteva essere imposta in base a “presunzioni più violente”. V. J. MENOCHIO, *De praesumptionibus*, cit., nt. 32, qu. 97, n. 39. Ma anche coloro i quali ritenevano che la *poena ordinaria* potesse essere imposta in base ad un qualcosa di meno della piena prova, spesso spingevano affinché pene più lievi della morte fossero irrogate in base a “indicazioni indubitabili”, o “più violente presunzioni di colpevolezza”. Anche per loro, la confessione giudiziale dell'imputato sembra essere la più preziosa tipologia di prova incriminante. Le tracce dell'incertezza in relazione alla questione se la morte fosse la pena adeguata sulla base elementi corrispondenti ad un qualcosa di meno della prova piena sono riscontrabili anche in Farinacci. V. *Consilia sive responsa*, cit., nt. 22, *consilium* 82, n. 3, così come nel commento a questo *consilium* ad opera di Famius Centolinus.

<sup>35</sup> Cfr. il libro molto interessante dell'avvocato difensore tedesco del XVII secolo J. BOURICIUS, *Captivus sive Enchiridion Defensionum*, Lipsia, 1685. Nell'esaminare il parere di Farinacci, avremo presto altro da dire sulle differenti posizioni in merito alle prove richieste per l'emanazione di un ordine di tortura.

<sup>36</sup> “*Nil tam crudele et inhumanum esse quam hominem ad imaginem Dei constitutum tormentis lacerare*”. B. CARPOZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 117, n. 3. In un inatteso momento poetico, l'A. paragona il danno causato ad un imputato sottoposto a tortura ma innocente alla “verginità perduta”. *Id.*, n. 4. E in un *consilium*, presentato “*genusfectus*” a Papa Clemente VIII a richiesta del secondo, Farinacci descrive come “inumana” la negazione di tutte le elementari garanzie difensive nei processi penali. Cfr. P. FARINACCI, *Responsorum criminalium*, cit., nt. 25, *consilium* 103, n. 2

gravi hanno portato molti a concludere che questo crudele metodo di acquisizione probatoria fosse necessario per combattere i misfatti che più minacciavano l'ordine sociale prestabilito. L'abbassamento delle barriere probatorie come alternativa era difficilmente praticabile, dal momento che tali barriere erano imposte da autorità altamente rispettate. Quello che allora apparve come un utile sforzo fu la regolamentazione dell'uso della tortura secondo modalità minimamente lesive della concezione della giustizia allora prevalente<sup>37</sup>. Con spirito di empatia retrospettiva, vale la pena chiederci quali espedienti escogiterebbero i nostri organi preposti all'applicazione della legge qualora fossero costretti ad attenersi ad una richiesta altrettanto gravosa in termini di prove necessarie al fine di giungere ad una condanna nei processi relativi a quelli che oggi consideriamo i reati più pericolosi. Nel vetro scuro del passato possiamo vedere riflessi alcuni aspetti di noi stessi.

Vale anche la pena notare che la tortura appariva meno repellente nel tardo Medioevo e nella prima fase dell'età moderna rispetto a quanto appaia oggi. Questo non solo perché la tolleranza del dolore era probabilmente maggiore allora, in modo che la sua inflizione poteva apparire un po' meno crudele. Un'altra ragione è ancora più importante. Durante gran parte dell'*ancien régime* la religione aveva un ruolo preminente nelle istituzioni sociali e dato che il crimine era strettamente associato con il peccato mortale, allo stesso modo la confessione era associata con il pentimento. La "confessione", ha scritto un autorevole quanto ridondante giurista del XVI secolo, "è la salvatrice di anime, la distruttrice del vizio, la restauratrice della virtù, la debellatrice dei demoni: essa sbarra l'ingresso dell'inferno e apre le porte del paradiso"<sup>38</sup>. Ora, data la convinzione che la confessione potesse salvare l'imputato dai tormenti eterni, il fatto di immergerlo temporaneamente nelle acque assolutorie del dolore perdeva parte della sua ripugnante natura. Poiché la paura dell'inferno era a quel tempo vivida e onnipresente, la nostra età secolare sarebbe nel torto liquidando questo argomento come non più di un cinico tentativo di giustificare la tortura che fonda la sua *ratio essendi* in un opinabile argomento di carattere teologico. La confessione era anche utile per mitigare un'angoscia di derivazione religiosa che molti giudici vivevano nell'imporre la pena di morte sulla base di prove indiziarie la cui sufficienza ai fini della condanna solo essi avevano stabilito: in caso di errore nell'esercizio del loro potere letale, essi temevano che

<sup>37</sup> Tuttavia, l'elevato standard romano-canonico di sufficienza della prova per i reati gravi non era l'unica ragione perché la tortura divenne accettabile nel processo penale di antico regime. Gli usi della tortura indipendenti dal summenzionato esigente standard probatorio vengono tracciati in M. DAMAŠKA, *The Death of Legal Torture*, cit., nt. 33, pp. 873-74.

<sup>38</sup> J. DE DAMHOUDER, *Sententiae Selectae Pertinentes Ad Materiam Praxis Rerum Criminalium Et Aliarum Partium Iuris Scientiarumque*, Antwerpiae, 1601, p. 27, Sull'importanza del salvataggio delle anime, v. anche J. KITONICH, *Directio Methodica processus Iudicarii Juris Consuetudinarii Inclity Regni Hungariae*, Viennae 1634, Cap. 6, qu. 10.

avrebbero “condannato la loro anima in eterno”<sup>39</sup>. Una confessione ripetuta dopo tortura attenuava questa angoscia: essa poteva essere interpretata come il contributo e la collaborazione dell'imputato rispetto all'esito mortale del processo, forse persino come una sua assunzione di responsabilità per esso. E come abbiamo accennato inizialmente e presto documenteremo, la tortura era applicata principalmente a persone appartenenti alle classi inferiori in relazione ai quali la distanza sociale indeboliva i sentimenti di compassione.

Ma torniamo al filone principale della nostra esposizione. Sebbene di grande importanza, la questione di quale prova fosse sufficiente per supportare un ordine legittimo di tortura è rimasta controversa fino all'abolizione della tortura stessa verso la fine del XVIII secolo. In molti hanno studiato fino a tarda notte nel tentativo di redigere un elenco esaustivo delle norme che disciplinavano la materia, ma tale sforzo si è rivelato essere talmente dipendente dal contesto e dalle circostanze specifiche che l'impresa risultò tanto futile quanto il tentativo di catturare le nuvole. Ciò che incontrò il favore della maggior parte dei più autorevoli giureconsulti fu invece il fatto che gli “indizi indubitabili” (*indicia indubitata*), che in alcuni tribunali erano ritenuti sufficienti per l'imposizione delle pene più severe, erano altresì sufficienti per l'emanazione di un legittimo ordine di tortura. In questo particolare contesto, era ben noto che il termine *indicium* si riferisse a tutti i tipi di prove, dirette e circostanziali, diverse rispetto alla rigorosa “prova piena” romano-canonica. L'aggettivo “indubitabile” è stato, tuttavia, variamente interpretato. Gli scritti di alcuni autorevoli giureconsulti suggeriscono che l'aggettivo fosse riferito al convincimento del giudice, di modo che le prove erano “indubitabili” se erano in grado di convincerlo della colpevolezza dell'imputato. In base a questa concezione “soggettiva”, la sottoposizione degli imputati alla tortura era legittima, come già si è osservato, solo in situazioni in cui i tribunali contemporanei sarebbero autorizzati a condannarli<sup>40</sup>. Altri influenti giureconsulti preferivano definire il carattere “indubitabile” degli *indicia* in termini oggettivi, oppure lasciavano l'interpretazione di tale non ben definito termine alla discrezionalità giudiziale (*arbitrium*). In alcune giurisdizioni la questione era considerata di tale complessità e rilevanza che il giu-

<sup>39</sup> Anche la frase “*arbitrium damnet animam tuam in perpetuum*” è stata coniata in questo contesto.

<sup>40</sup> Alcuni commentatori ritengono che l'approccio “soggettivo” al peso delle prove fosse estraneo allo spirito del diritto delle prove romano-canonico. Cfr., ad es., R. STICHWEH, *Zur subjektivierung der Entscheidungsfindung*, in A. Gordon et al. (eds.), *Subjektivierung Des Justiziellen Beweisverfahrens*, Frankfurt am Main, 1994, p. 269. Ma è difficile scorrere i *consilia* dei giuristi del tardo medioevo e degli albori dell'età moderna senza che emerga l'impressione che giudici non seguissero ciecamente le norme in materia di prova formulate in modo oggettivo, ma le accettassero per la maggior parte solo quando queste coincidevano con le loro opinioni soggettive. Per una posizione analoga espressa in un libro di magistrale erudizione, v. M. SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison*, Köln, 2000, p. 193. Alcuni esempi di quelli che sembrano essere approcci “soggettivisti” al tema delle prove necessarie per disporre la tortura saranno forniti in seguito. V. *infra*, nt. 71.

dice era tenuto a trasmettere l'intero fascicolo dell'indagine ad un esperto legale, o ad una commissione di esperti legali, che avrebbero poi deciso sul punto<sup>41</sup>.

Molti altri aspetti della tortura erano altresì disciplinati dalla legge e ritenuti essenziali per la correttezza della procedura. Torneremo a occuparci di alcuni di essi più avanti. A questo punto, è sufficiente osservare che una condanna valida, contrariamente a una credenza alimentata oggi da molti commentatori moderni, richiedeva più che la ripetizione della confessione qualche tempo dopo "l'interrogatorio doloroso". Nel riconoscere che la tortura era uno strumento "fragile e pericoloso", si riteneva che il giudice dovesse anche valutare accuratamente se le informazioni contenute nelle dichiarazioni ottenute fossero concordanti con le prove disponibili indipendentemente dalla tortura e se queste fossero presumibilmente vere<sup>42</sup>.

Quali sanzioni erano previste per l'inosservanza di queste regole? Le prove ottenute in violazione di tutte le disposizioni appartenenti agli "elementi essenziali dell'ordine giuridico" erano considerate nulle e invalide. La conseguenza di questa regola in materia di tortura fu che le confessioni indebitamente ottenute erano ritenute invalide e non potevano essere utilizzate a sostegno delle condanne<sup>43</sup>. La nullità delle confessioni ottenute irregolarmente non era l'unica misura volta a sorvegliare il confine tra gli interrogatori di carattere coercitivo effettuati in modo regolare e quelli effettuati secondo modalità improprie: i giudici che oltrepassavano i confini di quanto ammissibile erano essi stessi soggetti ad una pena; in alcune giurisdizioni le violazioni intenzionali erano punite con la morte<sup>44</sup>.

## B. *Disciplina oggettiva versus diritti soggettivi*

Nella sezione precedente abbiamo esaminato le regole più importanti concernenti gli interessi della difesa senza lasciare intendere che esse *de facto* accordassero determinati diritti agli imputati. Invece di parlare del loro *diritto* alla difesa tecnica o del loro diritto alla *discovery* rispetto alle prove, abbiamo invece parlato del *requisito* in forza del quale agli imputati era consentito avere un avvocato difensore, o di quello per cui essi dovevano essere informati delle prove a carico. Abbiamo

<sup>41</sup> Per dettagli, v. J.C. FRÖLICH, *Nemesis*, cit., nt. 32, pp. 172-175.

<sup>42</sup> "*Confessioni quaestione extorta fides aliter habenda non est quam si ea veritate conveniat atque probabilis sit*". V. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 126, n. 13. Derivante dal Digesto di Giustiniano (48.18.1.23), l'espressione secondo cui la tortura è "*res fragilis et periculosa*" è frequentemente ripetuta negli scritti sul processo inquisitorio fin dal Medioevo.

<sup>43</sup> Analizzeremo a breve il significato e l'ambito di applicazione di questa precoce regola che richiede l'esclusione delle prove illegalmente ottenute.

<sup>44</sup> Carpzov dedica un'intera sottosezione del suo libro alla punizione dei giudici che "torturano ingiustamente": B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 127. Per una fonte italiana antecedente sul tema, cfr. H. DE MARSILIIS, *Consilia et singularia omnia*, vol. 2, consilium 84, n. 11 (Lugduni 1537). V. anche P. FARINACCI, *infra*, nt. 61.

evitato con grande cautela di riferirci ai *diritti* dell'imputato, avendo in mente che potrebbe essere anacronistico utilizzare il linguaggio dei diritti soggettivi in relazione ad un ordine processuale fondamentalmente attuato nell'alto Medioevo. Può ben darsi, dunque, che le norme processuali fossero state immaginate come rivolte ai giudici con la finalità di assegnar loro dei compiti, piuttosto che come indirizzate agli imputati con lo scopo di attribuir loro dei diritti di carattere personale. In altre parole, gli imputati potrebbero essere stati concepiti come meri beneficiari delle funzioni assegnate ai giudici in forza di norme oggettive, piuttosto che come autonomi titolari di diritti soggettivi. La tendenza a trasferire aree sempre più vaste del diritto nel fascio dei diritti personali diventa chiaramente visibile solo negli scritti accademici del tardo XVI secolo. Ma fintantoché ci si occupa degli scritti dei giuristi aventi ad oggetto i problemi pratici della procedura penale, ci sono poche prove di questa tendenza persino nel XVII secolo.

Tuttavia potrebbe comunque essere che le garanzie incluse nella "*citatio-defensio*" fossero già considerate come diritti personali. Si ricordi che molti giuristi nutrivano la convinzione che sia la "*citatio*" che la "*defensio*" derivassero dalla diritto naturale dell'auto-difesa. Gli storici hanno scoperto che già i giuristi canonisti del XII secolo intendevano il diritto naturale, almeno in alcuni contesti, come espressione dei poteri inerenti agli individui<sup>45</sup>. Le loro opinioni erano ampiamente diffuse nelle scuole di diritto del tardo Medioevo. E poiché il processo era uno di questi contesti, potrebbe anche essere che gli effetti connessi alla *citatio-defensio* fossero visti come "appartenenti" agli imputati. In talune fonti giuridiche di primo piano si ritrova qualche passaggio che fornisce un supporto a questa interpretazione<sup>46</sup>. Ma non è necessario prendere posizione su questo punto. Anche se le regole risultanti dalla "*citatio-defensio*" erano concepite come implicazioni o facoltà di carattere soggettivo, certamente esse non erano equiparabili ai diritti nella nostra moderna accezione liberale occidentale, vale a dire diritti legati a concezioni forti dell'autonomia umana e sostanzialmente slegati dalle conseguenze del loro esercizio.

Se si sposta l'attenzione dalle riflessioni dottrinali alle concrete dinamiche della prassi giudiziaria, ha più senso immaginare le regole derivanti dalla "*citatio-defensio*" come norme indirizzate ai pubblici funzionari piuttosto che come regole che attribuivano

<sup>45</sup> Fino a circa quarant'anni fa era ampiamente diffusa l'opinione secondo cui la nozione di diritto soggettivo si fosse sviluppata solo nel XIV secolo ad opera di Guglielmo d'Ockham. V. M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, in *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, 1969, pp. 140-77. Più recentemente, sono emerse le prove che la nozione è stata sviluppata in precedenza. V. B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, Grand Rapids, MI, 1997, pp. 54-69.

<sup>46</sup> Alcuni testi affermano, per esempio, che le garanzie difensive "appartengono" (*competunt*) all'imputato, o che non è permesso di "portargliele via" (*subtrahere*). Anche nei manuali di stregoneria si trovano istruzioni in base alle quali rappresenta un'offesa contro Dio "sottrarre" (*privare*) all'imputato diritti afferenti alla difesa senza motivi di un certo peso. V., ad es., *Malleus Maleficarum*, *supra* nt. 29, vol. 1, pars 3, qu. 9, p. 603.

facoltà personali agli imputati. In una corte di *ancien régime*, gli imputati non avrebbero certamente fatto molta strada nel rivendicare un beneficio identificato in una regola “difensiva” sostenendo che essa rappresentava un loro diritto personale. Era per loro certamente una migliore strategia quella di sostenere che la norma richiedeva una particolare azione od omissione da parte del giudice. Come nel jujitsu, era meglio per loro utilizzare il peso della disciplina oggettiva allo scopo di attuare i propri interessi soggettivi<sup>47</sup>.

### C. *Un rapido sguardo all’Inghilterra*

Nel valutare queste prime concezioni continentali del giusto processo, è istruttivo gettare un rapido sguardo allo specchio distante dell’antica giustizia penale inglese. Un’affidabile storia comparata dei due sistemi deve ancora essere scritta, ma appare corretto affermare che mentre le ricostruzioni del processo penale continentale tendono a soffermarsi sulle sue caratteristiche negative, le descrizioni della sua controparte inglese tendono invece a enfatizzarne le caratteristiche positive. Per compiere un’osservazione di questa tendenza alquanto manichea, è utile esaminare le sue manifestazioni con riguardo ad alcuni esempi. Essi mostrano che nel periodo dal XIII al XVIII secolo le disposizioni processuali vigenti nell’ordinamento inglese erano sotto molti punti di vista di gran lunga maggiormente estranee alla nostra concezione attuale dei fondamenti processuali e della correttezza procedimentale rispetto a quanto non fossero i procedimenti penali continentali coevi<sup>48</sup>. La consapevolezza di questo fatto ci porta senz’altro a valutare in termini maggiormente positivi le interpretazioni precoci del giusto processo dei giuristi continentali, e questo nonostante la macchia rappresentata dalla tortura giudiziaria ed altri aspetti negativi dello scenario in cui operavano.

La tendenza a esagerare le gesta degli inglesi emerge già con riguardo all’origine del giusto processo. Si dice spesso che il diritto ad un processo equo sia stato riconosciuto per la prima volta dalla Magna Carta emanata dal re Giovanni nell’Inghilterra del XIII secolo. Ora, è vero che la Carta conteneva la dichiarazione per cui il re “non perseguirà un uomo libero senza un giudizio legale”, un’affermazione che si è dimostrata molto importante nelle epoche successive. Ma l’affermazione in se stessa difficilmente può essere considerata una novità: già nel XII secolo, molti autorevoli giuristi canonisti scrivevano che il procedimento giudiziario rappresentava un prerequisito rispetto ad una legittima imposizione delle pene. Questa posizione fu poi adottata ufficialmente dalla Chiesa di Roma al suo quarto Concilio Lateranense,

<sup>47</sup> Cfr. M. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, CT, 1986, p. 83.

<sup>48</sup> E se ci si dovesse concentrare esclusivamente sulla comparazione della dottrina giuridica che si occupa dei temi connessi al diritto di difesa, l’Inghilterra farebbe senz’altro una brutta figura: mentre, infatti, gli scritti sul tema erano abbondanti nell’Europa continentale, essi erano pressoché inesistenti dall’altra parte della Manica.

svoltosi tra l'altro nello stesso anno (1215) in cui venne emanata la Magna Carta<sup>49</sup>.

Si prenda poi in considerazione l'affresco in via di sbiadimento della c.d. *self-informing jury* (giuria informata). Per almeno un secolo dopo la sua nascita avvenuta nel XIII secolo, la piccola giuria (*petty jury*) era composta da persone che acquisivano conoscenze pertinenti ai fatti del processo per conto proprio, al di fuori della corte: alcuni potevano essere stati testimoni dell'evento per cui si procedeva, altri potevano avere condotto le proprie indagini sul fatto, o potevano essere semplicemente venuti a conoscenza delle voci che circolavano all'interno della comunità. La funzione testimoniale e quella giudicante erano perciò inestricabilmente intrecciate e i verdetti si fondavano su una "conoscenza privata". Questa commistione dei ruoli processuali continuò per lungo tempo<sup>50</sup>. I processi non includevano la presentazione di prove a coloro i quali erano chiamati a decidere: i giurati si recavano semplicemente in tribunale per annunciare il loro verdetto, e il giudice itinerante di nomina regia ratificava la loro decisione e irrogava una pena. Questo modo di procedere era estraneo ai giudici romano-canonici fin dal XIII secolo: sia nella procedura di tipo accusatorio che in quella inquisitoria era severamente vietato loro decidere casi fondandosi su informazioni acquisite al di fuori della corte<sup>51</sup>. I processi tenuti dinanzi alla "giuria informata" recano una somiglianza esclusivamente con i processi continentali per i c.d. "crimini notori", dove chi era oggetto di gravi e diffuse voci di coinvolgimento in attività criminali veniva semplicemente convocato in tribunale, dove il giudice procedeva alla pronuncia di una sentenza di condanna senza alcuna assunzione di prove<sup>52</sup>. Ma questo processo, inventato dai giuristi canonisti per le condotte manifestamente scandalose del clero, già nel XIII secolo era in seria ritirata dinanzi alla procedura inquisitoria ufficiale: i giudici che svolgevano le indagini pretendevano di avocare a sé sempre maggiori poteri al fine di stabilire in prima persona se le voci correnti tra il pubblico fossero tali da qualificare un determinato procedimento penale come "notorio".

A un certo punto nel corso del XV secolo i giurati cessarono in gran parte cessato

<sup>49</sup> Si dovrebbe anche tenere a mente che previsioni simili a quelle contenute nella Magna Carta possono essere altresì riscontrate in numerose altre "Carte dei diritti" del XII secolo. V. H. BERMAN, *Law and Revolution*, Cambridge, MA, 1983, p. 293.

<sup>50</sup> Ancora nel XV secolo Fortescue celebrava la giuria come organo superiore rispetto ai giudici continentali poiché i secondi decidevano i casi solo sulla base delle prove presentate in giudizio. Cfr. J. FORTESCUE, *De Laudibus Legum Angliae*, Cambridge, 1942, Cap. 26, p. 62. Due secoli più tardi, Matthew Hale continuava a difendere la fusione di queste due funzioni. V. M. HALE, *The History of the Common Law of England*, 6<sup>th</sup> ed., London, 1820, pp. 348, 353.

<sup>51</sup> V. K.W. NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit*, München, 1967, p. 30. L'entroterra teologico di questo divieto di conoscenza privata stato è recentemente esplorato da J.Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, New Haven, CT, 2008, pp. 107-114.

<sup>52</sup> Sui fondamenti teologici di questi riti 'informali', cfr. J.-PH. LEVY, *La Hiérarchie des preuves*, cit., nt. 22, p. 33.

di essere “auto-informati”, e la presentazione di aula di prove testimoniali alla giuria divenne un requisito essenziale nei processi penali inglesi. Non è ampiamente noto, tuttavia, che nei processi per reati gravi e per tradimento solo i testimoni dell'accusa erano ammessi a testimoniare sotto giuramento. Nella misura in cui erano ammessi, i testimoni di difesa potevano rendere soltanto dichiarazioni non giurate<sup>53</sup>. Sarebbe sbagliato credere che i testimoni dell'accusa che deponevano sotto giuramento fossero inconfutabili e che essi prevalessero pianamente sulle prove a discarico. Tuttavia, non c'è dubbio che l'asimmetria nei requisiti del giuramento forniva un notevole vantaggio all'accusa. Laddove un testimone del tutto irreprensibile per l'accusa giurava qualcosa sulla sua anima immortale, i giurati avevano poche ragioni – *ceteris paribus* – per dar credito alle testimonianze non giurate per la difesa. Questo regime unilaterale di assunzione della prova perdurò per i crimini più gravi fino ai primi anni del XVIII secolo. Nell'Europa continentale, nel frattempo, tutti i testimoni erano tenuti a prestare un giuramento promissorio di dire la verità, mentre, come abbiamo visto, il rifiuto di ammettere i testimoni della difesa costituiva una violazione di regole che si riteneva derivassero dal diritto naturale. Una dispensa dall'obbligo del giuramento era prevista solo come agevolazione per l'imputato: se sussisteva un impedimento per un suo testimone a prestare giuramento, il giudice poteva, a sua discrezione, accettare una testimonianza non giurata. Così, invece di un'asimmetria pregiudizievole per l'imputato, nel processo continentale si riscontrava un'asimmetria che andava invece a suo vantaggio.

L'unilateralità della giustizia penale inglese si estendeva anche alla fase antecedente al processo in senso stretto. Per un po' di tempo in Inghilterra ha continuato ad essere in uso la pratica medievale dell'esercizio dell'azione penale da parte dei cittadini (principalmente le vittime), così che nessun funzionario del governo era incaricato di raccogliere le prove per il processo. Un mutamento si è verificato solo verso la metà del XVI secolo, quando ai giudici di pace locali fu ordinato di interrogare e obbligare per vie legali i testimoni a rendere dichiarazioni al processo. Ma essi esaminavano e facevano trascrivere solo le dichiarazioni rese dall'imputato e dai testimoni dell'accusa. I testimoni che si presentavano per provare l'innocenza dell'imputato non venivano esaminati<sup>54</sup>. Un'ulteriore difficoltà per l'imputato nella fase antecedente al processo vero e proprio era rappresentata dal fatto che la *common law* proibiva che egli ricevesse copia del rinvio a giudizio che specificava le

<sup>53</sup> Alcuni sostengono che nei processi per i delitti maggiormente gravi e per tradimento il ricorso ai testimoni della difesa non sia stato consentito fin quasi al termine del XVII secolo. V. G. FISHER, *The Jury's Rise as Lie Detector*, in 107 *Yale L.J.*, 1997, pp. 583, 603-604. Ma questa interpretazione è supportata solo da prove relative ai processi per tradimento, dove essere un testimone della difesa poteva essere pericoloso poiché il testimone avrebbe in pratica depresso contro il re.

<sup>54</sup> Per una ricostruzione cinquecentesca di questa pratica, cfr. T. SMITH, *De Republica Anglorum*, (1583), Lib. 2, cap. 20, L. Alston (ed.), Cambridge, 1906.

accuse a suo carico<sup>55</sup>. Questo costituiva un serio handicap, specialmente perché i processi erano di breve durata e si svolgevano nell'arco di una sola giornata. Questo sistema è perdurato per gran parte del XVIII secolo, vale a dire fin quasi alla fine del periodo a cui questo saggio rivolge la sua attenzione. Vale ancora una volta la pena sottolineare il contrasto con il modello continentale. Il processo inquisitorio era strutturato come una sequenza di attività ufficiali nel corso della quale, come già accennato, i testimoni a discarico dovevano essere sentiti, e all'imputato doveva essere data l'opportunità di prendere conoscenza delle accuse, così come pure di tutto il materiale probatorio a suo carico. Sotto pena di nullità, questi due requisiti dovevano essere soddisfatti prima che il giudice potesse emanare un ordine di tortura legittimo.

Forse l'elemento maggiormente rivelatore del fatto che le garanzie procedurali essenziali tardavano a giungere in Inghilterra risiede nella circostanza che i difensori non furono ammessi a partecipare e svolgere il loro ufficio nei processi per i reati di maggiore gravità fino alla metà del XVIII secolo. Anche in seguito per un certo periodo non era consentito loro di fare osservazioni in merito alle prove o svolgere la requisitoria difensiva: essi potevano esclusivamente interrogare e contro-esaminare i testimoni<sup>56</sup>. A questo proposito, la giustizia continentale era ancora una volta più generosa. Contrariamente a quello che spesso si pensa, e nonostante le limitazioni imposte alla loro attività, gli *advocati* continentali non erano inutili per l'imputato come un pettine è per un calvo. Il *consilium* di Farinacci dimostrerà a breve che almeno in alcuni territori di *ancien régime* abili avvocati erano in grado di influenzare il corso del procedimento.

Non si può negare, certamente, che l'impiego autorizzato della tortura giudiziaria nel processo inquisitorio oscuri e faccia perdere in rilevanza a tutti questi vantaggi dell'antica giustizia penale continentale osservati in prospettiva comparata. In Inghilterra il ricorso alla coercizione per ottenere le prove rimase una pratica rara riservata alle più alte corti reali nel corso dei secoli XVI e XVII, utilizzata principalmente per scoprire i complici dei reati politici o contro lo Stato<sup>57</sup>. Sarebbe però sbagliato attribuire questa differenza alla forte avversione della società inglese per l'infliczione di dolore nei confronti dei presunti criminali. Una crudeltà paragonabile a quella dell'antica giustizia penale continentale si riscontrava in Inghilterra non solo nell'applicazione della pena capitale, ma anche nelle prime fasi del processo penale. Si consideri che fino al XVIII secolo il rifiuto da parte dell'imputato di dichiararsi colpevole o innocente impediva lo svolgimento del processo, e che venne

<sup>55</sup> Cfr. J. LANGBEIN, *The Privilege and Common Law Procedure: the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, in R.H. Helmholz et al. (eds.), *The Privilege against Self-Incrimination*, cit., nt. 15, p. 90.

<sup>56</sup> Cfr. J.H. LANGBEIN, *History of The Common Law*, New York, 2009, pp. 690-692.

<sup>57</sup> Cfr. J.H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof*, Chicago, IL, 1976, pp. 81-134. Più recentemente, v. anche J. HEATH, *Torture and English Law*, Westport, CT, 1982, pp. 58-160.

ideata una crudele forma di tortura al fine di costringerlo a rispondere all'accusa. Essa consisteva nel porre pietre via via più pesanti sul corpo dell'imputato fino a quando questi non era disposto a dichiararsi colpevole o innocente. Nonostante questi tormenti, alcuni degli imputati sceglievano di essere schiacciati a morte, poiché potevano evitare la confisca del loro patrimonio e alcune altre conseguenze collaterali della condanna restando "muti"<sup>58</sup>.

Si pensi poi che la giuria inglese era vincolata ad uno standard di sufficienza della prova rigoroso quanto quello di molti suoi corrispondenti continentali, cosicché le condanne per i crimini più gravi non potevano essere ottenute senza la testimonianza di due testimoni oculari irreprensibili o la confessione dell'imputato. Bramosi di prove giuridicamente adeguate tanto quanto i giudici continentali, non è probabile che, dato lo spirito dei tempi, anche i giudici inglesi facessero propri i metodi coercitivi al fine di estorcere ammissioni di colpevolezza da imputati riluttanti? Dato il minor dettaglio della disciplina legislativa nell'antica procedura penale inglese, e soprattutto data la sua maggiore dipendenza da funzionari non professionali, non è inoltre probabile che questi metodi siano stati utilizzati in modo più arbitrario rispetto all'Europa continentale? Un accenno a questa possibilità può essere ricavato dai rilievi compiuti da un osservatore del XVII secolo in relazione alla tortura per come essa veniva amministrata dalle autorità reali inglesi nel corso della sua vita. "In altri Paesi", ha scritto, "[la tortura] è utilizzata nell'esercizio della giurisdizione in presenza di una *semi-plena probatio*. Ma qui in Inghilterra, prendono un uomo e lo torturano non so perché, né quando, non nell'esercizio della giurisdizione, ma quando qualcuno la dispone"<sup>59</sup>.

Sia come sia, resta il fatto che la macchia della tortura giudiziaria come sistematico istituto processuale imbratta solo la giustizia penale continentale. Si osservi, tuttavia, la sottile ironia. Responsabile di questa macchia è stato in parte uno standard di sufficienza probatoria spintosi troppo in là nell'inibire l'allora esistente *cupiditas puniendi*. In altre parole, parte della colpa per la macchia si fonda su di una tutela procedurale eccessivamente esigente.

<sup>58</sup> Su questa "*peine forte et dure*", v. J. BRADLEY THAYER, *A preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, vol. 1, Boston, 1898, pp. 297-300. Forme di violenza consimili alla tortura possono essere state utilizzate sporadicamente anche nelle "investigazioni private" allo scopo di ottenere prove incriminanti – soprattutto se chi era sospettato di avere commesso il reato apparteneva alle classi inferiori. Il Tom Jones di Fielding ci ricorda questa possibilità. V. H. FIELDING, *The History of Tom Jones, a Foundling* (1749), New York, 1940, pp. 79-80. In sede di *pretrial* (fase predibattimentale) il giudice chiedeva all'imputato se intendeva dichiararsi colpevole (*to plead guilty*) o non colpevole (*to plead not guilty*) (N.d.T.).

<sup>59</sup> J. SELDEN, *Table Talk*, London, 1927, p. 133.

#### D. L'impatto dei requisiti del giusto processo

Se le più risalenti disposizioni continentali in materia di garanzie procedurali meritano un trattamento maggiormente benevolo, si pone la questione se esse fossero rilevanti nella pratica quotidiana del diritto. Nel contesto autoritario degli apparati giudiziari continentali, tali garanzie avrebbero potuto facilmente rimanere un impegno meramente retorico o una garanzia esistente solo su pergamena. Sarebbe abbastanza sorprendente, tuttavia, se l'osservanza di queste disposizioni non fosse variata da giurisdizione a giurisdizione e nel corso del tempo. Non solo si sono verificati numerosi cambiamenti nelle credenze condivise e nelle istituzioni politiche tra la fine del Medioevo e il periodo in cui sono calate le tenebre sull'*ancien régime*, ma tra le giurisdizioni continentali sussistevano differenze significative anche rispetto alla loro deferenza all'autorità dottrinale e ad altre fonti del diritto<sup>60</sup>. Senza studi archivistici idonei, poco può essere detto su questo argomento con certezza assoluta. Ciò nonostante, dissertando in assenza di prove chiare, appare probabile che il grado di rispetto delle garanzie difensive fosse ovunque sensibile sia alla percepita gravità del reato che alla posizione nella gerarchia sociale dell'imputato.

Laddove il reato non era visto come una grave minaccia per l'ordine costituito e l'imputato era una persona con una buona posizione sociale, le disposizioni dedicate alla *defensio* dovevano produrre più di un semplice effetto platonico, almeno in alcuni tribunali. È anche in questo contesto che i giudici avevano ragione di preoccuparsi di possibili responsabilità per aver trascurato le regole strutturate per tutelare gli interessi della difesa<sup>61</sup>. Ed è sempre in questo scenario che anche le reazioni popolari ostili ad un eccessivo ricorso alla tortura non potevano essere trascurate. Secondo l'importante aneddoto riferito da una storica, Bartolo da

<sup>60</sup> Si osservi, per inciso, che anche i meccanismi per il riesame delle decisioni variavano. Anche se si è spesso detto fosse richiesto dal diritto naturale, un grado di appello non era presente in tutte le giurisdizioni continentali. Esso era stabilmente previsto in modo particolare in Francia. Nelle città-stato italiane, dove non erano presenti corti d'appello, il compito di stabilire se i giudici avessero correttamente esercitato le loro funzioni era attribuito a speciali organismi giudiziari. La loro competenza comprendeva i casi relativi alla responsabilità connessa all'indebita inflizione della tortura. V. W. ENGELMANN, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien Durch Die Wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938, pp. 514-583.

<sup>61</sup> Il trattato di Farinacci contiene una lunga discussione circa la possibilità di imporre la pena capitale nei confronti dei giudici che violano deliberatamente le norme che regolano l'inflizione della tortura. V. P. FARINACCI, *Praxis et Theorica Criminalis*, Pars I, Tomus II, Tit. V, nn. 112-123 (Cardon, Lungduni 1634). Per un'interessante decisione del XVII secolo resa dalla Suprema Corte della Sassonia sulla responsabilità dei giudici per l'inflizione della tortura, cfr. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 127, n. 18. Anche la procedura "*in syndicatu*" attuata da speciali corti nelle città-stato italiane ci fornisce esempi rivelatori in materia di responsabilità dei giudici: v. W. ENGELMANN, *op. loc. cit.* Uno storico del diritto ha recentemente contestato l'opinione diffusa secondo cui le disposizioni che regolavano la tortura non erano generalmente osservate nella prassi: cfr. K. PENNINGTON, *Torture and Fear: Enemies of Justice*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 2008, pp. 227-29.

Sassoferrato – il santo patrono degli avvocati romano-canonici per almeno due secoli – dovette saltare fuori da una finestra per sfuggire a una folla infuriata dal suo ordine di tortura che aveva provocato la morte dell'imputato<sup>62</sup>.

Nel perseguimento dei reati che più minacciavano l'ordine costituito, tuttavia, il paesaggio del diritto si oscurava. Persino l'osservanza delle regole che si credeva discendessero da una legge superiore divenne incerta quando forti istanze di controllo del crimine fecero drammatiche irruzioni sul terreno delle garanzie difensive. Fin dal XIII secolo la dottrina si è evoluta nel senso di ritenere che l'ordine processuale stabilito dalla legge potesse essere violato in ragione dell'estrema gravità del reato (*propter enormitatem delicti licitum est iura transgredi*)<sup>63</sup>. Originariamente, questa esenzione dal regime ordinario era applicata solo al tradimento (*crimen laesae maiestatis*) e all'eresia (*crimen laesae maiestatis divinæ*), ma ben presto arrivò a comprendere la simonia e la stregoneria, estendendosi infine a tutti i reati per i quali era prevista la pena di morte aggravata da altri tormenti nella sua esecuzione (*crimina atrocissima*)<sup>64</sup>. Le corti che seguivano tale dottrina ammettevano, ad esempio, che la tortura fosse disposta sulla base di elementi inferiori rispetto ad "indicazioni indubitabili", o che i tormenti fossero resi più severi e la loro ripetizione più facile rispetto a quanto avveniva nei processi ordinari. Scrivendo nel XVI secolo, Jean Bodin ha affermato che la stregoneria era così grave e così difficile da scoprire utilizzando i normali metodi di prova "che una voce corrente tra il pubblico poteva di per sé essere quasi infallibile" e sufficiente per far sottoporre una persona alla tortura<sup>65</sup>.

Questa perniciosa dottrina non rimase incontestata, specialmente con riferimento a forme di giustizia che si riteneva avessero la loro origine nel diritto naturale<sup>66</sup>. Ora illustreremo il dibattito conseguente e le disposizioni normative rilevanti analizzando un parere redatto in un processo italiano del XVI secolo dal celebre Prospero Farinacci.

<sup>62</sup> Cfr. S. LEPSIUS, *Von Zweifeln zur Überzeugung*, Frankfurt am Main, 2003, pp. 13-14.

<sup>63</sup> Questa dottrina ha continuato a essere invocata nell'Europa continentale fino alla fine del XVIII secolo. Per riferimenti storici a questa dottrina elaborata sulla base di un testo di Papa Innocenzo IV, v. M. SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison*, cit., nt. 40, pp. 276-277.

<sup>64</sup> Sulla distinzione riscontrata nelle fonti del diritto italiane e tedesche tra reati per cui era prevista la pena di morte inflitta con modalità particolarmente efferate e dolorose (*crimina atrocissima*) e quelli per i quali era prevista la medesima pena ma non aggravata da altri supplizi ("*crimina atrocita*"), v. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 102, nn. 62 ae 63. Per l'ulteriore distinzione tra "*crimina atrocita*" e "*crimina atrociora*", v. JULIUS CLARUS, *Sententiarum receptorum liber quintus*, par. primus, vers. Sunt Etiam (Venetiis 1568).

<sup>65</sup> J. BODIN, *De la démonomanie des sorciers*, Paris, 1580, p. 198.

<sup>66</sup> Per la critica di tale dottrina da parte di Ippolito Marsili da Bologna (1450-1529), cfr. G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena*, Napoli, 1979, p. 76. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 102, n. 68) fa riferimento alla controversia sviluppatasi con riferimento a tale teoria. La posizione di Farinacci sul punto sarà descritta a breve.

### III. *Il consilium di Farinacci*<sup>67</sup>

#### A. *I fatti del caso*

Un certo Biffio, un vagabondo di Milano, viene arrestato a Torino con il sospetto di mantenersi con lo svolgimento di attività criminose. A malapena sottoposto al grado più mite di tortura, egli rivela che un plebeo chiamato Curtes gli aveva chiesto di uccidere un nobile di nome Luigi Valpergi per conto di un nobiluomo milanese, Guido di San Giorgio, ma che egli, Biffio, aveva rifiutato di farlo. La sua testimonianza porta all'arresto di Curtes, un uomo dalla cattiva reputazione che era stato bandito da Milano e ora risiedeva a Torino, vivendo nel lusso pur senza apparenti mezzi di sostentamento. Curtes ammette di appartenere alla cerchia di Guido a Milano, ma nega ogni suo coinvolgimento nel piano omicidiario. Dopo essere stato sottoposto al grado più intenso di tortura, egli continua a protestare la propria innocenza. Tuttavia, torturato nuovamente dopo due giorni e sottoposto a confronto con Biffio, Curtes confessa infine di aver ricevuto denaro da Guido per organizzare l'omicidio di Luigi e di aver invano cercato di persuadere Biffio a perpetrare il crimine.

Sulla base di questa confessione, un giudice locale apre un'inchiesta penale contro Guido. Convocato a Torino, egli si presenta in tribunale e nega il piano dell'assassinio. Egli ammette solo di aver dato a Curtes una considerevole somma di denaro, sostenendo che fosse un regalo per servizi resi in passato. Il giudice allora rinnova l'interrogatorio di Biffio e Curtes alla presenza di Guido<sup>68</sup>. Dopo che essi hanno nuovamente reso le rispettive confessioni, il giudice porta a termine la "parte offensiva" dell'inchiesta, imputando a Guido il reato capitale di assassinio<sup>69</sup>.

Nella "parte difensiva" dell'indagine, sorge la questione relativa alla sufficienza delle prove raccolte per giustificare l'ordine da parte del giudice di sottoporre Guido alla tortura. Gli elementi a suo carico sono notevoli. Egli è chiamato in causa non solo dalla confessione di Curtes, corroborata da quella di Biffio, ma anche da prove circostanziali relative al movente. Diversi testimoni hanno infatti testimoniato in merito a voci circolate durante una recente campagna militare in base alle quali Guido aveva elaborato un piano per uccidere Luigi. Inoltre, il governatore di

<sup>67</sup> Il testo di questo *consilium* è riportato in P. FARINACCI, *Consilia sive responsa*, cit., nt. 22, *consilium* 99, pp. 483-491. Da qui in avanti faremo riferimento al testo del *consilium* solo attraverso la sua numerazione.

<sup>68</sup> Sulla disciplina riguardante il riesame dei testimoni a carico alla presenza dell'imputato, v. *supra* nt. 22.

<sup>69</sup> L'assassinio era all'epoca definito come un omicidio commesso dietro al pagamento di una somma di denaro. La definizione comprendeva sia la condotta di colui che materialmente commetteva l'omicidio sia la condotta del mandante, ma quest'ultima era considerata più grave. Dal testo edito del *consilium* oggetto della nostra analisi non emerge con chiarezza chi abbia materialmente ucciso Luigi.

Torino aveva comunicato al giudice di aver ricevuto lettere da “persone affidabili” che lo informavano dei piani omicidiari orditi da Guido. C’era anche la prova del trasferimento di denaro da Guido a Curtes. Eppure, non importa quanto gravoso questo quadro probatorio potesse essere, il giudice lo riteneva ancora insufficiente per una condanna. Disporre la tortura nel tentativo di ottenere una confessione gli appariva l’unico modo per condannare Guido per reato capitale.

A propria difesa, Guido sostiene che le confessioni di Biffio e Curtes non potevano giustificare un ordine di tortura in quanto derivate da interrogatori coercitivi condotti senza gli *indicia* legalmente richiesti. Il funzionario che rappresentava l’interesse pubblico – che da qui in avanti chiameremo *Fiscus* – non contesta l’assenza degli indizi normalmente richiesti, ma sostiene che essi in questo caso non fossero necessari. Tra i vari argomenti che egli adduce, quelli che seguono meritano la nostra attenzione. Il primo argomento poggia sul fatto che il reato contestato sia “atroce” e che in questa ipotesi non sia necessario applicare le disposizioni procedurali ordinarie. Abbiamo visto come questa regola fosse spesso invocata nei tribunali di *ancien régime*. Il suo secondo argomento concerne il fatto che il crimine sia difficile da provare e che dunque la tortura possa essere disposta sulla base di indizi altrimenti insufficienti. Sorta nell’ambito dei processi per eresia, questa regola era parimenti frequentemente utilizzata nei tribunali dell’Europa continentale a quel tempo. Il terzo argomento del *Fiscus* si fonda sul fatto che Biffio e Curtes siano persone dalla cattiva reputazione, banditi dalle comunità in cui avevano vissuto, e che individui di questo genere possono essere legalmente torturati senza la necessità delle prove normalmente richieste. Il suo ultimo argomento si riferisce al fatto che il governatore di Torino abbia chiesto che Biffio e Curtes fossero sottoposti alla tortura. Essendo la massima autorità della città, argomenta il *Fiscus*, il governatore ha il potere di decidere i casi “secondo coscienza” piuttosto che secondo le normali regole procedurali. E richiedendo che Biffio e Curtes fossero torturati, il governatore delegava questo potere al giudice, al quale, a sua volta, era consentito emettere ordini di tortura senza le prove altrimenti necessarie. Tutto ciò considerato, conclude il *Fiscus*, le due confessioni unite alle prove indiziarie forniscono un sostegno sufficiente per la sottoposizione di Guido all’interrogatorio sotto tortura.

Entra a questo punto in scena Farinacci, al quale viene chiesto di presentare un *consilium iudiciale* sulla questione del se la tortura disposta sulla base delle prove raccolte nel corso dell’inchiesta sia o meno legittima.

### B. *L’invalidità della confessione di Biffio*

Farinacci esamina in primo luogo la validità della confessione ottenuta da Biffio. Il *Fiscus* è in errore, scrive, quando sostiene che nel caso di crimini atroci un mero sospetto sarebbe sufficiente per l’emanazione di un ordine di tortura legitti-

mo: anche in un simile caso i giudici non sono autorizzati a sottoporre a tormenti gli imputati senza aver previamente raccolto indizi “indubitabili”. Gli indizi sono indubitabili, prosegue, se sono così convincenti da rendere “un caso così chiaro agli occhi del giudice che egli non può credere il contrario”<sup>70</sup>. Nel menzionare la “credenza”, Farinacci sembra aderire all’interpretazione secondo cui giudici devono essere convinti della colpevolezza degli imputati prima di ordinare che essi siano sottoposti all’interrogatorio doloroso<sup>71</sup>. Questo standard, scrive, deve essere osservato anche dai magistrati che dispongono di una discrezionalità piena (*arbitrium absolutum*): anche ad essi è vietato ordinare la tortura senza prima aver raccolto le prove a carico richieste dalla legge<sup>72</sup>. Il *Fiscus* è altresì in errore, prosegue Farinacci, nel sostenere che la tortura possa essere ordinata sulla base di un mero sospetto quando si tratti di crimini difficili da dimostrare (*crimina occulta*). Nei processi per tali reati lo standard di sufficienza probatoria è sì in qualche modo attenuato, ma le prove devono comunque essere così evidenti che “si possa a malapena negare il crimine”<sup>73</sup>. Anche questo standard attenuato, egli sostiene, non è stato raggiunto nel caso di Biffio. Nè il fatto che Biffio sia un vagabondo bandito da Milano giustifica un ordine di tortura basato su di un mero sospetto. Anche se la sua cattiva reputazione e la sua propensione al crimine fossero state pienamente dimostrate – *quid non* – torturarlo senza sufficienti indizi rappresenterebbe comunque una violazione della legge<sup>74</sup>.

Nell’affrontare il problema delle interferenze governative nel processo in cor-

<sup>70</sup> “*Nec dicitur indubitatum indicia nisi fuerit tale ex quo ita res apud oculos iudicis clara reddatur, ut contrarium credi non possit*”, n. 30. V. anche P. FARINACCI, *Praxis et Theorica Criminalis*, cit., Pars I, Liber II, tit. V, qu. 36, n. 36.

<sup>71</sup> L’insistenza sull’interpretazione “soggettivista” degli *indicia indubitata* è percepibile anche nella definizione di Carpzov. Secondo lui, indubitabili sono gli indizi in grado di “persuadere completamente, ma non di provare completamente” (*apta ad plene persuadendum, licet non plene probandum*). V. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 120, n. 13. Una componente soggettiva fu introdotta già nel XIV secolo da Baldo degli Ubaldi. A suo parere, un indizio era indubitabile (o “pieno”) se era in grado di indurre una tranquillità nell’organo chiamato ad accertare il fatto tale che questi non avvertisse alcuna necessità di indagare ulteriormente in merito alla questione (*Indicium indubitatum est demonstratio rei per signa differentia, per quae animus in aliquot tanquam existente quiescit et plus investigare non curat*), cit. in J. MENOCHIO, *De praesumptionibus*, cit., nt. 32, Liber I, qu. 7, n. 15. Per una rinnovata attenzione in chiave moderna alla “tranquillità” quale elemento cruciale del processo decisionale in sede processuale, v. R. WEIMAR, *Psychologische Strukturen Richterlicher Entscheidung*, Bern, 1969, pp. 46-47.

<sup>72</sup> N. 27. V. anche *infra* nt. 74.

<sup>73</sup> “*Indicia debent esse certa et talia ut vix possit denegari delictum*”, n. 31.

<sup>74</sup> Nn. 35-37. In un altro *consilium*, Farinacci scrive che le persone appartenenti a classi sociali inferiori e con una cattiva reputazione possono essere sottoposte a tortura senza gli indizi normalmente richiesti, ma solo se si tratta di delinquenti bollati dalla “*publica fama*”, oppure in situazioni eccezionali, come ad esempio quella in cui vi sia il timore di un “*populi tumultus*”. V. P. FARINACCI, *Responsorum criminalium*, cit., nt. 25, *consilium* 103, nn. 5-8.

so, Farinacci sceglie di non contestare direttamente l'ordine del Governatore. La formulazione dell'ordine non è chiara, scrive invece, ed esistono buone ragioni per dubitare che il Governatore intendesse violare la legge autorizzando la tortura in assenza degli indizi necessari. Il suo ordine dovrebbe essere inteso come se contenesse solo l'autorizzazione a privare Biffio delle garanzie difensive "non sostanziali" previste dal diritto positivo (continentale), piuttosto che nel senso di privarlo anche di importanti garanzie difensive imposte dal diritto naturale – a cui appartiene il requisito degli indizi sufficienti per la sottoposizione alla tortura<sup>75</sup>. Le garanzie difensive basate sul diritto naturale non possono essere negare agli imputati, afferma, neppure dalle più alte autorità terrene<sup>76</sup>.

Egli contesta inoltre la tesi del *Fiscus* secondo cui le lettere scritte da rispettabili cittadini possono essere utilizzato come sostegno probatorio per l'ordine di tortura. Le lettere non erano formalmente inserite nel fascicolo e costituivano informazioni extragiudiziali. Questo precludeva il loro utilizzo come materiale probatorio all'interno del processo. Secondo una massima secolare, i giudici possono decidere solo sulla base di quanto viene dedotto e dimostrato in tribunale. Anche se le lettere in questione fossero state incorporate nel fascicolo del processo, esse continuerebbero a non poter essere considerate come prova valida: chi le ha scritte, infatti, non ha prestato giuramento, ed ha fornito informazioni incriminanti prima che l'imputato fosse convocato in tribunale e nella posizione di presentare le proprie difese. Questo viola il requisito in base al quale gli imputati debbono essere convocati ("citati") in tribunale prima che i testimoni possano (formalmente) testimoniare contro di loro<sup>77</sup>.

### C. L'invalidità della confessione di Curtes

Dopo aver concluso che la confessione di Biffio è stata ottenuta in violazione della legge, Farinacci rivolge la sua attenzione alle questioni sollevate dalla tortura di Curtes. Visto che la confessione di Biffio è stata ottenuta illegalmente, egli sostiene, essa dovrebbe essere ritenuta nulla e non può essere utilizzata quale indizio a sostegno della tortura di Curtes<sup>78</sup>. L'argomentazione da lui proposta in base alla

<sup>75</sup> "Eius [i.e., del Governatore] *mandatum intelligendum est de defensione civili, non autem de naturali, item de levi et frivola defensiones, non autem de substantiali*", n. 38.

<sup>76</sup> Nn. 40-41. In un altro *consilium* Farinacci insiste sul fatto che perfino il Papa e l'Imperatore siano vincolati all'osservanza delle garanzie difensive fondate sul diritto naturale. V. P. FARINACCI, *Responsorum criminalium*, cit., nt. 25, *consilium* 85, nn. 19 e 25.

<sup>77</sup> Nn. 42-43.

<sup>78</sup> "*Dato etiam quod ex depositione Biffij contra Curtem oriretur indicium ad torturam: hoc tamen intelligi debet, quando ipse Biffius fuisset legitime et praecedentibus indicibus tortus: sed cum, ut supra late demonstram, appareat non legitime et sine praecedentibus indicibus tortum fuisse, sequitur quod talis confessio, nec sibi nec Curti per ipsum nominato nocere potest*", n. 46.

quale le prove ottenute illegalmente sono invalide, era avanzata sporadicamente vista la giovane età del processo inquisitorio, e rappresentava all'epoca quasi una novità<sup>79</sup>. Si osservi, tuttavia, che egli insiste non solo sul rifiuto di prove fondamentali illegalmente ottenute (la confessione di Biffio), ma anche sul rifiuto delle prove da queste derivate (la confessione di Curtes). Anche questo più ampio effetto preclusivo rispetto all'utilizzo di tali prove non era un mero "scherzo di fantasia" di questo ingegnoso avvocato: vi erano testi molto influenti a sostegno di tale tesi estensiva, tra cui la sempre autorevole *Pastoralis Cura* del XIV secolo. In un altro *consilium*, Farinacci aveva esplicitamente fatto riferimento a questa costituzione papale nel sostenere che tutti i passaggi procedurali adottati a seguito della negazione delle garanzie difensive fossero nulli<sup>80</sup>. Da esperto difensore qual era, egli era certamente a conoscenza di quali argomentazioni potevano essere avanzate con sicurezza in tribunale con almeno qualche possibilità di accoglimento.

Pur nella stranezza della cosa, dunque, le nostre disposizioni contemporanee che impongono il rifiuto delle prove illegali hanno un insospettato precursore nel processo inquisitorio di *ancien régime*. Ma la cosa più sorprendente di questa disciplina legislativa sta nel fatto che essa contemplava il divieto di utilizzo delle prove derivate da quelle ottenute illegalmente. Al fine di cogliere quanto fosse rilevante tale disposizione, si consideri che il divieto di utilizzo dei "frutti dell'albero velenoso" ad oggi non è ancora stato sancito in modo netto nel diritto processuale penale di tutti gli Stati liberal-democratici. Naturalmente, sarebbe ingenuo pensare che tale rigoroso approccio rispetto alle confessioni illecitamente ottenute fosse attuato con regolarità nei tribunali di *ancien régime*, specialmente nei casi riguardanti imputati appartenenti alle classi inferiori come Biffio e Curtes, o nei processi per crimini che minacciavano seriamente l'ordine costituito. Tuttavia il parere di Farinacci dimostra come gli argomenti che sostenevano il rifiuto delle prove derivanti da confessioni illegalmente ottenute, almeno in alcuni tribunali del vecchio ordine, non fossero oltre il limite – e neppure agli estremi confini – delle tesi difensive accettabili, e in alcuni casi essi potrebbero aver fatto la differenza.

Ma torniamo alla confessione di Curtes. Farinacci elenca numerose ragioni

<sup>79</sup> Alberto da Gandino sosteneva questa interpretazione fin dal XIII secolo. V. H.U. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., nt. 5, vol. 2, p. 167.

<sup>80</sup> "Omnia gesta post denegatas defensiones sunt ipso facto nulla ad tex. Expressum in Clem. Pastoralis in fine et ibi Gloss. et communiter omnes Canonistae desent." P. FARINACCI, *Responsorum criminalium*, cit., nt. 25, *consilium* 161, n. 24. Nel secolo successivo, Carpov sostenne con la sua grande autorevolezza questo ampio effetto preclusivo anche per quanto riguarda i reati più gravi ("Nullitas ex defectu indiciorum promanans, omnia acta post facta pariter inficiat, nullaque reddat, etiamsi de crimine excepto ageretur"): v. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 108, n. 45. Per alcuni esempi di approcci meno restrittivi in tema di prove impropriamente ottenute, ma con una chiara enfasi sui processi civili, v. S. VANTIUS, *Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum*, Venetiis, 1554, n. 38.

per sostenerne l'invalidità, diverse rispetto a quelle che abbiamo appena discusso. Prominente fra esse è l'obiezione concernente la modalità con cui Curtes è stato torturato. La tortura era consistita nel sollevarlo ripetutamente in aria con le mani legate dietro la schiena, per poi improvvisamente farlo cadere parzialmente verso il suolo, in modo che fosse dilaniato dall'improvviso strattone. Questo livello finale di tortura ("*tortura cum pluribus squassis*"), sottolinea Farinacci, è stato raramente utilizzato in Italia anche nelle indagini relative ai crimini più gravi, e l'eccezionale severità del tormento è aggravata dalla ripetizione della medesima modalità di tortura dopo due giorni.

La ripetizione della tortura, prosegue, ha reso la confessione che ne è seguita equivalente a una confessione ottenuta mediante minacce illegali. Effettuare questo parallelo con le minacce illegali era importante per lui, perché faceva riferimento all'autorità dottrinale diffusa con lo specifico scopo di sostenere che una confessione ottenuta mediante minacce illegali non poteva "danneggiare né colui che confessava, né chiunque altro"<sup>81</sup>. Questo può sembrare strano a coloro che hanno familiarità con la regola standard del processo inquisitorio in base a cui gli imputati *devono* essere minacciati di essere sottoposti a tortura prima che questa venga effettivamente messa in pratica. Il fondamento di questa regola ("*territio*") sta nel fatto che le minacce dei tormenti imminenti sono in grado di indurre gli imputati a confessare senza il bisogno di doverli poi effettivamente torturare. Ma queste minacce ammissibili presupponevano che il giudice avesse raccolto indizi sufficienti per poter poi emanare un legittimo ordine di tortura. Poiché Farinacci sosteneva che questo requisito non fosse stato soddisfatto, egli poteva sostenere in modo credibile che la semplice prospettazione della rinnovazione della tortura costituisca una minaccia illecita. Farinacci contesta inoltre l'affermazione del *Fiscus* in base alla quale la ripetizione della tortura fosse legittima, dal momento che la decisione di rinnovarla era questione concernente la discrezionalità del giudice. La discrezionalità non è assoluta, protesta Farinacci: la legge richiede che gli indizi a sostegno della rinnovazione della tortura siano i "più urgenti" e consistano in nuove prove volte a sostituire quelle "espiate" attraverso i tormenti precedenti<sup>82</sup>. Nessun di questi requisiti, sostiene Farinacci, è stato soddisfatto nel caso di Curtes.

#### D. *La legittimità della sottoposizione di Guido alla tortura*

Dopo aver concluso la valutazione delle confessioni di Biffio e Curtes, Farinacci giunge a trattare la questione a cui il suo *consilium* intende rispondere: può essere

<sup>81</sup> "*Communiter receptum est a Doctoribus quod confessio metu tormentorum extorta, etiam millis ratificata et geminata, nec confitenti, nec aliis nocet*", n. 56.

<sup>82</sup> Nn. 58-59.

disposto nei confronti di Guido un legittimo ordine di tortura? Farinacci esordisce ammettendo che se i dolorosi interrogatori di Biffio e Curtes fossero stati effettuati in base alla corretta procedura, e se non sussistesse alcuna obiezione alla loro credibilità, allora le loro confessioni – unite a prove corroborative<sup>83</sup> – sarebbero state sufficienti per disporre un legittimo ordine di tortura. A suo parere, tuttavia, nessuna di queste condizioni è stata soddisfatta. In primo luogo, egli affronta il tema della legalità delle confessioni, concentrandosi su quella ottenuta da Curtes che, come abbiamo appena visto, ritiene equivalere ad una confessione estorta per mezzo di minacce illecite. E nel ribadire che le confessioni ottenute in questo modo non possano “danneggiare né il colui che confessa, né altre persone”, Farinacci aggiunge che il divieto di conseguenze pregiudizievoli si applica anche laddove queste confessioni siano “altrove pienamente verificate”<sup>84</sup>.

Questo ulteriore rilievo può essere a pieno titolo considerato come il passaggio più importante del *consilium*. Esso, infatti, contraddice completamente la diffusa convinzione secondo cui il processo inquisitorio di *ancien régime* si caratterizzava per la ricerca della verità senza alcun ostacolo. In forza di questa convinzione, la ragione sottostante alla nullità delle prove ottenute in violazione del modello processuale inquisitorio (*ordo iudiciarius*) si riteneva risiedesse nella preoccupazione per cui le informazioni contaminate da un'impropria modalità di acquisizione vedevano compromessa la loro affidabilità. Ma se questa fosse la logica sottostante, allora confessioni ottenute illegalmente potevano essere utilizzate liberamente per giungere al giudizio finale qualora ne fosse stata provata l'accuratezza in un momento successivo al loro ottenimento. Nell'argomentare la necessità di rigettarle in quanto invalide anche nei casi in cui diano conto dei fatti in modo veritiero, Farinacci si dimostra perciò sensibile a valori chiaramente in contrasto con una ricerca di verità priva di vincoli e da ottenersi a qualunque costo. La violazione delle garanzie difensive fondate sul diritto naturale era a quanto sembra da lui – e dai giuristi che condividevano il suo pensiero – considerata così grave da giustificare anche il rifiuto di informazioni palesemente corrispondenti al vero. E considerando che la confessione giudiziale dell'imputato era all'epoca esaltata quale “la regina delle prove”, questo passaggio argomentativo di Farinacci suggerisce una disponibilità davvero sorprendente a sacrificare gli interessi connessi al controllo della criminalità, persino in un ripugnante caso di omicidio.

Tale argomento è solo un esercizio retorico senza alcun supporto o riscontro nella prassi giudiziaria? Per quanto riguarda alcuni Paesi e per alcuni periodi sto-

<sup>83</sup> Questi elementi di prova supplementare (*adminiculi*) erano necessari, perché la legge richiedeva che le confessioni dei complici fossero corroborate.

<sup>84</sup> “*Confessio metu tormentorum extorta, nihil operatur, confitentique aut tertio non nocet, etiam quod aliuque in totum verificetur per inspectiones oculorum, nedum alia verisimilia seu adminicula*”, n. 62.

rici, sono disponibili informazioni che dimostrano come gli ordini di tortura illegittimi fossero effettivamente annullati dai giudici<sup>85</sup>. Non è naturalmente dato sapere quante di esse fossero confessioni affidabili. Ma in considerazione della forte inclinazione delle autorità giudiziarie di *ancien régime* a evitare l'impunità (*ne crimina remaneant impunita*), è difficile credere che l'esclusione delle confessioni affidabili ma ottenute illegalmente costituissero per loro una pratica consueta. Anche oggi, dobbiamo ricordarlo, i tribunali di molti Paesi sono riluttanti nel respingere tali prove nei casi relativi a reati molto gravi<sup>86</sup>. Eppure, anche se le osservazioni di Farinacci si distaccavano grandemente dalla prassi giudiziaria all'epoca vigente, il fatto che egli abbia incluso tale argomentazione in un documento destinato a essere presentato alla corte suggerisce che le sue idee circa la rilevanza delle garanzie difensive erano entro i limiti delle argomentazioni giuridiche accettabili. Considerando la sua reputazione come "principe degli avvocati penalisti", le sue osservazioni possono ben aver avuto un certo peso nel processo di omicidio che vedeva imputato Guido.

Per sommo scrupolo, tuttavia, Farinacci non si limita a invocare solo la nullità delle confessioni di Biffio e Curtes; egli presenta anche alcune obiezioni indipendenti rispetto alla prima. Le prove che confermano le confessioni sono inutili, sostiene, perché "non si può aggiungere alcunchè a un qualcosa di nullo"<sup>87</sup>. E anche se tutte le sue argomentazioni relative all'invalidità delle confessioni fossero respinte, aggiunge, l'utilizzo delle confessioni medesime sarebbe erroneo a causa della loro discutibile accuratezza. Curtes è un "*criminosus ultra vilitatem*" e quanto ha detto non merita alcun credito, mentre la nobiltà di Guido milita contro il fatto che si sospetti di lui per la commissione del gravissimo reato del quale è accusato<sup>88</sup>. Dopo aver fatto queste valutazioni concernenti la credibilità personale, che rispecchiavano i pregiudizi sociali della sua epoca, Farinacci assicura la corte di aver dato conto della legge come meglio poteva e conclude il suo *consilium*.

<sup>85</sup> Vi è la prova che alcuni docenti di diritto chiamati a svolgere una funzione giudicante in alcuni territori tedeschi abbiano annullato delle decisioni dei giudici inquirenti. V. A. KOCH, *Denunciatio. Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstitut*, Frankfurt am Main, 2006, pp. 125-126. Queste decisioni comprendevano ordini di tortura provvisori.

<sup>86</sup> Questo è chiaramente visibile nei sistemi nei quali la decisione se rifiutare prove illegali dipende, *inter alia*, dal bilanciamento tra il grado dell'acquisizione illegale e la gravità del caso. V. M. DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, New Haven, CT, 1997, pp. 23-24.

<sup>87</sup> "*Quod nullum est adminiculari et adiudari non potest*", n. 61.

<sup>88</sup> Nn. 67-71. Va ricordato a questo proposito che la confessione ottenuta con la tortura doveva essere verificata quanto alla sua veridicità nella maggior parte delle giurisdizioni tedesche e italiane. V. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 126, nn. 12-16, con riferimento agli autorevoli giureconsulti italiani e alla *Constitutio Criminalis Carolina*.

#### IV. Il peccato capitale delle antiche garanzie difensive

Osservato dalla nostra visuale privilegiata, questo documento del XVI secolo ci colpisce per il suo essere allo stesso tempo attraente e spaventoso. Da un lato, esso dimostra come le garanzie difensive dell'antico processo inquisitorio non fossero una mera proposizione teorica, ma fossero invece talvolta invocate nelle aule giudiziarie. Considerata la tendenza fortemente repressiva dei tempi, il documento rivela altresì che alcune di queste garanzie sono state in grado di ostacolare il facile soddisfacimento delle richieste punitive. Si consideri che a Guido sono state notificate tutte le accuse, è stato messo a conoscenza di tutte le prove a carico, e gli è persino stato consentito di confrontarsi con i due principali testimoni contro di lui. La questione di vitale importanza del se dovesse essere sottoposto a tortura fu seriamente contestata. Un famoso avvocato ha sostenuto che un ordine di tortura sarebbe stato legittimo solo se le prove a carico avessero persuaso il giudice della responsabilità penale di Guido, in modo che – dalla prospettiva del giudice – il suo doloroso interrogatorio avrebbe rappresentato una punizione meritata. E l'avvocato ha anche ulteriormente sostenuto che gli elementi maggiormente convincenti delle prove a carico dovevano essere respinti in quanto ottenuti in violazione delle norme procedurali. È vero che, secondo il diritto allora vigente, Guido era obbligato a rispondere alle domande che gli venivano poste, e che un suo ostinato silenzio gli avrebbe fatto meritare una pena disciplinare<sup>89</sup>. Ma si deve tener presente che il dovere di parlare dell'imputato era ampiamente considerato alla stregua di un obbligo morale, e che alcune regole procedurali giustificate da questo dovere sono sopravvissute in numerose giurisdizioni continentali per larga parte del XX secolo<sup>90</sup>.

Dall'altro, il *consilium* procura anche una sensazione di spiacevole discriminazione nell'attuazione delle garanzie processuali. Per essere chiari, le garanzie processuali non erano l'unico aspetto della giustizia penale di *ancien régime* pervaso dal pregiudizio sociale. Questo si riscontrava apertamente, ad esempio, nell'esecuzione delle pene che riguardavano persone di elevato rango sociale, che erano sottoposte a sanzioni diverse rispetto a quelle sofferte dai soggetti di rango inferiore<sup>91</sup>. Tale pregiudizio permeava anche molti aspetti del diritto delle prove<sup>92</sup>. Ma sul ter-

<sup>89</sup> V. *supra*, nt. 16.

<sup>90</sup> Questo era quanto accadeva in alcuni cantoni svizzeri e in Austria. Non è molto noto il fatto che anche Beccaria, uno dei più noti critici della tortura impiegata per ottenere le confessioni, era favorevole all'inflizione di punizioni severe per il rifiuto da parte degli imputati di rispondere a domande poste loro dal giudice: v. C. BECCARIA, *Essay on Crimes and Punishments*. Cesare Beccaria (1764), London, 1801, p. 150.

<sup>91</sup> Cfr. J.Q. WHITMAN, *Harsh Justice*, Oxford-New York, 2003, pp. 101-107.

<sup>92</sup> Un esempio è la valutazione comparativa della credibilità di Guido e Curtes compiuta da Farinacci con cui egli conclude il suo *consilium*.

reno procedurale si rifletteva nel modo più drammatico nelle differenti protezioni accordate agli imputati rispetto agli orrori della tortura. Si osservi che quando un nobile, Guido, affrontava la prospettiva di essere “dolorosamente interrogato”, venivano sollevati argomenti molto energici contro la sufficienza delle prove a sostegno di questo brutale metodo investigativo. Questi argomenti potrebbero ben averlo aiutato a sfuggire ai tormenti. Ma anche se egli fosse stato sottoposto alla tortura, la legge lo proteggeva dalla sottoposizione alla sua forma più dolorosa<sup>93</sup>. Al contrario, un plebeo dalla cattiva reputazione, Biffio, è stato torturato in base al semplice sospetto di aver commesso un qualche crimine (indeterminato), e Curtes, altra persona dalla condizione spregevole, è stato esposto ai tormenti più intensi senza alcuna apparente preoccupazione per la sufficienza del materiale probatorio necessario per giustificare il loro ripetuto utilizzo<sup>94</sup>.

Al fine di valutare adeguatamente il carattere discriminatorio delle antiche garanzie difensive è necessario esaminare le regole che disciplinavano le immunità dalla tortura. In generale, il loro effetto era tale per cui le *élite* sociali erano raramente sottoposte ad interrogatorio doloroso. Così, non importa quanto ruvido e brutale fosse il sistema di giustizia penale, la sensibilità alla sofferenza umana non era completamente assente. Quel che mancava, tuttavia, era un’empatia umana che attraversasse l’intero spettro sociale. È vero, alcune esenzioni dalla tortura – la maggior parte delle quali fondate sull’etica cristiana – afferivano a questa tipologia: le donne incinte, i minori, gli anziani e i folli venivano risparmiati dai tormenti a prescindere dalla loro posizione sociale. Ma gli individui appartenenti alle classi inferiori che non rientravano in una di queste ristrette categorie correvano il pericolo di essere torturati in tutti i processi penali che riguardavano reati di una certa gravità.

Contrariamente a quello che spesso si pensa, anche il concetto di dignità umana non era assente nella giustizia penale di *ancien régime*. Le giustificazioni date dai giureconsulti alle immunità dalla tortura portano questo fatto chiaramente alla luce. Interrogare dolorosamente un imputato aristocratico, erano soliti affermare i giureconsulti maggiormente autorevoli, viola la sua dignità (*dignitas rei*). Come

<sup>93</sup> Quando i nobili non godevano dell’immunità dalla tortura – si dirà di più su questo in un attimo – essi erano esentati dal suo massimo grado di severità. Il massimo livello di severità, ha scritto Farinacci, poteva essere utilizzato solo su “persone vili e resistenti, ma non su quelle di nobile discendenza”. V. P. FARINACCI, *Responsorum criminalium*, cit., nt. 25, *consilium* 175, n. 22. È degno di nota il fatto che per qualche tempo ai nobili tedeschi fu permesso di “chiamarsi fuori” dal processo inquisitorio, chiedendo di essere processati secondo le regole più miti del rito accusatorio.

<sup>94</sup> Anche se Alberto da Gandino invocava garanzie significative contro il facile ricorso alla tortura, egli scrisse che gli individui di basso status sociale non ne avevano diritto, poiché avevano mostrato disprezzato per la legge “per mezzo del modo con cui hanno condotto la loro vita”. V. H. U. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus*, cit., nt. 5, vol. 2, *Rubrica: A quo vel a quibus posit fama incipere ex quo tempore*, para. 5.

la compassione, dunque, anche la dignità umana era riconosciuta, ma solo con riguardo alle persone appartenenti agli strati superiori della piramide sociale. In altre parole, la dignità non era ancora concepita quale attributo universale del genere umano.

Nei regni del tardo Medioevo, le esenzioni dignitarie rispetto alla tortura furono elaborate primariamente per la nobiltà ereditaria. A partire dal XV secolo, tuttavia, la nobiltà della discendenza perse la sua centralità rispetto alle esenzioni dagli interrogatori dolorosi<sup>95</sup>. Un secolo più tardi, un famoso avvocato italiano lamentava che “il fiore della nobiltà è stato corrotto da matrimoni vili e indegni, e quasi da nessuna parte si può dire se una persona sia veramente nobile”<sup>96</sup>. Da lì in poi l'immunità dalla tortura era concessa, oltre agli appartenenti alla “vera” nobiltà, alle persone che occupavano posizioni elevate nel potere esecutivo e nell'esercito, o praticavano professioni rispettate<sup>97</sup>. Questi dignitari (*personae in dignitate constitutae*) comprendevano medici e anche avvocati (“*advocates*”) in forza del fatto che essi “difendevano le vite degli altri”<sup>98</sup>. Eppure, come abbiamo già osservato, queste immunità non erano assolute. Esse cessavano di essere applicate quando un dignitario era sospettato di aver commesso un reato venato dal carattere politico, oppure crimini considerati incontrovertibilmente pericolosi per gli organi di governo. In alcune terre esse erano altresì inapplicabili, solitamente su permesso speciale di un'alta autorità, quando un dignitario era sospettato, come nel caso di Guido, di aver commesso alcuni “indicibili misfatti” specificamente enumerati (*crimina infanda*) appartenenti alla criminalità ordinaria<sup>99</sup>.

In Francia, le esenzioni dalla tortura legalmente garantite caddero in disgrazia già nel XVI secolo, di pari passo con la diffusione delle teorie politiche in base alle quali tutti i membri della società erano soggetti in modo giuridicamente indifferenziato al potere del sovrano in qualità di sudditi (*subditi*)<sup>100</sup>. Ciò nonostante il privilegio sociale ha continuato a giocare un ruolo, con la conseguenza che la sottoposizione alla tortura di soggetti appartenenti agli strati sociali superiori rimase

<sup>95</sup> Nei Paesi dove la nobiltà continuò ad essere molto potente, l'enfasi sulla discendenza nobiliare è perdurata ben oltre l'inizio dell'epoca moderna. In relazione alla Polonia, “la democrazia dei nobili”, v. Z. KACZMARCZYK - B. LEŚNODORSKI, *Historia państwa i prawa Polski*, vol. 2, Warsaw, 1957, pp. 195, 207. Con riferimento all'Ungheria cfr. M. BODO, *infra* nt. 102.

<sup>96</sup> Cfr. IULII CLARI OPERA OMNIA, Liber 5, Practica Criminalis, qu. 64, n. 17 (Bailly, Lungduni 1672).

<sup>97</sup> Per un'ampia trattazione del tema delle esenzioni fondate sulla dignità individuale, v. B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 118, nn. 65-105. V. anche P. FARINACCI, *Praxis et Theorica Criminalis*, cit., Pars I, Tomus II, tit. V, qu. 40.

<sup>98</sup> B. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., nt. 3, pars III, qu. 118, nn. 87-92.

<sup>99</sup> B. CARPZOV, *Id.*, nn. 87-92.

<sup>100</sup> V. W.F. CHURCH, *Constitutional Thought in Sixteenth-Century France*, Cambridge, MA, 1941, p. 242.

comunque un evento raro nel corso dell'*ancien régime*. Quando tale evento si verificava, il reato per cui si procedeva era solitamente talmente grave che le immunità dalla tortura non sarebbero state applicate nemmeno sotto il precedente regime di esenzioni esplicite. Ugualmente importante è il fatto che le persone appartenenti alle classi elevate erano sottoposte a tortura solo dopo che la corte stessa si fosse persuasa della loro colpevolezza, con la conseguenza che gli interrogatori dolorosi si erano trasformati in una sorta di pena preliminare<sup>101</sup>. Nel frattempo, gli individui di bassa condizione sociale erano sottoposti alla tortura più frequentemente e sulla base di elementi probatori di gran lunga inferiori.

Con l'ulteriore offuscamento delle distinzioni sociali avvenuto nel XVIII secolo, emerge con grande forza la critica illuminista contro la tortura. Molto meno noto è il contemporaneo attacco proveniente dagli esponenti della professione legale rispetto alle esenzioni dalla tortura accordate agli appartenenti alle classi sociali più elevate. Molti avvocati consideravano la tortura come un deplorabile ma necessario strumento di scoperta della verità, e criticavano aspramente il suo uso pressoché esclusivo nei confronti dei "plebei". Lo status nobiliare di un individuo, sostenevano, non dovrebbe rappresentare una copertura in grado di assicurargli un'immeritata impunità<sup>102</sup>. La possibilità che la tortura – se mantenuta – diventasse un istituto processuale di carattere realmente generale cessò di essere remota, e gli strati sociali superiori potevano ora più facilmente riconoscersi nella figura dell'imputato sottoposto a tortura. E come spesso è accaduto nel corso della storia del processo, quando le *élite* avvertono il pericolo di essere esposte a brutali istituti procedurali ideati principalmente per le classi sociali inferiori, i giorni di questi istituti sono contati. Nessuna meraviglia, quindi, che la richiesta degli illuministi di vietare la tortura quale mezzo legittimo di raccolta delle prove riecheggiasse in ampi segmenti delle classi sociali superiori, trasformandole in un catalizzatore del rifiuto di questo odioso istituto processuale prima ancora che suonasse il campanello d'allarme della rivoluzione francese.

<sup>101</sup> V., ad es., la descrizione del processo al Marchese di Cinq-Mars, in J. Imbert (ed.), *Quelques Procès Criminels des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> Siècles*. Paris, 1964, pp. 77-100. V. anche il caso della Marchesa De Brinvilliers, accusata di parricidio e fratricidio mediante avvelenamento: F. GAYOT DE PITAVAL, *Causes célèbres et intéressantes, avec les jugemens qui les ont décidés*, (J. Neualme ed., The Hague 1765), p. 203.

<sup>102</sup> "Nobilitas non debet esse pallium iniquitatis". V. M. BODO, *Jurisprudentia criminalis secundum praxim et constitutiones Hungaricas*, art. 29, n. 10 (J. M. Landerer, Posenii 1751).

## V. Conclusione

Cosa emerge dalle pagine che precedono? Sebbene alcuni lettori saranno tentati di pensarla in questo modo, non intendevano essere un'apologia del processo penale di *ancien régime*. Tale modello processuale merita di essere aspramente criticato per molte ragioni, al di là dall'odiosa aura di crudeltà che ruota intorno al suo accoglimento della tortura giudiziaria. Quello che ha stimolato la nostra trattazione è stato invece il desiderio di fare chiarezza tra i documenti storici, e dimostrare che anche questo odioso modello processuale non era privo di significative garanzie difensive. Le regole derivanti dal requisito della "*citatio-defensio*" evidenziano con chiarezza che la pubblica autorità non poteva imporre sanzioni penali senza che al soggetto accusato fosse data la possibilità di difendersi. Considerando che queste regole sono comparse nel tardo Medioevo, in opposizione agli interessi di chi deteneva il potere e aspirava ad un'applicazione del diritto priva di vincoli, esse meritano di essere riconosciute come un'importante conquista del pensiero giuridico pre-moderno, piuttosto che essere denigrate in ragione del *milieu* processuale la cui brutalità erano state concepite per alleviare. Con la loro elaborazione, i giuristi medievali e quelli agli albori dell'epoca moderna speravano di imbrigliare i regnanti e i loro funzionari in una ragnatela di norme giuridiche; e sostenendo che esse derivassero da fonti superiori a tutti i poteri terreni, essi erano in grado di affermare, a volte molto coraggiosamente, che tali norme vincolassero non solo i giudici penali ordinari, ma anche i governanti di livello più elevato. L'affinità tra i loro sforzi per fondare le garanzie difensive nel diritto naturale o divino e i nostri sforzi attuali per individuare la loro origine in diritti umani trascendenti difficilmente può essere negata.

Certamente la ragnatela realizzata dai giuristi di quell'epoca non era sufficientemente robusta da limitare i detentori del potere e i soggetti da loro deputati all'applicazione della legge quando la posta in gioco era elevata. Abbiamo notato l'erosione delle protezioni legali ordinarie nel perseguimento dei reati che l'ordine costituito considerava più minacciosi. Ma non dobbiamo essere troppo severi nel condannare le deviazioni dalle normali forme di giustizia. La tentazione di abbandonarle o di svuotarle di contenuto può riscontrarsi anche al giorno d'oggi, pur in un contesto politico e morale molto diverso, quando alcune tipologie di attività criminali appaiono univocamente pericolose per l'ordine costituito. Laddove una volta la grande paura causata dalla stregoneria ha indotto questa tentazione, lo stesso accade oggi rispetto alla minaccia del terrorismo. Nei processi penali ordinari, tuttavia, soprattutto se l'imputato apparteneva allo strato sociale superiore, le regole derivate dalla "*citatio-defensio*" non erano prive di influenza rispetto all'applicazione della legge.

Ma supponiamo che un giorno studi archivistici stabiliscano che tali regole fos-

sero niente più che sterili orpelli della speculazione giuridica confinati ai testi. Anche in quel caso esse non meriterebbero l'oblio. Rimarrebbero utili quale rettifica alla narrativa dominante circa lo sviluppo della concezione del giusto processo nel mondo occidentale<sup>103</sup>. In questa narrativa, l'Inghilterra è rappresentata come una culla dei principî del giusto processo fin dai tempi della Magna Carta. Come abbiamo visto, tuttavia, essenziali garanzie difensive furono vistosamente assenti dalla procedura penale inglese per la maggior parte della durata dell'*ancien régime*. Idee sofisticate, come l'esclusione delle prove illegali, erano o sconosciute o rifiutate dalle corti di *common law*. Nell'Europa continentale, al contrario, molte di queste idee appartenevano al bagaglio culturale degli avvocati penalisti istruiti. Il principale merito della procedura penale inglese dal XIII al XVIII secolo è quello di aver preservato e trasformato le prime forme medievali di partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia sia nella fase di incriminazione che nella fase decisoria finale, dimostrando il potenziale latente del suo restare ostinatamente antiquata. E fu l'attrattiva politica di questa componente popolare – anziché dettagli non sufficientemente noti circa l'effettivo funzionamento della procedura penale inglese – che spinse i rivoluzionari francesi a trapiantare la *grand e petty jury* sul suolo continentale sul finire del XVIII secolo.

L'Inghilterra ha assunto un ruolo di guida nello sviluppo di meccanismi processuali attenti agli interessi dell'imputato solo nel clima liberale del XIX secolo. Fu solo allora che l'espressione "giusto processo" ha cominciato a essere utilizzata in modo diffuso<sup>104</sup>. Furono dunque accese delle scintille che sono poi divampate nella nostra concezione attuale di giusto processo e di correttezza procedurale. Ed è stato solo nel XX secolo che questa concezione, proveniente ora anche da altri Paesi di tradizione giuridica inglese, ha cominciato a brillare come un faro per i riformatori del processo penale dell'Europa continentale.

<sup>103</sup> Per alcune voci che contestano la narrativa dominante, cfr., ad es., G. GORLA, *Iura naturalia sunt immutabilia*, cit., nt. 1, p. 676, e K. PENNINGTON, *Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of Ordo Iudicarius*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 1998, p. 46.

<sup>104</sup> Cfr. I. LANGFORD, *Fair Trial: The History of an Idea*, in 8 *Human Rights Journal*, 2009, p. 46.

GIOVANNI FIANDACA

LA TRATTATIVA STATO-MAFIA  
TRA PROCESSO POLITICO E PROCESSO PENALE

*In memoria di Loris D'Ambrosio*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una vicenda storico-politica molto complessa e ambigua, suscettibile di valutazioni non univoche (anche alla luce del principio della divisione dei poteri). – 3. Un passo indietro: l'ambiziosa *inquisitio generalis* sui “sistemi criminali integrati”. – 4. La scarsa plausibilità della specifica figura di reato (art. 338 c.p.) ipotizzata a carico dei protagonisti della trattativa. – 5. Le intercettazioni “indirette” del presidente della Repubblica, il conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale e il conseguente ‘tormentone’ politico-mediatico. – 6. Il magistrato dell'accusa come attore politico-mediatico: un ruolo ambivalente tra giustizia e politica. – 7. Il processo penale ‘polifunzionale’ (e il ruolo marginale del diritto?).

1. *Premessa*

La vicenda giudiziaria relativa alla cosiddetta trattativa Stato-mafia, assai nota anche per l'ampia copertura ricevuta dai media, offre lo spunto per riflessioni che si collocano su piani diversi e, in parte, convergenti. Ci sono ragioni per considerare tale vicenda come una sorta di metafora emblematica di una serie di complesse, e per certi versi patologiche, interazioni tra un certo uso antagonistico della giustizia penale, il sistema politico-mediatico e il tentativo di fare maggiore chiarezza, sotto l'aspetto storico-ricostruttivo, su alcuni nodi assai drammatici della nostra storia recente. Da questo punto di vista, non si rinnova soltanto, con toni forse ancora più enfatizzati, quel conflitto fra politica e giustizia che nell'ultimo ventennio ha disturbato il funzionamento della democrazia italiana. Nello stesso tempo, a tornare in discussione è l'interrogativo di fondo circa gli scopi del processo penale, come pure il connesso problema relativo al ruolo della magistratura, considerato anche nella percezione soggettiva che ne hanno in particolare alcuni magistrati d'accusa molto combattivi e pubblicamente esposti.

Ci sono sul tappeto, inoltre, impegnative questioni tecnico-giuridiche che hanno a che fare con quella che dovrebbe costituire la normale premessa di una indagine, prima, e di un processo penale, dopo: cioè la previa individuazione di plausibili figure di reato. Questo è in realtà un punto non controvertibile, ma nel caso della trattativa probabilmente trascurato – o non sufficientemente lumeggia-

to – specie nell’ambito della comunicazione mediatica. Si è, invero, assistito ad un insistente bombardamento televisivo accreditante l’idea della trattativa come un crimine gravissimo. Ma, se questo è il messaggio più o meno confusamente arrivato al grosso pubblico, le cose stanno in verità alquanto diversamente sul piano dell’ipotesi accusatoria formulata dai pubblici ministeri. L’organo dell’accusa, muovendo pregiudizialmente da un giudizio di grave disapprovazione etico-politica della presunta trattativa, si è infatti imbattuto – come meglio vedremo in seguito – in una oggettiva difficoltà tecnica: nella difficoltà cioè di trasporre questa ‘precomprensione’ in una cornice criminosa idonea a coinvolgere insieme, avvinti anche simbolicamente come complici di un medesimo delitto, boss mafiosi e membri delle istituzioni. Da qui la ricerca, nella complessa e oscura trama delle vicende oggetto di giudizio, di qualche momento o frammento fattuale che fosse suscettibile di assumere parvenze di illecito penale; una ricerca tutt’altro che semplice, come è confermato dal fatto che altri uffici giudiziari (in particolare di Firenze e Caltanissetta) che si sono occupati delle medesime vicende nel più ampio contesto delle indagini sulle stragi, non hanno ritenuto di ravvisare ipotesi di reato tecnicamente gestibili.

Nonostante la difficoltà dell’impresa, i pubblici ministeri palermitani – coordinati dal procuratore aggiunto Antonio Ingroia – si sono spinti fino ad oltrepassare la soglia dinanzi alla quale i colleghi di altre sedi si sono arrestati: la tesi accusatoria, infine escogitata dalla procura di Palermo, ipotizza che alcuni specifici momenti della cosiddetta trattativa configurino un concorso criminoso nel reato di violenza o minaccia a un corpo politico (art. 338 c.p.).

Ipotesi plausibile in termini tecnico-giuridici?

## 2. *Una vicenda storico-politica molto complessa e ambigua, suscettibile di valutazioni non univoche (anche alla luce del principio della divisione dei poteri)*

Non è questa la sede per ricostruire in dettaglio l’insieme eterogeneo dei fatti suscettibili di essere ricondotti sotto l’etichetta di una ‘trattativa’, o di più ‘trattative’ che sarebbero intercorse fra la mafia e lo Stato nei primissimi anni Novanta dello scorso secolo: con il duplice obiettivo – secondo l’ipotesi ricostruttiva dell’accusa – di un ‘ammorbidimento’ della strategia di contrasto della criminalità mafiosa (grazie, ad esempio, ad una attenuazione del rigore carcerario per i condannati sottoposti al regime di cui all’art. 41 *bis* ord. penit.) e, più in generale, della stipula di un nuovo patto di convivenza, di una nuova intesa compromissoria tra Stato e Cosa nostra (nel solco, peraltro, di una tradizione storica di ‘non belligeranza’ risalente al secondo Ottocento). In sintesi, l’ipotesi storico-ricostruttiva privilegiata

dal gruppo di pubblici ministeri guidati da Antonio Ingroia – ribadita in scritti o interviste dello stesso Ingroia e, altresì, recepita nell’ambito di una letteratura saggistica ‘fiancheggiatrice’<sup>1</sup> – è riassumibile nel modo seguente.

Dopo la conferma in Cassazione il 30 gennaio 1992 delle pesanti condanne inflitte dai giudici del maxiprocesso, la quale ha avuto l’effetto di mettere in crisi, anche simbolicamente, la tradizionale impunità dei boss, Cosa nostra avrebbe reagito ideando e in parte realizzando un programma stragista avente come fine ultimo la ricostruzione di un rapporto di pacifica convivenza tra il sottomondo mafioso e il mondo politico-istituzionale: le stragi costituivano, in questa prospettiva, uno strumento necessario per piegare psicologicamente il ceto politico di governo, nel senso di indurlo a desistere da una lotta a tutto campo contro la mafia, in vista di nuove intese basate sulla vecchia logica della reciprocità dei favori. Secondo fonti informative di matrice segreta, questo piano stragista – iniziato con l’omicidio del parlamentare siciliano Salvo Lima nel marzo del 1992 – prevedeva l’uccisione di importanti uomini politici come Giulio Andreotti, Claudio Martelli, Calogero Mannino e altri: tutti colpevoli di aver voltato le spalle a Cosa nostra, di averla tradita e di non aver mantenuto le promesse di ‘aggiustamento’ del maxiprocesso presso la Corte di Cassazione. È in questo fosco e angosciante orizzonte, denso di mortali minacce incombenti e nello stesso tempo imprevedibili, che nascerebbe l’iniziativa dei carabinieri del ROS – sollecitata, secondo la prospettazione accusatoria dei pm, da uno dei politici minacciati (cioè Calogero Mannino) – di contattare l’ex sindaco di Palermo Vito Ciancimino come possibile tramite di comunicazione con il vertice mafioso corleonese. Questa presa di contatto sfociata in più incontri, e ammessa peraltro nel corso delle indagini dagli stessi ufficiali dei carabinieri (Mori e De Donno) che ne sono stati protagonisti, avrebbe avuto uno scopo esplorativo finalizzato a tentare qualche strada per far desistere la mafia dal portare a termine le azioni criminali programmate. In termini più espliciti: tastare il terreno per verificare cosa i capi-mafia potessero richiedere e cosa lo Stato, dal canto suo, potesse ragionevolmente ‘concedere’ per bloccare le minacce stragiste.

Quanto fin qui succintamente accennato delinea lo scenario complessivo in cui si colloca la cosiddetta trattativa Stato-mafia, nel cui ambito – come si è anticipato – i pubblici ministeri palermitani hanno ritenuto di poter ravvisare, a carico dei protagonisti coinvolti (da un lato boss mafiosi, dall’altro ufficiali dei carabinieri e uomini politici), un’ipotesi di concorso criminoso nel reato di cui all’art. 338 c.p. Ma, prima di entrare nel merito di questa specifica contestazione, siano consentite

<sup>1</sup> Cfr. INGROIA, *La “trattativa”. Giusto indagare*, ne *l’Unità* del 20 giugno 2012; ID., *Io so*, libro-intervista a cura di G. Lo Bianco e S. Rizza, Milano, 2012, 29 ss.; LO BIANCO e RIZZA, *L’agenda nera della seconda Repubblica*, Milano, 2010, 17 ss. Per un approccio non privo di dubbi critici nei confronti delle ipotesi ricostruttive dei magistrati palermitani v., invece, DEAGLIO, *Il vile attentato*, Milano, 2012, 78 ss.

alcune considerazioni a carattere preliminare, che hanno a che fare con la logica della divisione dei poteri istituzionali.

La prima considerazione da cui prendere le mosse, e che potrebbe anche apparire superfluo esplicitare, è questa: il perseguimento dell'obiettivo di far cessare le stragi, in sé considerato, mai potrebbe essere giuridicamente qualificato come illecito; al contrario, esso può apparire doveroso sotto un profilo sia politico che giuridico. E, in base al principio della divisione dei poteri, compete al potere esecutivo e alle forze di polizia ricercare le strategie di intervento necessarie a prevenire la commissione di atti criminosi o a interromperne la prosecuzione. Senza che, peraltro, la legittimità di tali interventi possa considerarsi condizionata a forme di preventiva autorizzazione o di preventivo assenso da parte dell'autorità giudiziaria. A maggior ragione in momenti di grave e drammatica emergenza, connotati da un diffuso e imprevedibile rischio stragista (come furono, appunto, quelli vissuti nel '92-'93) rientra nella discrezionalità politica del governo valutare i pro e i contro, in termini di bilanciamento costi-benefici, della scelta di fare eventuali 'concessioni' ai contropoteri criminali in cambio della cessazione delle aggressioni mortali.

Posto che una simile scelta politica risulterebbe – piaccia o non piaccia – penalmente non censurabile (tranne, ovviamente, che si incorra in violazioni palesi e in ogni caso ingiustificabili della legalità penale), sembra per questa stessa ragione difficile ipotizzare che ricadrebbe in un'area di illiceità penale il comportamento di quanti a vario titolo, sul versante politico-istituzionale, prestano un contributo alla realizzazione di iniziative finalizzate ad arginare la violenza mafiosa. Ma in proposito i magistrati della procura di Palermo manifestano un convincimento contrario, cioè incline alla criminalizzazione di quegli esponenti politico-istituzionali che avrebbero avuto un ruolo nel favorire la presunta trattativa (o le presunte trattative). Assai verosimilmente, una simile propensione criminalizzatrice muove – come già accennato – da una 'precomprensione' etico-politica (ed ancor prima emotiva) orientata nel senso di una assoluta disapprovazione: sino al punto di avvertire ogni ipotesi di possibile trattativa come una eventualità da far «rabbrivire»<sup>2</sup>. In questa ottica di incondizionata condanna politica e morale, il rispetto del principio costituzionale della divisione dei poteri non trova alcuno spazio; e l'unica legalità possibile finisce con l'essere quella ritagliata sul modello di una lotta alla mafia che vede come unica istituzione competente la magistratura, stigmatizzando come interferenza illecita ogni intervento autonomo di ogni altro potere istituzionale. Sulla base di questi presupposti, implicitamente diventa dunque la magistratura l'unico organo depositario del potere di stabilire cosa compete (o non compete) al governo e agli organi di polizia per salvaguardare anche in forma preventiva l'ordine pub-

<sup>2</sup> In questi termini si esprime, da magistrato con esperienza di lavoro presso la procura nissena, TESCAROLI, *Se le bombe pagano. Breve storia della trattativa Stato-mafia*, in *Micro-Mega*, n. 8/2012, 61.

blico, fronteggiando il rischio di future aggressioni criminali. Ogni deviazione da questo schema, oltre ad essere censurabile sul piano etico-politico, non potrebbe non risultare altresì sindacabile alla stregua di una legalità penale concepita però – come vedremo – in un’ottica più ‘sostanzialistica’, che rispettosa dei vincoli formali della tipicità delle fattispecie incriminatrici.

È vero che si potrebbe a questo punto obiettare che l’enfasi fin qui posta sul principio della divisione dei poteri non tiene conto di un dato: cioè che le iniziative volte a venire in qualche modo a patti con Cosa nostra, lungi dall’essere deliberate in forma ufficiale dal governo, sarebbero state realizzate in maniera occulta, e avrebbero avuto, per di più, come presunti registi o interlocutori personaggi politici che avevano anche un interesse egoistico a salvare la propria pelle (come, ad esempio, nel caso emblematico di Calogero Mannino, che rientrava nel novero dei politici direttamente minacciati di morte) o, comunque, a ripristinare rapporti di interessata convivenza con la mafia (come sarebbe stato il caso di Marcello Dell’Utri, anche nel ruolo di fondatore della nascente “Forza Italia” e dunque di possibile collegamento politico con Silvio Berlusconi). Ora, che elementi di forte ambiguità e interessi non sempre nobili abbiano contribuito a rendere meno chiaro e trasparente lo scenario trattativista, è molto verosimile. Ma ciò basta a modificare il carattere di intrinseca liceità (se non di doverosità) dei tentativi di arginare il rischio stragista, trasformando i negoziatori istituzionali in una cricca privata in combutta con la mafia per il perseguimento di interessi egoistici e ignobili?

Verosimilmente, non basta. Che il contesto trattativista abbia presentato, nonostante tutto, momenti inevitabili di coinvolgimento dei piani alti delle istituzioni, sono gli stessi autori dell’indagine giudiziaria a metterlo in evidenza, a cominciare dal procuratore aggiunto Antonio Ingroia, il quale espressamente sostiene: «Appena la trattativa viene avviata la necessità di salvare i politici (e con essi si ha la pretesa di salvare la repubblica) assume una grande rilevanza istituzionale, e lo Stato si attiva per rimuovere tutti i possibili ostacoli al riguardo»<sup>3</sup>. Ma, se così si dà per scontato un impegno dello Stato in quanto tale, per altro verso ignoranza e incertezza tornano a prevalere rispetto sia all’esistenza di una regia unitaria dei tentativi di accordo con la mafia, sia all’individuazione di tutti i co-protagonisti impegnati nelle corrispondenti attività preparatorie. In base agli elementi di conoscenza disponibili, sembrano consentite soltanto congetture o ipotesi. Tra queste, quella di una entrata in campo dei servizi di sicurezza unitamente a un intervento dell’allora capo della polizia Parisi, il quale avrebbe – a sua volta – ricercato e rinvenuto «un’autorevole sponda istituzionale» nel Presidente della Repubblica Scalfaro. E si sospetta un possibile ruolo proprio del Presidente Scalfaro nel far sì che Giuliano Amato, da lui incaricato nel giugno del 1992 di formare un nuovo governo, sostitu-

<sup>3</sup> INGROIA, *Io so*, cit., 29.

isse i precedenti ministri dell'interno e della giustizia Scotti e Martelli (mostratisi troppo combattivi contro la mafia) con i nuovi ministri Mancino e Conso, considerati più disponibili ad allentare il rigore antimafioso<sup>4</sup>.

A ben vedere, ipotesi ricostruttive di questo tipo confermerebbero in realtà che, pur in un quadro poco chiaro da *arcana imperii*, ci si è comunque trovati di fronte a scelte politico-discrezionali imputabili a soggetti istituzionali in qualche modo e misura competenti, ancorché operanti in modo poco trasparente. Ma, se di opzioni politico-istituzionali pur sempre riconducibili ad organi competenti ad adottarle si è davvero trattato, ancora una volta non si vede – appunto – come si possa pretendere di esercitare un sindacato penale con riferimento anche alle sole attività preparatorie che hanno preconstituito il terreno favorevole ad un esercizio di discrezionalità politico-governativa pro-negoziato.

Rimane, peraltro, da chiedersi a questo punto quali concessioni lo Stato abbia in concreto finito col fare all'esito del tortuoso percorso trattativista, e quali effettivi vantaggi ne abbia tratto Cosa nostra. Proprio in un'ottica di risultato, quel che rimane sfumato e che i pubblici ministeri non si sono sforzati di chiarire è se i diversi approcci finalizzati allo scellerato patto abbiano prodotto frutti sostanziosi, o siano rimasti allo stadio di tentativi privi di esiti tangibili<sup>5</sup>. Per quanto se ne sa, se c'è un beneficio concreto che la mafia ha conseguito, questo viene dall'organo dell'accusa individuato nella revoca di alcuni provvedimenti *ex art. 41 bis* ord. penit. disposta dal ministro della giustizia Giovanni Conso nell'anno 1993 nei confronti di circa trecento mafiosi di livello però tutto sommato modesto. Non risultano, per il resto, altre forme di cedimento riconducibili a decisioni del governo o di suoi esponenti. La montagna ha dunque partorito un topolino? Tanto rumore per nulla?

Ma, per comprendere meglio il senso complessivo dell'impostazione accusatoria dei pubblici ministeri, bisogna in realtà compiere un passo indietro e spiegare anche la intrigante genesi dell'indagine giudiziaria sfociata infine nella richiesta di rinvio a giudizio per i presunti protagonisti della trattativa.

### 3. *Un passo indietro: l'ambiziosa inquisitio generalis sui "sistemi criminali integrati"*

L'indagine predetta ha come retroterra una cornice investigativa ben più ampia e ambiziosa, intitolata dagli stessi pubblici ministeri «sistemi criminali». Questa

<sup>4</sup> INGROIA, *Io so*, cit., 30 ss. In merito alla vicenda della sostituzione dei ministri dell'interno e della giustizia si veda il libro autobiografico di SCOTTI, *Pax mafiosa o guerra? A venti anni dalle stragi di Palermo*, Roma, 2012, 227 ss.

<sup>5</sup> In proposito, nella memoria della procura di Palermo del 5 novembre 2012 si parla, in modo molto generico, di «cedimento, seppure parziale, dello Stato».

insolita e curiosa intitolazione faceva riferimento ad una investigazione dai confini assai estesi – una vera e propria *inquisitio generalis*, che andava alla ricerca di (assai più di quanto non prendesse le mosse da) ipotesi specifiche di reato – incentrata, precisamente, su di un lungo arco temporale che partiva dalla seconda metà degli anni Ottanta e giungeva quasi alla fine degli anni Novanta, includendo dunque fasi antecedenti e successive alle stragi mafiose: l'intuizione di fondo sottostante a questa grande indagine (poi, invero, sfociata in diversi provvedimenti di archiviazione) consisteva nell'idea di un intreccio e di una interazione tra un sistema criminale mafioso e un sistema criminale non mafioso, costituito da «massoneria deviata, finanza criminale, destra eversiva e frange dei sevizi segreti»<sup>6</sup>. Questa coesistenza di sistemi criminali diversi avrebbe avuto alla base, più che un'unica regia, una «convergenza di interessi» in vista del comune obiettivo di «rifondare il rapporto con la politica». Sicché, pur trattandosi di entità criminali autonome, si sarebbe assistito ad una oggettiva confluenza e integrazione di più sistemi criminali in un unico sistema criminale complesso. In questo tessuto composito, avrebbero rivestito un ruolo-chiave di elementi di collegamento uomini-cerniera come Marcello Dell'Utri<sup>7</sup>.

Per completare il quadro, rimane a questo punto da aggiungere che, nella visione dei pubblici ministeri, una funzione decisiva sarebbe spettata alla nascita e all'affermazione del nuovo soggetto politico rappresentato da "Forza Italia". Nel senso che questa forza emergente avrebbe finito per interpretare, facendosene carico, quella esigenza di rinnovato compromesso tra politica e poteri criminali che la strategia stragista aveva violentemente manifestato a suon di bombe. Non a caso, l'*iter* argomentativo sviluppato fino in fondo dai pubblici ministeri perviene alla conclusione che la strategia stragista della mafia si sarebbe infine arrestata, per il progressivo esaurimento delle sue ragioni ispiratrici, proprio con l'avvento del governo berlusconiano: il quale, secondo questa suggestione accusatoria, avrebbe infatti assolto la funzione di dare rappresentanza o di fornire copertura legale a interessi criminali di natura eterogenea ma convergente. E, in questo quadro ricostruttivo a tinte assai fosche, ha perfino fatto capolino il sospetto di un possibile coinvolgimento nelle azioni stragiste del '93-'94 (di Roma, Firenze e Milano) degli stessi Marcello Dell'Utri e Silvio Berlusconi. Un'ipotesi accusatoria così enorme, infine archiviata<sup>8</sup>, aveva in origine una sua autentica plausibilità o era soprattutto

<sup>6</sup> INGROIA, *Io so*, cit. 25.

<sup>7</sup> INGROIA, *Io so*, cit., 24 ss.

<sup>8</sup> Dopo una lunga indagine, è stata formulata una apposita richiesta di archiviazione in data 7 agosto 1998 a firma del procuratore aggiunto di Firenze Francesco Fleury, dei sostituti Gabriele Chelazzi, Giuseppe Nicolosi, Alessandro Crini e dell'allora sostituto procuratore nazionale antimafia Pietro Grasso: per riferimenti a tale provvedimento archiviatorio cfr. LO BIANCO e RIZZA, *L'agenda nera*, cit., 403 s.

frutto di un pregiudizio demonizzante? In effetti, a meno di cedere a una incoercibile tentazione di leggere gli eventi secondo un'ottica omnicriminalizzatrice, non sembrano esservi motivi oggettivamente forti per supporre che il passaggio dal vecchio assetto di potere basato sulla DC a quello nuovo (impersonato da Berlusconi) avesse bisogno di stragi come condizione necessaria del suo compimento<sup>9</sup>.

Non c'è, forse, bisogno di essere storici o politologi di professione per diagnosticare nel tipo di narrazione sviluppata dalla magistratura requirente un eccesso (per dir così) di precomprensione 'mafio-centrica' e, più in generale, criminalizzatrice. L'arco temporale di storia italiana fatta oggetto di *inquisitio generalis* nell'abito dell'indagine sui «sistemi criminali» può essere davvero ricostruito in una chiave penalistica, così finendo col trascurare la complessità e l'eterogeneità dei fattori di contesto che contribuivano a spiegare, in questo come del resto in quasi tutti i periodi storici, l'avvicendamento delle forze politiche al potere e dei relativi protagonisti? La tentazione giudiziale di rileggere le dinamiche storico-politiche del nostro paese come se la loro chiave di volta fosse da rinvenire nell'influenza sovrachianta esercitata dai poteri criminali riflette, verosimilmente, una tendenza semplificatrice frutto di una sorta di deformazione professionale tipica della magistratura più impegnata sul fronte dell'antimafia. Si tratta, del resto, di forzature interpretative già stigmatizzate da valorosi storici di professione (come Salvatore Lupo), i quali mettono criticamente in guardia dalla facile propensione a dare per scontato l'intervento di poteri e mandanti occulti (mai peraltro provato in sede giudiziaria) e a congetturare legami sistemici tra questi poteri e l'universo mafioso<sup>10</sup>. In proposito, è stato significativamente osservato proprio da Salvatore Lupo: «Continuo a non capire, per fare un esempio, per quale ragione i grandi poteri affaristico-politici, spesso chiamati in causa avrebbero dovuto affidare a Cosa nostra il mandato per la strage degli Uffizi». Sarebbe fin troppo facile, proseguendo nella critica alla tendenza giudiziale ad evocare perversi quanto indefiniti intrecci tra poteri criminali ed entità occulte (servizi segreti, massoneria deviata, finanza criminale *et similia*), avanzare il sospetto che neppure i magistrati dell'accusa siano immuni da quella sindrome nota come "ossessione del complotto", che incessantemente alimenta – di epoca in epoca – le teorie cosiddette cospirative della storia: le quali tendono a spiegare avvenimenti che hanno cause plurime e complesse, e perciò difficili da individuare, come se fossero appunto frutto di diabolici disegni e di strategie unitarie nelle mani di Signori del male o del crimine<sup>11</sup>.

Comunque sia, è forse superfluo a questo punto esplicitare che, agli occhi di un

<sup>9</sup> Si veda MACALUSO, *Politicamente scorretto*, intervista con P. Calderola, Roma, 2012, 36.

<sup>10</sup> LUPO, *Potere criminale*, intervista con G. Savatteri, Roma-Bari, 2010, 157 ss.

<sup>11</sup> Per recenti e lucidi riferimenti alle teorie cospirative cfr. PANEBIANCO, *Malati di complottismo*, in *Sette* (Supplemento del *Corriere della sera*) del 7 dicembre 2012.

giurista sensibile ai principi, un'indagine giudiziaria di così grande ampiezza come quella incentrata sui «sistemi criminali» non può non apparire poco 'ortodossa' (s non proprio abnorme). Sarebbe quindi il caso che vi soffermassero la loro attenzione critica gli studiosi del processo penale, e ciò allo scopo di verificare i limiti di compatibilità di imprese investigative di tale vastità con le regole che disciplinano il processo penale nell'attuale ordinamento. Che in proposito potesse sorgere qualche problema non è certo sfuggito ad un esperto magistrato dell'accusa come Antonio Ingroia, il quale ha a questo riguardo ammesso: «Era un'indagine molto ambiziosa, che spingeva fino al limite le potenzialità dello strumento della giurisdizione penale. E forse anche per questo non siamo riusciti ad arrivare fino in fondo con un processo. Occorreva trovare prove concrete nei confronti di persone determinate rispetto a reati specifici e non ci siamo risusciti»<sup>12</sup>. Come sembra comprovato da questa franca ammissione, l'avvio di indagini ad amplissimo spettro secondo il modello dell'*inquisitio generalis*, lungi dal muovere dalla previa individuazione di ipotesi specifiche di reato, funge da sonda esplorativa diretta in primo luogo ad accertare fenomeni criminali di cui si congettura l'esistenza, mentre la possibilità di scoprire concreti fatti illeciti e i relativi autori rimane un obiettivo eventuale ed incerto. Da questo punto di vista, l'approccio ricostruttivo appare più simile a quello di uno storico o di un sociologo impegnati nello studio di contesti di ampio respiro, che non a quello di un magistrato vincolato alle regole e alle finalità dell'indagine giudiziaria e del processo penale concepito in senso stretto.

Ma, per tornare ancora alla questione cruciale del tipo di copertura che il governo berlusconiano avrebbe finito col fornire ai poteri criminali, in particolare a quelli a carattere mafioso, viene da chiedersi: che cosa effettivamente sta dietro alla tesi – per dirla ancora una volta con Ingroia – di una «legalizzazione degli interessi criminali passata attraverso l'azzeramento della vecchia classe politica»<sup>13</sup>? Una tale legalizzazione andrebbe intesa in senso effettuale o in un senso (per dir così) simbolico-culturale? È verosimile che sia più pertinente la seconda accezione, che può essere esplicitata nei seguenti termini: la cultura politica del berlusconismo, privilegiando il libero dispiegamento dell'individualismo egoistico e dispregiando di conseguenza il valore delle regole, ha di fatto alimentato un clima propizio al diffondersi degli illegalismi, cagionando un gravissimo decadimento dell'etica pubblica; in questo senso ha poco contribuito al potenziamento di una cultura antimafiosa e non si è certo impegnata per l'affermazione del primato della legalità<sup>14</sup>. Ma è altrettanto vero, per altro verso, che nessun colpo demolitore è stato inferto alla legislazione antimafia; e che, nonostante l'aspro e duraturo conflitto esplo-

<sup>12</sup> INGROIA, *Io so*, cit., 24.

<sup>13</sup> INGROIA, *Io so*, cit., 20.

<sup>14</sup> Cfr. GALLI C., *Il diritto e il rovescio*, Udine, 2010.

fra politica e giustizia, alla magistratura penale non è stato affatto impedito di proseguire nella sua attività repressiva, né le è stato impedito di dirigere e portare a termine indagini che hanno condotto alla cattura di boss anche di prima grandezza. Ciò, sul piano dei fatti, non va trascurato: la trattativa, da questo punto di vista, non ha in realtà procurato ai mafiosi i vantaggi sperati.

Alla fine di tutti i rilievi che precedono, ci sono motivi per prospettare – volenti o nolenti – questo interrogativo di fondo alquanto imbarazzante: è stato opportuno immettere e diffondere nella sfera pubblica gli assai infamanti sospetti giudiziari di possibili connessioni fra lo stragismo mafioso e l'affermazione politica di Silvio Berlusconi, e ciò prima che si procedesse ad una approfondita verifica (anche preventiva) del loro grado di fondatezza? In realtà, si è creata una interazione criminalizzatrice all'insegna dell'antiberlusconismo tra settori della magistratura di punta, settori del sistema mediatico inclini ad un lavoro di sponda e settori dell'opposizione politica, la quale ha provocato un effetto perverso: quello di esacerbare oltremisura il conflitto politico, veicolando come dimostrata l'ipotesi, in realtà tutta da dimostrare, dell'orrenda complicità di Berlusconi e Dell'Utri nello stragismo. Questa micidiale tossina, capace di avvelenare il funzionamento della democrazia italiana, provocando atteggiamenti di sfiducia e di delegittimazione reciproca fra i versanti politici in conflitto, non è stata efficacemente contrastata nemmeno dalla parte più vigile e critica del mondo intellettuale. È come se la cultura di orientamento antiberlusconiano, inclusa quella universitaria, avesse in larga misura preferito non impegnarsi sul serio nel dibattere pubblicamente la credibilità degli scenari sconvolgenti azzardati nei laboratori giudiziari, così sottraendosi al disagio di prendere di petto questioni molto drammatiche e imbarazzanti, o talvolta prestando fede con corrività alle verità oscure congetture nel chiuso delle procure<sup>15</sup>.

Comunque, l'impressione complessiva è che, all'esterno dei recinti della magistratura antimafia, l'ipotesi di un Berlusconi complice delle stragi non sia riuscita a imporsi come verità accettabile da parte di un'ampia maggioranza di cittadini. E non soltanto perché si sarebbe trattato di qualcosa di inaccettabile per un senso comune diffuso. A prestar fede all'idea di un criminoso connubio tra stragismo mafioso e successo politico berlusconiano, come continuare a convivere con un governo generato dal crimine, seguitando ad osservare tranquillamente i riti di un'apparente normalità democratica? Fuori da ogni cinismo ipocrita, di fronte ad una così intollerabile abnormità, coerenza e sensibilità etico-politica avrebbero imposto di scendere nelle piazze e di combattere il criminale al potere con ogni mezzo, perfino con le armi<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Emblematico di un simile atteggiamento, ad esempio, l'articolo della giornalista SPINELLI, *La patria dell'oblio collettivo*, ne *La Stampa* del 6 giugno 2010.

<sup>16</sup> In senso analogo cfr. l'intervista del sociologo RICOLFI, *Compagnia di giro*, a cura di A. Calvi, ne *Il Riformista* del 18 dicembre 2009.

4. *La scarsa plausibilità della specifica figura di reato (art. 338 c.p.) ipotizzata a carico dei protagonisti della trattativa*

Il quadro fin qui riassunto, per quanto carente degli elementi di dettaglio, delinea l'orizzonte in cui viene a collocarsi l'indagine più specifica sfociata nella richiesta di rinvio a giudizio di dodici presunti protagonisti della trattativa per il reato di violenza o minaccia a un corpo politico dello Stato (art. 338 e 110 c.p.).

Va subito rilevato che la prospettazione di quest'ipotesi criminosa è frutto di una escogitazione *a posteriori* e in via residuale, nel senso che essa è sembrata apparire ai pubblici ministeri l'unico ancoraggio per conferire una veste delittuosa ad alcuni segmenti di una vicenda molto articolata e complessa, ma irriducibile a qualificazioni penalistiche sicure ed univoche alla stregua di paradigmi di incriminazione meno eccentrici rispetto a quello infine escogitato. In termini più semplici ed espliciti: per dare legittimazione giuridica al preconcetto della sostanziale illiceità della trattativa, una qualche figura di reato cui ancorarsi doveva essere rinvenuta ad ogni costo, e dunque anche al prezzo di possibili forzature. Che si tratti di una imputazione strumentale a obiettivi di pregiudiziale incriminazione è, d'altra parte, comprovabile mediante una rigorosa analisi della impostazione accusatoria e delle argomentazioni sottostanti.

Orbene, si imputa in sintesi ad alcuni esponenti di vertice di Cosa nostra (Rina, Provenzano, Brusca, Bagarella e Cinà), a tre alti ufficiali del ROS (Subranni, Mori e De Donno) e a due uomini politici (Mannino e Dell'Utri) di avere insieme concorso a turbare la regolare attività del governo italiano con minacce consistite nel prospettare l'organizzazione e l'esecuzione di omicidi e stragi (alcuni dei quali effettivamente commessi), e finalizzate a esercitare pressioni psicologiche in vista dell'accoglimento di benefici richiesti da Cosa nostra<sup>17</sup>. Una imputazione così congegnata è tale da giustificare davvero una sussunzione del fatto sotto l'ipotizzata fattispecie incriminatrice di cui all'art. 338 c.p.? A ben guardare, sono avanzabili obiezioni critiche sul duplice versante dell'elemento oggettivo e dell'elemento soggettivo.

Ma, prima di esplicitarle, è appena il caso di avvertire che nei confronti dei concorrenti mafiosi la prospettazione del reato predetto si traduce in una modalità di incriminazione aggiuntiva rispetto alla ben più pesante forma di responsabilità penale che su di essi già comunque grava per le azioni stragiste alla cui realizzazione hanno a vario titolo contribuito; mentre il ricorso all'art. 338 c.p. assolverebbe una

<sup>17</sup> Differenti, invece, gli addebiti rispettivamente relativi a: Massimo Ciancimino (figlio dell'ex Sindaco di Palermo Vito Ciancimino), accusato di concorso esterno in associazione mafiosa per avere rafforzato Cosa nostra fungendo da tramite di comunicazione tra quest'ultima, il proprio padre e i carabinieri del Ros; Nicola Mancino, ex ministro dell'interno, sospettato di falsa testimonianza; l'ex ministro della giustizia Giovanni Conso, indagato per false informazioni al pubblico ministero.

funzione incriminatrice primaria solo nei confronti degli altri protagonisti della trattativa estranei all'universo mafioso: per cui è soprattutto la perseguita punibilità di questi ultimi a spiegare l'escogitazione, altrimenti poco spiegabile, di una forma di imputazione così eccentrica. In aggiunta, non è forse superfluo tornare ad evidenziare l'effetto simbolico di forte etichettamento censorio di un'accusa che consente di accomunare, quali complici di uno stesso reato, da un lato grandi boss mafiosi e dall'altro soggetti appartenenti al mondo della politica e delle istituzioni.

4.1. Fatte queste premesse, allo scopo di analizzare più da vicino il ragionamento giudiziale sviluppato per giustificare l'applicabilità della fattispecie di cui all'articolo 338 c.p., è utile fare riferimento alle argomentazioni contenute nella memoria del 5 novembre 2012, che la procura di Palermo ha presentato a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio.

Questa memoria (non particolarmente lunga: una ventina di pagine) contiene una prima parte a carattere più generale, dove prevalgono considerazioni di sfondo di tipo storico-politico e socio-criminologico volte a inserire il tema della trattativa in un contesto ben più ampio, inclusivo delle presunte implicazioni che la caduta del muro di Berlino avrebbe avuto sulle dinamiche del rapporto mafia-politica; e una seconda parte, nella quale viene più direttamente affrontata la «sostanza giuridica» (*sic!*) della contestazione.

Per quanto più generale e generica, anche la prima delle due parti va letta con attenzione perché – a prescindere dalla condivisibilità delle interpretazioni storico-politiche prospettate – concorre a spiegare la logica sottostante all'imputazione, specie dove i pm cercano di chiarire che cosa intendano per 'trattativa'. Invero, cominciando dall'arco temporale di riferimento, quest'ultima si sarebbe dispiegata in più fasi collocate nel biennio 1992-1994. Ciò solleva immediatamente il dubbio, se si possa parlare di una trattativa unica, o di più trattative avvinte da un qualche disegno o nesso unificante. La risposta dipende, ovviamente, dal tipo di angolazione visuale che si presceglie; e da tale scelta possono anche derivare indicazioni sul modo di ricostruire le condotte candidabili ad assumere rilievo penale.

È da notare che in proposito la lettura della memoria scritta della procura evidenzia qualche oscillazione (se non proprio incoerenza) nel modo di argomentare dell'accusa. Per un verso, i pubblici ministeri affermano che le prove raccolte appaiono sufficienti «per ricostruire la trama di una trattativa, sostanzialmente unitaria, omogenea e coerente, ma che lungo il suo iter ha subito molteplici adattamenti, ha mutato interlocutori e attori, da una parte e dall'altra, allungandosi fino al 1994, allorquando le ultime pressioni minacciose finalizzate ad acquisire benefici ed assicurazioni hanno ottenuto le risposte attese» (quali tipi di risposte appaganti i mafiosi abbiano ricevuto, e in particolare da parte di chi non viene però esplicitato; e questa non è certo una omissione irrilevante in un contesto argomentativo

che dovrebbe sorreggere una imputazione penale). Mentre in una parte successiva della stessa memoria si legge: «la stipula del patto politico-mafioso si dispiegò attraverso vari tentativi in successione [...]. Nel piano criminale di quella stagione non ci fu una progressione rigidamente predeterminata, almeno da parte di Cosa nostra, che dimostrò al contrario la capacità di adattarsi agli eventi, secondo la sua migliore tradizione». Ancora, in un altro passo del medesimo testo si sostiene che, in aggiunta alla trattativa in cui si inserisce la vicenda del c.d. “papello” (contente le richieste di benefici, in termini di alleggerimento della pressione repressiva da parte dello Stato, in cambio dei quali Cosa nostra avrebbe posto fine alla strategia omicidiaria avviata nel 1992), si sarebbe verificata nella stessa fase temporale un’*“altra trattativa”*, apparentemente autonoma e distinta, ma in realtà connessa alla prima, avente come specifico oggetto – questa volta – la promessa da parte della mafia di restituire al patrimonio pubblico pregiatissime opere d’arte rubate e, come contropartita, la concessione degli arresti domiciliari ad alcuni boss di vertice.

Orbene, dall’insieme di tutti questi riferimenti contenuti nella memoria redatta dall’accusa si desume un quadro trattativista molto complesso e articolato, che si presta in verità a letture non univoche già in punto di fatto. Non ci troviamo di fronte a vicende suscettibili di essere ricondotte, con un grado di certezza al di là di ogni ragionevole dubbio, ad una sola e unitaria narrazione processuale; la possibilità di più letture parrebbe non esclusa, in particolare, rispetto alla controvertibile esistenza di un unico e coerente disegno, condiviso nei contenuti da tutti i protagonisti, capace davvero di fungere da “colla” idonea a tenere insieme tentativi di intesa che si frammentano in episodi diversi, si collocano in contesti temporali differenziati e si impersonano, di volta in volta, in attori mutevoli. Non è un caso che siano gli stessi pubblici ministeri – come si è visto – a mettere in evidenza la propensione di Cosa nostra ad adattare i suoi piani di azione ai cambiamenti contingenti del contesto di riferimento, al di fuori di schemi rigidi e predeterminati in anticipo.

Se le cose stanno così, ne deriva allora come possibile risvolto tecnico-giuridico un notevole incremento di difficoltà nel giustificare, non ultimo sul piano dell’elemento soggettivo, la configurabilità di un concorso penalmente rilevante da parte dei presunti attori politico-istituzionali nelle minacce o violenze realizzate dai mafiosi ai danni del governo. In termini più espliciti: i protagonisti esterni a Cosa nostra erano costantemente consapevoli degli obiettivi via via perseguiti dalla mafia con una chiarezza tale da rendere plausibile un loro dolo di concorso nelle minacce rivolte al governo)? (v. anche *infra*, 4.5).

4.2. Ma procediamo per gradi, a partire dall’elemento oggettivo del reato contestato.

A questo scopo, è utile richiamare la seconda parte della memoria dell’accusa, quella in cui – come anticipato – si procede alla costruzione della impalcatura giuridica dell’imputazione, preliminarmente puntualizzando: «il presente procedi-

mento non ha per oggetto in senso stretto la trattativa. Nessuno è imputato per il solo fatto di aver trattato. Non ne sono imputati i mafiosi e neppure gli uomini dello Stato». Piuttosto, seguitano a precisare i pubblici ministeri, la contestazione si riferisce a «precise e specifiche condotte di reato realizzate nell'ambito della trattativa» ed attribuite, rispettivamente, a soggetti intranei ed estranei alla mafia.

Ai primi (cioè ai mafiosi di vertice Riina, Provenzano, Brusca, Bagarella e al "postino" Cinà), si imputa in realtà un ruolo di «autori immediati del delitto principale, in quanto hanno commesso, in tempi diversi, la condotta tipica di minaccia ad un corpo politico dello Stato, in questo caso il Governo, con condotte diverse, ma avvinte da un medesimo disegno criminoso». Ora, volendo sorvolare su una certa approssimazione di linguaggio tecnico, quel che l'accusa sembra voler dire è che gli uomini di mafia chiamati in causa sarebbero stati gli esecutori di condotte tipiche di minaccia. Ma è lecito chiedersi: mediante quali modalità esecutive concrete? In effetti, a prendere sul serio l'esigenza di precisione della contestazione, innanzitutto quale riflesso del principio penalistico di tipicità, sarebbe onere dell'accusa circoscrivere anche in dettaglio i fatti addebitati. Ma quest'onere nel caso di specie non risulta assolto così come in teoria si dovrebbe.

Invero, in base a quanto è dato comprendere, le condotte realizzate dai mafiosi avrebbero una valenza minacciosa in un primo tempo implicita e, successivamente, anche esplicita.

L'inizio della strategia criminale di condizionamento del governo, secondo i pubblici ministeri, coincide coll'assassinio dell'europarlamentare siciliano Salvo Lima nel marzo del 1992: ma in questa fase sembrerebbe trattarsi di una minaccia manifestata in forma non espressa, simbolica, *per facta concludentia*. Nessun dubbio sulla configurabilità in punto di diritto di manacce attuate anche in forma implicita; solo che, al di là della forma di manifestazione utilizzata, la valenza e la direzione minacciosa del fatto dovrebbero in ogni caso poter essere colte in maniera sufficientemente univoca. È così anche nel caso del delitto Lima? In effetti, se si considera la fase temporale in cui quest'omicidio si colloca, insieme con la catena di eventi che immediatamente lo precede, la sua obiettiva leggibilità in chiave di manifesto annuncio di una strategia del terrore tendente a piegare lo Stato mediante la prospettazione di omicidi futuri di altri uomini politici (prospettazione che si vorrebbe implicita nella presunta valenza in questo senso simbolica del medesimo delitto Lima), appare tutt'altro che scontata. Piuttosto, nel marzo 1992 (e cioè a poca distanza dal passaggio in giudicato delle severe condanne inflitte nel maxiprocesso), l'eliminazione di Lima poteva ben essere interpretata come una punizione a carattere retrospettivo, cioè come una semplice vendetta per il mancato 'aggiustamento' in Cassazione dei pesantissimi esiti repressivi del lavoro giudiziario di Falcone e Borsellino: una ritorsione, dunque, anche per la umiliante smentita della tradizionale fama di impunità dei boss.

Nella narrazione ricostruttiva dell'accusa, alla presunta minaccia implicita nel delitto Lima avrebbero fatto seguito momenti di minaccia anche espressa, coincidenti in particolare con la predisposizione e l'inoltro del c.d. 'papello', cioè del testo contenente le richieste dei benefici che il governo avrebbe dovuto concedere in cambio dell'interruzione degli attacchi stragisti. Secondo i pubblici ministeri, l'inoltro di tale documento costituirebbe «un ulteriore momento esecutivo della condotta tipica» (in mancanza di ulteriori precisazioni, è da presumere della condotta tipica ai sensi dell'art. 338 c.p.). Senonché, a questo punto sorge un problema di qualificazione penalistica che sembra sfuggire ai magistrati palermitani. Cioè, se è vero che la trattativa è in sé stessa priva di rilevanza penale; e se è vero che una trattativa per aver svolgimento presuppone uno scambio comunicativo fra le parti, finalizzato ad accertare le rispettive condizioni dell'intesa da stipulare, come può allora l'inoltro del papello costituire, di per sé, momento esecutivo di una minaccia penalmente rilevante?

Riprendendo il filo della narrazione accusatoria, dopo la presentazione delle richieste mafiose si sarebbero succeduti ulteriori episodi di minaccia realizzati di nuovo in forma implicita, e di entità gravissima, perché sfociati (oltre che nell'uccisione prima di Giovanni Falcone e poi di Paolo Borsellino, nel maggio e nel luglio 1992) in attentati mortali in luoghi pubblici ai danni di vittime innocenti nel corso del 1993. Al riguardo, è appena il caso di rilevare che – sebbene la memoria dei pubblici ministeri si astenga dal fare le dovute precisazioni in proposito – i capi di Cosa nostra menzionati nel capo di imputazione difficilmente potrebbero essere tutti ugualmente qualificati come esecutori materiali di condotte violente riconducibili (oltre che a ben più gravi figure di reato, anche) alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 338 c.p.: delle condotte violente in questione, tradottesi in eventi stragistici dotati pur sempre secondo l'accusa di valenza coartante rispetto alle decisioni del governo, i grandi capi di Cosa nostra sono stati verosimilmente mandanti, piuttosto che esecutori materiali. Ed è sempre in veste di concorrenti morali, e non già di esecutori, che potrebbero essere chiamati a rispondere non solo di omicidi e stragi in sé considerati, ma altresì di omicidi e stragi interpretati come violenza o minaccia ai sensi dell'art. 338 c.p.

Non è da escludere che queste distinzioni tecniche siano state pretermesse nella sintetica memoria dei pubblici ministeri perché forse considerate implicite e, perciò, superflue. Ciò non toglie, tuttavia, che l'approccio complessivo dell'accusa risulti in molte parti generico e approssimativo nel descrivere le condotte oggetto di imputazione (con conseguente sottovalutazione del principio di tipicità penale, anche nei suoi risvolti garantistici a carattere processuale); e, sotto alcuni aspetti, assai carente. Tra i profili non secondari trascurati, rientra ad esempio quello relativo al potenziale di *idoneità* delle minacce mafiose: erano oggettivamente tali da poter condizionare il governo, annullandone o riducendone il potere di autonoma e

libera determinazione, o da turbarne comunque l'attività? Per verificare in positivo tale idoneità, senza darla presuntivamente per scontata, occorrerebbe in realtà prendere in considerazione più analiticamente i singoli episodi violenti realizzati nelle diverse fasi della strategia mafiosa e accertare se in ciascuno di essi possa davvero riconoscersi un significato intimidatorio nei diretti confronti del governo, percepibile come tale da soggetti istituzionalmente legittimati a impersonare il potere esecutivo. È tutt'altro che dimostrato infatti che, nella situazione drammatica e oggettivamente confusa di quell'angosciante biennio, all'interno delle compagini governative che si sono succedute fossero sempre percepibili in termini chiari e univoci gli obiettivi perseguiti con la strategia stragista, peraltro nel dubbio – allora come oggi irrisolto – circa la fonte e la regia uniche o plurime (mafia, servizi segreti deviati, gruppi della destra eversiva, entità esterne con interessi convergenti non meglio definite, ecc.) delle aggressioni criminali che si succedettero nel tempo. Insomma, guardando agli eventi con la prospettiva di allora, non è affatto detto che emergesse con sufficiente chiarezza che le ripetute azioni criminali avrebbero perseguito sempre il medesimo obiettivo – come, con logica *ex post*, ha ipotizzato l'accusa – di piegare i governi di turno a venire a patti col potere mafioso. Ma, se non si è sicuri al di là di ogni ragionevole dubbio che a quel tempo questo tipo di chiarezza vi fosse, manca in realtà il presupposto per potere verificare il grado di idoneità oggettiva della strategia intimidatrice mafiosa. Tanto più che il destinatario delle minacce non sarebbe stato un semplice consiglio comunale o una commissione di concorso, bensì il governo della Repubblica italiana: cioè un organo costituzionale, dotato di poteri, di competenze, di risorse e di forze anche militari tutt'altro che inadeguate (almeno in teoria) a contrastare anche attacchi di tipo stragista.

4.3. Ma vi è di più. Secondo il modo di ragionare sviluppato dall'organo dell'accusa, la valenza minacciosa della strategia stragista di Cosa nostra, così come avviata col delitto Lima, avrebbe avuto due destinatari più immediati (rispetto al governo come tale) nelle persone di Giulio Andreotti e Calogero Mannino, entrambi componenti del governo allora in carica: il primo nella qualità di presidente del Consiglio, il secondo nel ruolo di ministro per gli interventi straordinari nel Mezzogiorno, nonché «successiva e ormai designata vittima del progetto omicidiario in danno dei politici che non avevano mantenuto i patti».

Orbene, alla stregua di una simile ricostruzione, il governo finisce col fungere da destinatario *indiretto* delle intimidazioni mafiose: lo diviene cioè attraverso il tramite rappresentato dalle persone dei due rappresentanti governativi Andreotti e Mannino. Il che in effetti non contrasta con l'interpretazione dominante dell'art. 338 c.p., la quale ritiene sufficienti che la condotta tipica sia indirizzata a singoli componenti dell'organo collegiale, ma a una condizione: purché la violenza o minaccia siano dirette a incidere sul funzionamento dell'organo come tale. Esiste nel

nostro caso la prova che i mafiosi intendevano inequivocabilmente indirizzare le loro minacce all'istituzione- governo in quanto tale? A parte i possibili dubbi in proposito, la complessiva impostazione accusatoria incappa, con specifico riferimento all'allora ministro Mannino, in una vistosa contraddizione il cui peso è tale da avvalorare l'assunto della scarsa plausibilità dell'intero ricorso alla fattispecie di cui all'art. 338 c.p. A ben vedere, la contraddizione risiede nel fatto che l'accusa, argomentando così come ha argomentato, finisce coll'attribuire a Calogero Mannino il doppio ruolo di vittima e complice di uno stesso reato: cioè egli rivestirebbe, da un lato, la condizione di soggetto passivo delle minacce mafiose rilevanti *ex art.* 338 c.p. (nonché, di persona fisica 'privata' minacciata di morte) e, dall'altro, il ruolo di concorrente nella realizzazione del medesimo reato di violenza o minaccia al governo. Come spiegare questo pirandelliano sdoppiamento di Mannino, che da (per dir così) delinquente privato contribuirebbe a realizzare un reato ai danni di sé stesso nella funzione di ministro? Il paradosso troverebbe spiegazione nel fatto che, secondo la ricostruzione accusatoria, Mannino si sarebbe attivato «per sollecitare i propri terminali nel territorio per richiedere a Cosa nostra la contropartita per interrompere la strategia di frontale attacco alle istituzioni politiche, così di fatto proponendosi come intermediario dell'organizzazione mafiosa nella ricerca di nuovi equilibri con la politica»: proprio questo ruolo di intermediazione – secondo il ragionamento giuridico dei pubblici ministeri – si tradurrebbe in un contributo atipico di sostegno, penalmente rilevante *ex art.* 110 e ss. c.p., alle condotte tipiche di violenza o minaccia realizzate direttamente dai mafiosi (questo schema di responsabilità concorsuale basato sul ruolo di intermediazione varrebbe, oltre che per Mannino, anche per Marcello Dell'Utri come esponente politico intervenuto quale intermediario in fasi successive, nonché per gli ufficiali dei carabinieri Subranni, Mori e De Donno). A supporto di una tale costruzione giuridica, che appare invero ben lungi dall'esibire coerenza e persuasività immediate, la stessa accusa prospetta una presunta analogia con la punibilità a titolo di concorrente – ammessa in giurisprudenza – dell'intermediario di una estorsione: nel senso che così come concorre in quest'ultimo reato colui il quale trasmette alla vittima le richieste dell'estorsore, analogamente concorrerebbero nel reato di cui all'art. 338 c.p. quanti si incaricano di far pervenire al governo le richieste minacciose di Cosa nostra.

A ben vedere, l'analogia è più apparente che reale (a parte l'inammissibilità, in linea di principio, di una analogia *in malam partem*). A differenza che nell'estorsione, in cui l'estraneo che funge da tramite di solito condivide l'obiettivo illecito perseguito dall'estorsore, gli intermediari non mafiosi della trattativa Stato-mafia agivano sorretti dalla prevalente intenzione di contribuire a bloccare futuri omicidi e stragi: un obiettivo, dunque, in sé lecito, addirittura istituzionalmente doveroso. E ancora: se la trattativa in sé – come ammesso dagli stessi pubblici ministeri – non può assumere come tale rilievo penale, come può invece risultare penalmente vie-

tata una attività di intermediazione funzionale ad una trattativa in sé lecita?

D'altra parte, che la funzione di intermediazione svolta dagli esponenti politici e dagli ufficiali dei carabinieri mirasse all'obiettivo salvifico di porre argine alle violenze mafiose – e non già di supportare Cosa nostra nei suoi attacchi contro lo Stato – sembra confermato proprio da quella che sarebbe stata l'evoluzione politica degli eventi secondo gli stessi pubblici ministeri. Dopo l'attivazione degli apparati di sicurezza e la loro presa di contatto con l'ex sindaco di Palermo Vito Ciancimino, nei piani alti delle istituzioni avrebbe preso sempre più piede il progetto di mettere in salvo i politici contingentemente minacciati e le potenziali vittime innocenti, sollecitando ogni azione utile a rimuovere possibili ostacoli e a favorire il conseguimento dell'obiettivo (dalla sostituzione del 'rigido' ministro dell'interno Vincenzo Scotti col presuntamente più 'morbido' Nicola Mancino, all'attenuazione, nel 1993, del regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. ad opera di Giovanni Conso, succeduto nel ruolo di ministro della giustizia al più intransigente Claudio Martelli, ecc.)<sup>18</sup>.

4.4. Tutto ciò premesso, rimane ancora da affrontare un nodo ermeneutico per nulla secondario, inerente sempre alla struttura oggettiva dell'art. 338 c.p.: ci si riferisce alla possibilità di far rientrare, in un concetto quale quello di "corpo politico", un organo costituzionale come il governo (cioè l'organo appunto che, secondo il ragionamento dell'accusa, sarebbe stato nel caso di specie destinatario ultimo delle minacce stragiste). Infatti, secondo una consolidata interpretazione dottrinale e giurisprudenziale basata su argomenti sia semantici sia sistematici<sup>19</sup>, la nozione di corpo politico non può ricomprendere gli organi costituzionali (come il governo o le assemblee legislative o la Corte costituzionale), dal momento che ad essi appresta esplicitamente tutela la diversa fattispecie di cui all'art. 289 c.p.: la quale, così come modificata dal legislatore del 2006<sup>20</sup>, sotto la rubrica "attentato contro organi costituzionali e contro assemblee regionali" sanziona (con la reclusione da uno a cinque anni) la commissione di atti violenti diretti ad impedirne in tutto o in parte, anche temporaneamente, l'esercizio delle funzioni. Mentre la precedente formulazione normativa di questa stessa fattispecie risultava in effetti di portata più ampia, e ciò per due ragioni: da un lato, perché il fatto tipico era più genericamente indicato con la formula "fatto diretto a ...", senza menzione espressa del connotato della violenza; dall'altro, era esplicitamente preso in considerazione (e sanzionato con pena più lieve) anche l'effetto meno grave del mero turbamento dell'esercizio delle funzioni costituzionali. Orbene, è abbastanza verosimile che a orientare i pubblici

<sup>18</sup> In proposito, più diffusamente, INGROIA, *Io so*, cit., 29 ss.

<sup>19</sup> Ci si limita a rinviare al quadro di dottrina e giurisprudenza tracciato in CRESPI-FORTI-ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, 830 s.

<sup>20</sup> Al riguardo v. NOTARO, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione*, in *Legisl. pen.*, 2006, 401 ss.

ministeri a favore dell'applicabilità al caso di specie (non già dell'art. 289, bensì) dell'art. 338 c.p. sia stata, appunto, la constatazione della (sopravvenuta per effetto dell'intervenuta modifica normativa) impossibilità di ricondurre all'attuale e più ristretto testo dell'art. 289 c.p. condotte di valenza soltanto minacciosa, e idonee come tali a turbare (più che a impedire) il funzionamento di un organo quale il governo ovvero a influenzarne in qualche modo le deliberazioni.

Ma l'intento accusatorio di attribuire rilievo penale alle 'minacce', cui i mafiosi sarebbero ricorsi per esercitare pressioni sul governo allo scopo di piegarlo alla trattativa, giustifica la palese forzatura ermeneutica di qualificare "corpo politico" lo stesso governo, al pari di un consiglio comunale o di una commissione elettorale? Contro una simile assimilazione interpretativa non depone soltanto il confronto testuale con l'art. 289 c.p., ma è altresì adducibile un argomento logico-sistematico di notevole peso: cioè l'art. 393 *bis* c.p. prevede espressamente l'applicabilità della scriminante della reazione legittima al caso in cui la violenza o minaccia a un corpo politico (art. 338 c.p.) siano commesse per reagire a un atto arbitrario di un soggetto pubblico, mentre una analoga causa di non punibilità non è prevista in relazione al reato di cui all'art. 289 c.p. Questa differenza di disciplina, spiegabile considerando che sarebbe più difficilmente ipotizzabile una reazione legittima del privato contro un atto arbitrario proveniente da un organo costituzionale come il governo, conferma indirettamente in realtà che quest'ultimo non è sussumibile sotto la nozione di corpo politico di cui all'art. 338 c.p.

4.5. I rilievi fin qui svolti consentono di accennare in poche battute agli aspetti problematici relativi all'elemento soggettivo: i quali emergono, in particolare, riguardo alla configurabilità di un vero e proprio dolo di concorso nel reato di cui all'art. 338 c.p. in capo ai concorrenti 'non mafiosi'.

In termini più espliciti: è attribuibile agli esponenti politici e agli ufficiali dei carabinieri, interagenti nel ruolo di intermediari istituzionali della trattativa, una autentica coscienza e volontà di concorrere con i mafiosi nella realizzazione di violenze e minacce ai danni del governo? Non è un caso che, in proposito, l'accusa non si sforzi di fornire esplicite motivazioni, preferendo implicitamente ripiegare su di una sorta di dolo *in re ipsa*. Sennonché, il dolo di concorso andrebbe in questo caso accertato senza presunzioni e con particolare scrupolo, e ciò per una ragione evidente che è forse superfluo esplicitare: la volontà di svolgere ruoli di intermediazione tendenti all'obiettivo (salvifico) di arginare le stragi, di per sé infatti non implica – né direttamente, né indirettamente – la ulteriore volontà di supportare Cosa nostra nella realizzazione della sua strategia criminale volta alla trattativa.

D'altra parte, se tale ulteriore volontà risultasse davvero provata, coerenza imporrebbe di aggravare la qualificazione giuridica delle presunte condotte concorsuali in questione: nel senso, ad esempio, di elevare anche a carico di Mannino,

Dell’Utri, Mori e De Donno un’imputazione di concorso esterno nell’associazione mafiosa, analogamente a quanto contestato all’altro “intermediario” Massimo Ciancimino. Ma vi è di più. Perché non spingersi sino al punto di ipotizzare forme di concorso nelle stesse azioni stragiste, se fosse vero che gli intermediari – come l’accusa sostiene – avrebbero con il loro comportamento rafforzato in Cosa nostra il convincimento che la prosecuzione del suo programma criminoso violento risultava efficace in vista della trattativa? Interrogativi come questi, proprio perché derivanti da un organico e coerente sviluppo logico delle stesse premesse accusatorie, necessiterebbero di un più adeguato vaglio giudiziale.

5. *Le intercettazioni “indirette” del presidente della Repubblica, il conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale e il conseguente ‘tormentone’ politico-mediatico*

L’indagine sulla trattativa è stata anche occasione di un grosso ‘tormentone’ politico-mediatico-giudiziario protrattosi dal luglio 2012 alla fine dello stesso anno: causa scatenante un’attività di intercettazione telefonica nei confronti dell’ex ministro Nicola Mancino, nell’ambito della quale venivano “indirettamente” captate conversazioni tra quest’ultimo e il capo dello Stato. Il grave conflitto istituzionale derivatone non si è incentrato soltanto sulla delicata questione costituzionale relativa alla definizione delle prerogative del presidente della Repubblica (in particolare, sotto il profilo di una legittima intercettabilità delle sue conversazioni per fini di giustizia), rispetto alla quale sono non a caso subito emersi nel pubblico dibattito orientamenti contrastanti<sup>21</sup>. Il contrasto è sfociato in una vera e propria contrapposizione tra il Quirinale e gli uffici giudiziari palermitani in seguito alla decisione del presidente Napolitano – che ha finito con il cogliere di sorpresa i pm del capoluogo siciliano<sup>22</sup> – di sollevare un conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale. Tale decisione, oltre a essere percepita dai magistrati siciliani come una inattesa dichiarazione di guerra istituzionale, è stata addirittura interpretata in alcuni ambienti politico-giornalistici favorevoli alla procura di Palermo come sintomatica di una inammissibile volontà di interferenza del capo dello Stato, volta a mettere al riparo dall’azione giudiziaria esponenti politici in qualche modo coin-

<sup>21</sup> Nell’ambito del vivace dibattito subito accesi nella stampa si è persino assistito – evento, certo, inconsueto – a un confronto diretto tra le contrapposte posizioni del procuratore-capo di Palermo e di un celeberrimo giornalista: cfr., rispettivamente, MESSINEO, *Le intercettazioni indirette non sono lesive dell’immunità* e SCALFARI, *Ma l’ordinamento vieta di violare le prerogative del capo dello Stato*, entrambi ne *la Repubblica* dell’11 luglio 2012.

<sup>22</sup> Cfr. MARTINARO, *Ingroia: non mi aspettavo il ricorso del Colle*, nel *Corriere della sera* del 23 settembre 2012.

volti nella vicenda della trattativa. Ecco che la complessa e controvertibile questione giuridico-costituzionale sul tappeto ha finito, così, con l'essere contingentemente strumentalizzata in vista di obiettivi politici più generali (precisamente, nel senso che la perseguita delegittimazione di Giorgio Napolitano risultava, al momento, funzionale a una più ampia contestazione del suo complessivo ruolo politico-istituzionale, non ultimo quale ispiratore e garante del cosiddetto governo dei tecnici presieduto da Mario Monti, invisibile a più settori politici non soltanto di sinistra)<sup>23</sup>.

Il clima di esasperata contrapposizione amplificava le già forti valenze politiche dell'azione dei pm palermitani. In loro difesa, e contro un loro temuto isolamento, il *Fatto Quotidiano* lancia un pubblico appello che raccoglie centinaia di migliaia di adesioni<sup>24</sup>. E seguono iniziative politiche pubbliche cui partecipa il procuratore aggiunto Antonio Ingroia nonostante che, nel corso del loro svolgimento, continui ad aver corso la campagna di sospettose insinuazioni sul conto del capo dello Stato<sup>25</sup>.

Nell'aspro conflitto finiscono – volenti o nolenti – con l'essere coinvolti esponenti molto qualificati della cultura giuridica di matrice accademica, i quali, intervenendo nel dibattito giornalistico, assumono posizioni ora di adesione ora di critica rispetto alla scelta del presidente della Repubblica di chiamare in causa la Consulta. A favore della procura di Palermo si schierano in particolare Gustavo Zagrebelsky<sup>26</sup> e Franco Cordero<sup>27</sup>, mentre in soccorso del presidente della Repubblica prendono posizione – tra altri – Andrea Manzella<sup>28</sup>, Valerio Onida<sup>29</sup> e Gianluigi Pellegrino<sup>30</sup>.

Ma al di là del merito della questione giuridico-costituzionale, considerata sia in se stessa sia nelle sue implicazioni di ordine politico-istituzionale, vale la pena anche qui segnalare un evento di più ampia portata (per dir così) politico-culturale. Cioè un importante quotidiano di ispirazione progressista come *Repubblica*,

<sup>23</sup> Che la strumentalizzazione politico-mediatica della questione delle intercettazioni indirette con Nicola Mancino tendesse a coinvolgere in senso delegittimante il Quirinale, è stato riconosciuto e denunciato dallo stesso presidente della Repubblica nell'ambito del discorso di inaugurazione della Scuola per magistrati di Scandicci: per riferimenti al riguardo cfr. *la Repubblica* del 16 ottobre 2012.

<sup>24</sup> Si veda il *Fatto Quotidiano* dell'11 agosto 2012 (e dei giorni successivi dello stesso mese).

<sup>25</sup> Si allude, ad esempio, alla partecipazione di Antonio Ingroia alla Festa dell' "Italia dei valori" tenutasi a Vasto, durante il cui svolgimento venivano pubblicamente lanciate critiche nei confronti del capo dello stato: cfr. PALAZZOLO, *Ingroia: la politica collusa blocca la verità*, ne *la Repubblica* del 23 settembre 2012.

<sup>26</sup> ZAGREBELSKY G., *Napolitano, la Consulta e quel silenzio della Costituzione*, ne *la Repubblica* del 17 agosto 2012; ID., *Il Colle, le procure e lo spirito della Costituzione*, nel medesimo quotidiano in data 23 agosto 2012.

<sup>27</sup> CORDERO, *La geometria del diritto*, ne *la Repubblica* del 6 dicembre 2012.

<sup>28</sup> MANZELLA, *Conflitto di poteri. L'equilibrio smarrito*, ne *la Repubblica* del 16 luglio 2012.

<sup>29</sup> ONIDA, *Il ruolo del Tribunale dei ministri*, nel *Corriere della sera* del 19 agosto 2012.

<sup>30</sup> PELLEGRINO, *Quel conflitto da risolvere*, ne *la Repubblica* del 28 luglio 2012; ID., *L'ambizione fisiologica dei poteri in lotta*, ne *la Repubblica* del 23 agosto 2012.

in genere favorevole all'azione della magistratura inquirente, intorno alla *querelle* estiva delle intercettazioni presidenziali si spacca invece in due orientamenti contrapposti: il fondatore Eugenio Scalfari<sup>31</sup> duella contro l'illustre collaboratore e costituzionalista di vaglia Gustavo Zagrebelsky, a difesa del presidente Napolitano sospettato di delegittimare i magistrati d'accusa; mentre dal canto suo il direttore Ezio Mauro<sup>32</sup>, senza sconfessare nessuno dei contendenti, ragiona sul problema del grave conflitto tra politica e giustizia, prospettando come tesi che un certo populismo giudiziario diffusosi anche nella cultura di sinistra avrebbe finito col far propri mentalità, pulsioni e linguaggi che sarebbero oggettivamente di destra<sup>33</sup>.

Senza potere qui entrare nel merito degli eterogenei fattori (anche culturali) che hanno più in generale contribuito, nella storia italiana dell'ultimo ventennio, ad elevare notevolmente il tasso di politicità dell'intervento della magistratura penale, quanto alla recente vicenda interna al quotidiano *la Repubblica* una cosa sembra fuori discussione: essa testimonia dello stretto e perverso intreccio che è venuto a stringersi tra un'indagine giudiziaria come quella sulla trattativa, i divergenti giudizi sull'operato di Giorgio Napolitano quale promotore del governo Monti (responsabile di una politica di "sacrifici" sofferti soprattutto dai ceti sociali più deboli) e il modo di concepire l'azione delle forze di sinistra anche nella difficile interazione tra politica e giustizia penale.

Comunque sia, la specifica questione oggetto del conflitto di attribuzione è stata infine sciolta con un verdetto costituzionale (sent. 15 gennaio 2013, n. 1) che ha, com'è noto, riconosciuto in pieno la fondatezza delle ragioni sottostanti al ricorso del presidente della Repubblica. Com'era da attendersi, questa presa di posizione della Consulta è stata diversamente accolta, da commentatori di opposti versanti, sulla base di valutazioni che vanno ben al di là del suo impianto motivazionale sul piano tecnico-giuridico. Non sorprende, quindi, che dal fronte più vicino alle procure si sia levata l'accusa di una Corte costituzionale «cortigiana»<sup>34</sup>. E neppure sorprende molto che, per parte sua, il procuratore aggiunto Ingroia abbia nel corso di un'intervista dichiarato di sentirsi «profondamente amareggiato» a causa di una sentenza costituzionale «bizzarra», spiegabile soltanto grazie al prevalere delle «ragioni della politica» su quelle del diritto<sup>35</sup>.

Forse non è superfluo puntualizzare che, al momento dell'amara intervista, il coordinatore dell'indagine sulla trattativa si trovava già in America centrale a ricoprire il nuovo incarico, conferitogli dall'ONU, di capo dell'unità investigativa

<sup>31</sup> SCALFARI, *Perché attaccano il capo dello Stato*, ne *la Repubblica* del 19 agosto 2012.

<sup>32</sup> MAURO, *Un giornale, le procure e il Quirinale*, ne *la Repubblica* del 24 agosto 2012.

<sup>33</sup> Sulla divaricazione di posizioni all'interno di *Repubblica* cfr. anche PANSA, *La Repubblica di Barbapapà. Storia irriverente di un potere invisibile*, Milano, 2013, 19 ss.

<sup>34</sup> Cfr. l'editoriale de *il Fatto Quotidiano* del 5 dicembre 2012.

<sup>35</sup> Intervista rilasciata a Salvo Palazzolo ne *la Repubblica* del 5 dicembre 2012.

della Commissione internazionale contro l'impunità in Guatemala. Ma, meno di due mesi dopo, l'ex procuratore aggiunto di Palermo faceva ritorno in Italia per partecipare, come candidato *premier* di un nuovo movimento politico di sinistra radicale (emblematicamente denominato *Rivoluzione civile*), alle elezioni nazionali del febbraio 2013 (v. anche *infra*, par. 6).

Una singolare evoluzione professionale che ha, alla fine, portato allo scoperto una vocazione politica in verità da qualche tempo sospettabile in un pm così combattivo e pubblicamente esposto?

#### 6. *Il magistrato dell'accusa come attore politico-mediatico: un ruolo ambivalente tra giustizia e politica*

Tra gli aspetti più interessanti e meritevoli di analisi del procedimento sulla trattativa Stato-mafia rientra, indubbiamente, l'accentuato attivismo politico-mediatico in particolare del magistrato che ha coordinato il gruppo dei pubblici ministeri assegnatari dell'inchiesta: il procuratore aggiunto Antonio Ingroia, appunto. Questo ruolo iper-attivistico all'esterno delle aule giudiziarie non si è tradotto soltanto – come era già accaduto, forse però non nella stessa misura, ad altri magistrati d'accusa divenuti ben noti al grosso pubblico – in una frequente e insistita presenza nei media scritti e parlati. La specificità dell'interventismo di un magistrato come Ingroia è dipesa da fattori aggiuntivi, legati al convincimento di dovere e potere prendere posizione in pubblico proprio sugli stessi temi oggetto di contemporanea indagini giudiziaria: sino al punto di illustrare (per dir così didatticamente), in interviste rilasciate ai maggiori quotidiani o in pezzi scritti di proprio pugno, il senso e le finalità del procedimento sulla trattativa, talvolta persino tentando di filosofeggiare su questioni ardue come quella dei rapporti tra giustizia e “ragion di stato”<sup>36</sup>.

A lungo andare, questo eccesso di esposizione pubblica dall'impatto non poco confusivo, tale da rendere viepiù evanescente la distinzione tra un Ingroia-magistrato d'accusa e un Ingroia-attore politico *tout court*, ha finito per suscitare (non è mai troppo tardi?) le reazioni critiche di Magistratura democratica (corrente di originaria appartenenza del Nostro), dell'Associazione nazionale magistrati e dello stesso Consiglio superiore della magistratura: reazioni invero convergenti nel sottolineare che il pur legittimo intervento pubblico del magistrato non deve sovrapporsi al lavoro giudiziario e deve, comunque, essere svolto in modo da non offuscare l'immagine di terzietà della giurisdizione, specie quando si sia titolari

<sup>36</sup> Cfr. ad esempio l'intervento dal titolo *La giustizia, la politica e la ragion di Stato*, a firma di INGROIA nel *Corriere della sera* del 9 agosto 2012.

di procedimenti penali su cui si concentra l'attenzione della pubblica opinione<sup>37</sup>.

Senonché, queste critiche di indebita sovraesposizione mediatica incontrano la resistenza del magistrato che ne è diretto destinatario<sup>38</sup>, e ciò per motivazioni di fondo che sembra opportuno qui esplicitare. Esse infatti si ricollegano alla particolare concezione che un pm come Ingroia ha maturato del proprio ruolo professionale, e che egli ha in qualche modo cercato anche di teorizzare. In sintesi, si tratta dell'idea che il magistrato, in particolare quello d'accusa, sia nella realtà italiana di oggi chiamato a svolgere una funzione (che lo stesso Ingroia definisce) simile a quella di un «tribuno del popolo» (*sic*): si allude a una figura di magistrato che interloquisca direttamente con l'opinione pubblica, spieghi al popolo le collusioni tra potere politico e poteri criminali, educi i cittadini al rispetto della legalità e contribuisca ad additare (agli stessi politici di mestiere) i principi di una buona politica<sup>39</sup>.

Una tale visione del ruolo del pubblico ministero, etichettabile – volendo – in termini di “populismo giudiziario”, tradisce una ideologia professionale che finisce, in ogni caso, con l'exasperare la vocazione politico-pedagogica dei titolari dell'azione penale. Ciò sino al punto, in effetti, di innescare rapporti di sostanziale contiguità (se non proprio continuità) tra agire giudiziario ed agire politico: come se la differenza tra la giustizia penale e la politica riguardasse più i mezzi impiegati, che non i fini ultimi presi di mira.

Una visione siffatta, che certamente contrasta non poco con la concezione liberal-democratica del principio della divisione dei poteri (almeno così come prevalentemente intesa nel contesto europeo-continentale), può probabilmente contribuire a spiegare un fenomeno «unico nella storia dell'Italia repubblicana: quello di un magistrato che, in sostanziale continuità con la sua precedente attività, ha fondato un partito, gli ha dato il suo nome e s'è candidato alla guida del governo. Nessuna toga passata alla politica – e ce ne sono state diverse, in tutte le epoche, fino a Di Pietro e De Magistris, per l'appunto – aveva tentato un salto tanto ardito e repentino. Ingroia sì»<sup>40</sup>.

Tanto ardimento non è, però, stato premiato dai cittadini elettori: alle elezioni nazionali del 24 e 25 febbraio 2013, *Rivoluzione civile* e il suo leader-simbolo Antonio Ingroia non hanno raggiunto la soglia di voti necessaria per fare ingresso in Parlamento. È verosimile che questo fallimento sia in realtà, e non a caso, dipeso

<sup>37</sup> Per riferimenti cfr., ad esempio, *Corriere della sera* del 20 settembre e del 7 ottobre 2012. In argomento, per un approccio più tecnico v. LEONE, *La libertà di opinione del magistrato: riflessioni sul “caso Ingroia”*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2012, 411 ss.

<sup>38</sup> Si veda l'intervista rilasciata a L. Milella, dal titolo *Ingroia verso il divorzio dalle “toghe rosse”*. “*Accuse offensive, Md non è più la stessa*”, ne *la Repubblica* del 10 ottobre 2012.

<sup>39</sup> Cfr. INGROIA, *Io so*, cit., 144 ss. A sostegno si veda TRAVAGLIO, *Il pm imparziale è quello morto*, ne *L'Espresso* del 27 settembre 2012.

<sup>40</sup> Così, efficacemente, BIANCONI, “*Di certo non mi ritiro dall'attività politica*”, ne *Corriere della sera* del 26 febbraio 2013.

dalla percezione diffusa di un'ispirazione eccessivamente 'punitiva' del progetto politico ingroiano (che dava infatti l'impressione di identificarsi con programma repressivo incentrato su manette, sequestri e confische di patrimoni e di essere, viceversa, povero di proposte a contenuto positivo e di ampio respiro).

Comunque, per l'ex procuratore aggiunto elettoralmente sconfitto si prospetta, ormai, il dilemma tra il ritorno in magistratura (ma non più come pm) e l'abbandono definitivo della toga per continuare a impegnarsi nell'attività politica.

### 7. *Il processo penale 'polifunzionale' (e il ruolo marginale del diritto?)*

Quale che sarà il futuro destino del magistrato coordinatore delle indagini, il processo sulla trattativa seguirà d'ora in avanti il suo corso sotto la gestione di altri magistrati, non solo inquirenti ma anche giudicanti. Con decreto del 7 marzo 2013, il Gip del Tribunale di Palermo Piergiorgio Morosini ha infatti disposto il rinvio a giudizio di dieci imputati, chiamati a rispondere di concorso nel reato di violenza o minaccia a un corpo politico dello stato.

È da segnalare che il provvedimento di rinvio a giudizio, mentre si astiene dal prendere posizione sui problematici profili di diritto penale sostanziale connessi alla applicabilità nel caso di specie dell'ipotesi criminosa di cui all'art. 338 c.p. (v. *supra*, par. 4), muove invece critiche all'approccio dei pubblici ministeri in particolare sotto l'aspetto di una mancata indicazione delle fonti di prova relative ai diversi e complessi temi della piattaforma accusatoria e alle differenti posizioni giudiziarie (a tale *deficit* cerca di supplire il Gip, provvedendo egli stesso a indicare, nelle trentaquattro pagine del decreto che dispone il giudizio, tutte le circostanze considerate probatoriamente rilevanti, desumendole da novanta faldoni di materiali probatori contenenti – a loro volta – un numero di pagine abbondantemente superiori alle 300.000!).

Ad avviso di chi scrive, come rilevato in precedenza, il lavoro dei pubblici ministeri risulta in realtà non meno deficitario anche sotto il profilo preliminare di una mancata contestazione di precise modalità di condotta concorsuale a ciascuno dei presunti protagonisti dell'intesa trattativista; e risulta, altresì, censurabile a causa del mancato approfondimento dei presupposti di applicabilità della fattispecie di cui all'art. 338 c.p., non ultimo dal punto di vista della legittima riconducibilità alla nozione di "corpo politico" di un organo costituzionale quale il governo (cfr. *supra*, 4.4).

Come già detto, si riceve più in generale l'impressione che l'accusa sia venuta meno all'impegno di mettere alla prova, in maniera sufficientemente meditata, tutte le potenziali capacità di prestazione dello strumentario penalistico al cospetto delle complesse e ambigue vicende più o meno forzatamente sussunte sotto la comoda

etichetta della trattativa. Discutibile per le ragioni tecniche già evidenziate, l'opzione qualificatoria prescelta in termini di concorso nel reato di cui all'art. 338 c.p. ha, comunque, consentito all'accusa di perseguire un obiettivo politico-simbolico inedito nella storia giudiziaria italiana: chiamare per la prima volta a rispondere insieme, come concorrenti di un medesimo delitto, ex ministri, alti ufficiali dei carabinieri e boss mafiosi<sup>41</sup>. Ma, al di là del formale (e discutibile) inquadramento giuridico-penale dei fatti, il senso sostanziale dell'addebito – come messaggio accusatorio indirizzato soprattutto all'esterno del circuito giudiziario – suona così: lo scellerato patto Stato-mafia si è tradotto in un disegno politico eversivo, è equivalso a un doloso tradimento della legalità democratica in vista della stipula di un rinnovato accordo di opportunistica convivenza tra le istituzioni statali e il potere mafioso.

Se tale è il senso sostanziale dell'ipotesi accusatoria, tra gli obiettivi di maggiore conoscenza da perseguire nella futura fase dibattimentale rientrerebbe, innanzitutto, una più approfondita verifica dell'insieme dei reali obiettivi presi di mira nel tentare di bloccare l'*escalation* stragista, esplorando in contraddittorio l'effettivo ruolo svolto dai principali soggetti responsabili dell'azione di governo nei drammatici e oscuri primi anni Novanta. Si prospetta dunque una sorta di processo alla politica governativa di allora, prima ancora che a singoli esponenti politico-istituzionali sospettabili di comportamenti penalmente rilevanti. Ma questo tendenziale sovrapporsi tra giudizio politico e giudizio penale è tutt'altro che nuovo nella storia e, più in particolare, nella storia giudiziaria. Invero, elementi di ambivalenza e ragioni di intreccio tra ottica repressiva e disapprovazione etico-politica tendono – sia pure in misura differente a seconda dei diversi casi storici – a presentarsi come costanti tipiche dei processi che coinvolgono vicende politicamente rilevanti, come è comprovato anche da esperienze processuali di un passato ormai lontano, tra le quali alcune ben note risalenti agli ultimi secoli della Roma repubblicana<sup>42</sup>. E non è certo un caso che l'interferenza tra paradigmi politici e paradigmi penalistici di giudizio si sia da allora storicamente riproposta in pressoché tutti i casi, in cui si sono celebrati importanti procedimenti giudiziari aventi ad oggetto reali o presunte violazioni del diritto commesse da esponenti politici o detentori di pubblici poteri nell'esercizio delle rispettive funzioni: come, per fare riferimento alla più recente storia italiana, nell'esperienza giudiziaria per vari aspetti emblematica di Mani Pulite<sup>43</sup>.

Il rischio di forte sovrapposizione tra prospettiva giudiziaria e prospettiva politica si aggrava viepiù allorché, come pure è accaduto e continua ad accadere, prendono piede tendenze dichiaratamente populistico-giustizialiste che teorizzano l'uso

<sup>41</sup> Sul versante giornalistico, questo aspetto di novità è ad esempio sottolineato da BOLZONI, *Trattativa Stato-mafia. Boss e politici a processo*, ne *la Repubblica* dell'8 marzo 2013.

<sup>42</sup> Cfr. NARDUCCI, *Processi politici nella Roma antica*, Roma-Bari, 1995.

<sup>43</sup> Si veda PORTNARO, *Introduzione* al volume collettivo *Processare il nemico*, trad. it., a cura di A. Demandt e P.P. Portinaro, Torino, 1996, XI.

del potere punitivo come strumento di palingenesi politico-sociale o come leva per promuovere il ricambio delle classi dirigenti. Ma, anche fuori da ogni tentazione di esplicita finalizzazione politica dell'azione giudiziaria, il pericolo che il processo funga da strumento aperto a usi impropri (o che comunque il valore garantistico dell'imparzialità venga sacrificato alla logica strategica di una preconcepita opzione repressiva), è sempre latente in tutti i casi in cui si tratta di far luce su complesse vicende storico-politiche di possibile ma controvertibile rilevanza criminale<sup>44</sup>: come, appunto, nel caso della presunta trattativa Stato-mafia. Far luce o maggior luce su una vicenda siffatta vuol dire fare del processo uno strumento di indagine storica ad ampio spettro; e, nello stesso tempo, un laboratorio di analisi politologica, un teatro mediatico in cui si contrappongono dinanzi al grosso pubblico narrazioni contrapposte di eventi oscuri e in cui, altresì, si proiettano immaginarie dietrologie di tipo complottistico alimentate da ansie e paure collettive. Un sovraccarico funzionale del processo, dunque, che sarebbe però illusorio pensare di poter azzerare, riguadagnando una completa separazione 'purista' tra sfera giuridica in senso stretto e angolazioni 'altre'. Piuttosto, nella società della giustizia mediatizzata in cui viviamo, il diritto gestito in senso rigorosamente tecnico, oltre ad apparire una astruseria concettuale per iniziati, rischia di scadere a paradigma di giudizio secondario, se non proprio marginale.

È nondimeno auspicabile che, nella futura evoluzione del processo sulla trattativa, la magistratura sia d'accusa che giudicante punti a un equilibrato temperamento tra l'esigenza di ampliare l'orizzonte conoscitivo sugli scenari storico-politici di un ventennio addietro, e le ragioni del diritto (da tenere in conto nel rispetto dei limiti anche formali delle fattispecie legali). Un maggiore impegno nell'affrontare, con coerenza e rigore, i complessi profili di diritto penale sostanziale potrà giovare in più direzioni. Da un lato, ai fini di un più attento vaglio della plausibilità giuridica della contestazione incentrata su di un'ipotesi di concorso nel reato di cui all'art. 338 c.p.; ma, dall'altro, anche in vista della ricerca di eventuali paradigmi criminosi alternativi più adatti a inquadrare i fatti in questione. Ove una verifica più approfondita, in punto di diritto penale sostanziale, dovesse invece sfociare nel riconoscimento dell'irrilevanza penale dei fatti oggetto di giudizio, un tale esito rischierebbe invece di frustrare aspettative di punizione indotte da un bombardamento informativo sulla trattativa finora attuato secondo un taglio decisamente criminalizzatore. Ma questa preoccupazione, almeno in teoria, non dovrebbe da sola costituire motivo sufficiente per avallare alla fine forme di penalizzazione impropria.

È realistico auspicare che le ragioni del diritto, come tali, facciano ancora sentire la loro voce e trovino in qualche misura ascolto?

<sup>44</sup> Per acuti rilievi in proposito cfr. ancora PORTINARO, *Introduzione*, cit., IX ss.



CARLO ENRICO PALIERO

L'AGORÀ E IL PALAZZO  
QUALE LEGITTIMAZIONE PER IL DIRITTO PENALE? (\*)

SOMMARIO: 0. Premessa. – I. L'EPOCA DELLA CONSOLIDAZIONE. – 1. Il fondamento autoritario come carattere *genetico* del diritto penale. – 2. La legittimazione democratica come carattere *'acquisito'* del diritto penale. – II. L'EPOCA DELLA TRANSIZIONE – 1. Tesi: la dialettica tra fondamento autoritario e legittimazione democratica. – 2. I campi di battaglia. - 2.1. La *materia* del diritto penale. - 2.1.1. Il bene giuridico tra democrazia e autoritarismo. - 2.1.1.1. Le origini del *topos* e gli idealtipi d'ispirazione autoritaria o democratica. - 2.1.1.2. La prima frattura del paradigma. - 2.1.1.3. Il cambio di paradigma: il bene giuridico da argine a volano della criminalizzazione. - 2.2. Il *modo di disciplina* del diritto penale. - 2.3. Il *lessico* del diritto penale. – 3. L'assetto attuale: le persistenti stigmate dell'autoritarismo penale. – 4. Gli attori.

0. *Premessa*

Componenti *prima facie* antitetiche del diritto penale, *democrazia* e *autoritarismo* rappresentano l'elemento qualificante di altrettanti *paradigmi* (i.e. 'concezioni' e 'forme') – *dialetticamente* correlati – del diritto penale stesso.

Così posto, il tema presenta invero una certa ambiguità, soprattutto se declinato con riguardo al diritto penale degli ordinamenti – *oggi* – fondati sul principio della *rule of law*.

In questi contesti, infatti, a conclusione del processo di *democratizzazione del principio di autorità*, il diritto penale non è – e non può più essere – *interamente* espressione del paradigma autoritario in quanto *comunque* temperato dal *compresente* paradigma democratico.

Per altro verso, in ossequio – per così dire – a un *principio d'autorità* in ogni caso consustanziale al proprio *fondamento democratico* (quanto meno in termini di *Grundnorm* kelseniana che ne legittimi la *validità* genetica)<sup>1</sup>, il diritto penale attuacomunque il paradigma democratico in forma *mitigata*, nel rispetto cioè di alcuni *limiti intrinseci* (*in primis*, la tutela dei diritti fondamentali della persona), che

(\*) Questo lavoro rielabora e fonde riflessioni da me svolte in due distinti Seminari, tenutisi rispettivamente a Roma (su “*Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*”) e a Barcellona (su “*Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*”).

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato* (1945), trad. it., Milano, p. 111 ss.

impediscono di legittimare qualsiasi opzione di criminalizzazione semplicemente invocando la volontà espressa dal popolo<sup>2</sup>.

Assumo dunque le seguenti come *ipotesi di lavoro*:

(i) nei sistemi giuridici moderni liberaldemocratici (appartengano essi alla tradizione di *civil* piuttosto che di *common law*), il diritto penale *oggi consolidato* gode di un *avallo duplice*, di matrice autoritaria e di matrice democratica;

(ii) come fonte di legittimazione del diritto penale, la *primogenitura* spetta alla matrice autoritaria, mentre la matrice democratica si affianca alla prima in conseguenza dell'evoluzione storica dell'ordinamento statale;

(iii) matrice autoritaria e matrice democratica sono *teleologicamente antitetiche*.

Individuo, di conseguenza, due direttrici di analisi aventi rispettivamente ad oggetto:

(I) *l'epoca della consolidazione*, ossia la sequenza – anche storica – che ha segnato il passaggio da un diritto penale a fondamento *esclusivamente* autoritario a un diritto penale a legittimazione *anche* democratica;

(II) la *dialettica* – tutta *interna* al diritto penale *consolidato* – tra fondamento autoritario e legittimazione democratica.

## I. L'EPOCA DELLA CONSOLIDAZIONE

### 1. *Il fondamento autoritario come carattere genetico del diritto penale*

Il fondamento autoritario – come si è assunto in premessa – costituisce, per il diritto penale, una caratteristica *genetica* e strutturalmente ineliminabile.

Lo dimostrano, da un lato, il fatto che il diritto penale si è affermato storicamente come *monopolista assoluto* dell'*uso della forza* (della *vis maxima*) avocata a un'istanza suprema e centrale (sottraendola a elaborazioni dei conflitti, inter-personali/gentili – di tipo 'compositorio' –, o comunitarie – ispirate dalla *Blutrache* –)<sup>3</sup>; e, dall'altro lato, il fatto che l'essenza *assiocentrica* del diritto penale, in origine con-

<sup>2</sup> Tuttora illuminante sul punto la ricerca di A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, Milano, 1966, spec. p. 14 s.

<sup>3</sup> Per la perspicua illustrazione del radicamento di siffatto paradigma genetico del diritto penale, segnatamente nel diritto penale germanico v. per tutti E. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3<sup>a</sup> ed., Göttingen, 1965, spec. pp. 21 ss.

notata in chiave *teocratica* (i.e. di attuazione della giustizia divina nel mondo umano), si è volta successivamente in senso *statolatrco* (i.e. di riaffermazione dello Stato e dell'ordine costituito)<sup>4</sup>.

Dal punto di vista strutturale, la cifra autoritaria informa l'essenza del diritto penale, anzitutto, quale *strumento coercitivo di diritto pubblico*.

Attingendo *in primis* la libertà personale dei cittadini, la pena è infatti la *forma estrema di coercitio publica* consentita dall'ordinamento giuridico ed è *legittima*, pur quale "arma a doppio taglio", *in quanto* espressione del potere dello Stato.

L'orientamento alla sanzione che è specifico del diritto penale<sup>5</sup> ne fa un esempio paradigmatico di *congruenza* con la *definizione normativistica* del diritto come "tecnica di controllo sociale"<sup>6</sup>.

La nota nozione kelseniana di "ordinamento giuridico" come "insieme delle condizioni in presenza delle quali deve essere esercitata la coercizione, intesa come costrizione fisica"<sup>7</sup> sembra attagliarsi senza il bisogno di ulteriori precisazioni soprattutto (e forse soltanto) al sistema penale.

L'attribuzione kelseniana<sup>8</sup> del monopolio dell'uso della forza alla "comunità giuridica" – i.e. all'autorità statale – è pertinente per eccellenza al diritto penale e fotografa il *tipo di rapporto* che all'interno di quest'area giuridica si instaura fra i soggetti interessati: non un tipo di relazione paritaria e mediatrice, bensì un rapporto *coercitivo* e d'*imperio* fra l'Autorità (statale) dotata – *essa soltanto* – di uno speciale potere *socialmente non condiviso* (la *potestà punitiva*), da una parte, e gli individui che a tale Autorità sono sottoposti, dall'altra parte. Il diritto penale può anzi considerarsi l'espressione estrema – e a suo modo paradigmatica – del rapporto di *tensione* (la *massima* tensione ammessa dall'ordinamento) fra l'Autorità e l'individuo<sup>9</sup>.

Con due corollari:

– proprio perché orientata all'affermazione del *contrasto* tra Stato e cittadino (reo) e, in questo senso, direttamente *produttiva* di un *conflitto*, la matrice autoritaria del diritto penale tende contestualmente a *negare* l'esistenza di un conflitto (*originario*) tra le *parti*, per così dire, *concrete* della vicenda criminosa, cioè tra reo e *vittima*;

– in quanto riaffermazione dell'*ordine costituito nello Stato* per mano del *potere detenuto* – in forma *esclusiva* – *dallo Stato* stesso, il diritto penale a fondamento autoritario finisce per *auto-legittimarsi* secondo cadenze tipicamente *autopoietiche*<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., p. 116 s.

<sup>5</sup> Cfr. C. PEDRAZZI, Voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 64.

<sup>6</sup> Cfr. G. GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, II ed., Torino, 1984, p. 15 s.

<sup>7</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it., Torino, 1966, p. 49.

<sup>8</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 47.

<sup>9</sup> Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

<sup>10</sup> Cfr. G. TEUBNER, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M., 1989, p. 93 s. In relazione

## 2. La legittimazione democratica come carattere 'acquisito' del diritto penale

L'idea che, come forma consentita di uso della forza contro il cittadino, il diritto penale debba essere espressione dello Stato inteso non già quale mero detentore del potere di *coercitio publica*, bensì quale depositario della volontà popolare, come noto si afferma storicamente in Europa con la rivoluzione borghese per divenire *praxis*, negli ordinamenti di *civil law*, due secoli dopo con la promulgazione delle Carte costituzionali.

La svolta culturale che l'Illuminismo determina anche in campo penalistico<sup>11</sup> trasforma il modello di legittimazione del diritto penale: la primigenia matrice autoritaria incontra i limiti posti dalle concezioni politico-filosofiche del giusnaturalismo di *Grozio*<sup>12</sup>, del contrattualismo di *Rousseau* e dell'utilitarismo di *Bentham*<sup>13</sup>, che sottraggono allo Stato il potere di conculcare – con la pena – i diritti fondamentali della persona (del reo) a meno che ciò sia imposto dall'esigenza di tutelare – in vista dell'*utilità sociale* complessiva – quegli stessi diritti fondamentali (di cui la *vittima* è portatrice).

Pur rimanendo strumento coercitivo di diritto pubblico, il diritto penale cambia volto a garanzia della libertà del singolo individuo: sul piano della *definizione* dei fatti di reato, d'ora in avanti informata al principio di stretta legalità; e, sul piano della *sanzione*, temperata dal principio di necessità e di proporzione<sup>14</sup>.

all'essenza autopoietica e autoriflessiva del diritto penale come scienza sociale, cfr. C. E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in L. STORTONI - L. FOFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, p. 244 s.

<sup>11</sup> Cfr. per tutti C. L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it., Milano, 2004; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), ed. a cura di F. Venturi, Torino, 2003. Sempre attuali e stimolanti, in tema, sono le riflessioni di G. TARELLO, *Montesquieu criminalista*, in G. TARELLO (a cura di), *Idee e atteggiamenti sulla repressione penale*, Bologna, 1975, p. 201 ss.

<sup>12</sup> Perspicue in questa prospettiva le riflessioni di S. MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1988.

<sup>13</sup> Cfr. A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, cit., p. 8 ss. Sul significato penalistico dell'opera di *Bentham*, cfr. da ultimo C. E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1349 ss., spec. p. 1351 per l'affermazione dell'esistenza di una corrispondenza biunivoca fra legittimità ed efficienza dello strumento penale. Per le opportune precisazioni terminologiche a tale ultimo riguardo, cfr. ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, *ibi*, 1990, p. 480 ss., spec. p. 489 ss. Per stimolanti riflessioni sul contributo di *Beccaria* anche nella direttrice qui privilegiata, si veda di recente E. PALOMBI, "Dei delitti e delle pene". *Alle origini della legislazione penale dell'Italia unita*, Roma, 2012.

<sup>14</sup> In proposito, cfr. per tutti F. BRICOLA, *Commento Art. 25, 2° e 3° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, vol. *Rapporti civili. Art. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, p. 227 ss.; G. FIANDACA, *Commento Art. 27, 3° e 4° comma, ibi*, vol. *Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, p. 222 ss. Più recentemente, per uno sguardo orientato sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in merito, v. G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*,

Grazie all'eredità illuministica e ai modelli di democrazia parlamentare che la implementano a livello dell'organizzazione statale, la legge penale dà forma alle opzioni discusse e ritenute meritevoli e bisognose di pena dalla collettività all'esito del dibattito politico-criminale<sup>15</sup>. Quest'ultimo non è più appannaggio esclusivo dello Stato, che vi prende parte invece *al pari* degli altri *attori del consenso sociale* (in primo luogo, l'"attore-comunità")<sup>16</sup>.

Il risultato è un diritto penale che dà voce alla volontà collettiva democraticamente manifestata, specchio del pluralismo sociale e necessariamente laico.

Con queste premesse, il potere che il diritto penale tuttora esercita in danno del cittadino (reo) non può che essere – a differenza che in passato – *socialmente condiviso*. L'applicazione della norma penale e *par cascade* della sanzione è il sintomo dell'esistenza di un contrasto fra il reo (*rectius* una sua *condotta* determinata) e il resto della collettività; e non più fra reo e Stato, inteso come depositario dell'ordine costituito. Che fra le parti concrete della vicenda criminosa sia presente un *conflitto sociale* non è più oggetto di mistificazione; il diritto penale a legittimazione democratica non solo non nega tale conflitto, ma tende anzi a proporsi come strumento di *mediazione* del medesimo.

Con l'ingresso del fattore democratico nel modello di legittimazione del diritto penale si spezza infine la dinamica circolare già evidenziata nella forma 'pura' dell'autoritarismo penale, poiché l'operatività del sistema è influenzata dalla *correlazione* tra diritto penale e contesto sociale di riferimento e non più soltanto dall'esigenza di (ri-)affermare con la forza l'ordine costituito.

## II. L'EPOCA DELLA TRANSIZIONE

### 1. *Tesi: la dialettica tra fondamento autoritario e legittimazione democratica*

La mia tesi è che il fondamento autoritario rappresenti, per il diritto penale, un vero e proprio *masso erratico* – ineliminabile – rispetto al quale la legittimazione democratica innesca una dinamica di tipo centrifugo.

Il fondamento autoritario è un elemento *coessenziale* e, appunto, *genetico* di ciò che l'espressione "diritto penale" denota in generale (e ha denotato nelle diverse

Napoli, 2006, e *ivi*, segnatamente, G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, p. 131 ss.

<sup>15</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 3 ss.

<sup>16</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 867 ss.

epoche); un *nucleo* strutturale che non può essere sottratto allo strumento giuridico in questione, se non al prezzo di trasformarlo in una grandezza normativa differente.

La matrice democratica, affiancandosi a tale nucleo quale ragione fondante del diritto penale, si pone in dialettica con esso non tanto per ciò che concerne l'individuazione della pena come risposta sanzionatoria, sulla quale autoritarismo e legittimazione democratica hanno invece dimostrato di convergere costantemente<sup>17</sup>, quanto invece:

(a) per la selezione della *materia* da assegnare alla competenza del diritto penale (*i.e.* i valori da tutelare);

(b) la definizione del *modo di disciplina* attraverso il quale implementare la tutela penale (*i.e.* il modello di incriminazione);

e, in definitiva,

(c) il *lessico* da riservare al discorso penale nell'alternativa fra lessico *bellico* e lessico *riconciliativo*.

## 2. I campi di battaglia

La dialettica tra autoritarismo e democrazia nei tre ambiti sopra indicati (*materia, modo di disciplina e lessico*) rende particolarmente evidente l'attuale *compresenza* delle matrici autoritaria e democratica quali ragioni fondanti del diritto penale.

In un'ottica evolutiva è possibile associare un determinato atteggiarsi dei profili citati all'avvicendamento tra un diritto penale a fondamento (solo) autoritario e un diritto penale a legittimazione (anche) democratica, nel senso che l'uno – originario – tende(va) a distinguersi dall'altro – storicamente successivo – proprio per materia, modo di disciplina e lessico adottato. L'analisi aggiornata mette invece in evidenza che ora i due paradigmi *coesistono*, ma secondo un *regolamento di competenza* non del tutto chiaro e dai confini che mutano in base agli esiti contingenti del dibattito politico-criminale.

Soprattutto nei settori più esposti alle tensioni della modernizzazione<sup>18</sup>, l'intreccio tra “legittimazione democratica” e “fondamento autoritario” – ipostatizzato, ancora una volta, nella dicotomia che contrappone *garantismo* ed *effettività* della

<sup>17</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 524 s., 538.

<sup>18</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1224 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, p. 33 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 174 ss.

tutela – appare così stretto che anche l'individuazione di *sotto*-sistemi, distinguibili in quanto tali all'interno del diritto penale e *integralmente* ispirati all'una o all'altra *ratio*, rischia di ridursi ad una semplificazione scolastica.

Il dato costante, nell'indagine, è piuttosto il riconoscimento del carattere *permanente* – anche nel diritto penale degli ordinamenti liberaldemocratici e a prescindere da settorializzazioni per campi di intervento – della dialettica tra democrazia e autoritarismo, proprio perché quest'ultimo appartiene al DNA dello strumento giuridico penale ed è solo mitigato (per di più, in forza, di un 'accidente' storico) dal contraltare del fattore democratico.

Controprova: a fronte delle richieste di pena fomentate dalle diverse rappresentazioni della criminalità<sup>19</sup>, il legislatore penale è perennemente esposto alla tentazione di sbilanciare la contrapposizione a favore della matrice autoritaria<sup>20</sup>, intervenendo sulla fattispecie incriminatrice o sugli istituti che ne precedono o ne accompagnano l'applicazione (quali ad esempio, rispettivamente, le misure di prevenzione e la disciplina del processo penale).

Una tale consapevolezza dei rapporti di forza dovrebbe richiamare l'attenzione sull'importanza di vigilare sulla *tenuta* della matrice democratica, che incarna sempre uno 'sforzo di razionalizzazione' da parte del legislatore penale sia sul piano della ponderazione delle scelte di criminalizzazione, sia per quanto riguarda il riconoscimento e l'attuazione delle garanzie che frenano l'azione del sistema penale a presidio della libertà individuale.

### 2.1. La materia del diritto penale

Per quanto riguarda la selezione dei *valori* da tutelare con lo strumento penale, la dialettica tra autoritarismo e democrazia può essere colta sia in senso *qualitativo*, sia in senso *quantitativo*.

(aa) *In senso qualitativo* – la matrice autoritaria spinge il diritto penale a impegnarsi anche in campagne *lato sensu* di moralizzazione della società, mentre la matrice democratica, influenzata – come s'è detto – dal pluralismo sociale e dal valore della laicità, fomenta un processo di secolarizzazione del perimetro delle incriminazioni. E un esempio di quanto la contrapposizione sia attuale da questo punto di vista è costituito dal persistente dibattito sulla rilevanza penale o meno

<sup>19</sup> Cfr. G. FORTI - M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005; C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 490 ss. Da ultimo, in prospettiva spiccatamente criminologica R. BIANCHETTI, *Mass media, insicurezza sociale e recenti orientamenti di politica penale*, Milano, 2012.

<sup>20</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1020 s.

di condotte che riguardano l'inizio e la fine della vita: si pensi, da un lato, al tema della fecondazione assistita e, dall'altro lato, al tema dell'eutanasia<sup>21</sup>.

(bb) *In senso quantitativo* – la concezione autoritaria, funzionale alla riaffermazione dell'ordine costituito nello Stato, tende a incrementare gli spazi da assegnare al diritto penale come strumento di disciplina, poiché la norma penale in quest'ottica è considerata il mezzo più idoneo per raggiungere l'obiettivo; per il carattere inviolabile che riconosce alla libertà personale, la concezione democratica valorizza invece nel dibattito politico-criminale il profilo del *bisogno di pena*, ossia la ricerca di alternative di tutela meno afflittive e più efficaci e dunque eventualmente anche interventi di depenalizzazione<sup>22</sup>.

Il permanere di una dialettica anche a tale riguardo è testimoniato dalla frequenza con la quale, al cospetto delle istanze di tutela che l'attualità del dibattito politico presenta come più urgenti soprattutto sotto l'incalzare del sentimento di insicurezza collettiva, il legislatore ricorre alla norma penale come *prima* – e non già come ultima – *ratio*.

La scienza penalistica ha sinora formalizzato il fondamento *assiologico* del diritto penale, ossia i valori che quest'ultimo si prefigge di salvaguardare, attraverso la categoria del *bene giuridico*. E, in effetti, il contrasto appena evidenziato tra principio autoritario e legittimazione democratica può essere colto anche ripercorrendo la storia di questo *topos*<sup>23</sup>.

### 2.1.1. *Il bene giuridico tra democrazia e autoritarismo*

#### 2.1.1.1. *Le origini del topos e gli idealtipi d'ispirazione autoritaria o democratica*

Storicamente il bene giuridico, la cui ascendenza è notoriamente ottocentesca, vive di vita nuova (un'autentica *renaissance*) fra la fine degli anni '60 e gli anni '80 del Novecento nell'esperienza italiana e non solo, allorché trova un collegamento con le Costituzioni (*rigide*) nazionali.

Fino a quel momento era un concetto puramente *formale ed endo-sistemico*,

<sup>21</sup> In tema di fecondazione assistita, cfr. E. DOLCINI, *Fecondazione assistita e diritto penale*, Milano, 2008. In tema di eutanasia, ancora fondamentale lo scritto pionieristico di S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 670 ss.; nonché *funditus* M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, e il collettaneo multidisciplinare di S. CANESTRARI, G. CIMBALO - G. PAPPALARDO, *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino, 2003.

<sup>22</sup> Cfr. C. E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 375 ss.

<sup>23</sup> *Amplius*, per tale ripensamento, rinvio a C. E. PALIERO, *La "doble función" del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano*, in S. MIR PUIG - J. J. QUERALT JIMÉNEZ (diretto da), *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Valencia, 2010, p. 139 ss.

con funzioni puramente *ermeneutiche* (al più sistematiche); da quel momento in poi ‘risorge’ come concetto *materiale* ed *eso-sistemico* con funzioni *critiche* e *meta-ermeneutiche* (di potenziale erosione ablativa della norma penale).

Si cristallizza così la *prima dicotomia moderna* del *topos*:

(a) funzione ermeneutica *versus* funzione critica,

che sotto il profilo materiale, o dei contenuti, si sviluppa in:

(aa) criterio *conservativo* (della legislazione positiva) *versus* criterio *deflattivo* (della legislazione positiva) – limitativo *in bonam partem*, ovvero *decriminalizzante*.

In tale nuova prospettiva, e al suo sorgere, la fondazione di questo nuovo volto del bene giuridico è posta nella Costituzione<sup>24</sup>.

*Ratio essendi* e *ratio cognoscendi* del concetto nella sua dimensione *materiale* è la tavola dei valori costituzionali (la Costituzione è la *fonte del bene giuridico*).

Attore del controllo *critico* delle scelte di criminalizzazione orientato al “criterio della (sola) tutela dei beni giuridici” diviene pertanto la Corte costituzionale che è legittimata a superare il suo tradizionale *self restraint* con riguardo alle scelte discrezionali del legislatore sul se e quanto incriminare, tutte le volte in cui la criminalizzazione *non* riguardi uno di quegli interessi *qualificati* definibili come *bene giuridico*, in quanto assurdi, *direttamente o indirettamente*, a rango costituzionale.

L’operatività del concetto di bene giuridico, quale elemento sia di ispirazione sia di verifica delle scelte legislative di criminalizzazione, è improntata, in questo scenario, al criterio di *necessità* (costituzionale).

Ma il criterio di *necessità*, qui richiamato, è al tempo stesso *ambivalente* e *preciso*:

- è ambivalente, perché annovera almeno due varianti di significato, potendo essere inteso tanto come sinonimo di “tutela strettamente necessaria” (*poena extrema ratio*), quanto come sinonimo di “necessità di tutela” (*poena prima ratio*);
- è preciso, perché ciascuna variante ha una portata inequivoca, soprattutto per quanto riguarda gli effetti di contrazione o espansione del penalmente rilevante riconducibili, rispettivamente, alla necessità interpretata come “tutela strettamente necessaria”, da un lato, e alla necessità interpretata come “necessità di tutela”, dall’altro lato.

<sup>24</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig.*, vol. XIV, Torino, 1973, p. 7 ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano, 1974; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, in Italia. Nella dottrina tedesca questo percorso è stato pionieristicamente compiuto da W. SAX, *Grundsetze der Strafrechtspflege*, in BETTERMANN, NIPPERDEI, SCHEUNER (a cura di), *Die Grundrechte*, III. Band, II. Halbband, Berlin, 1959, p. 909 ss.; A. HAMANN, *Grundgesetz und Strafgesetzgebung*, Neuwied, 1963; M. MARX, *Zur definition des Begriffs ‚Rechtsgut‘. Prolegomena einer materialen Verbrechenstheorie*, Köln, 1972; C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in Id., *Strafrechtliche Grundlagprobleme*, Berlin, 1973, p. 5 ss.

Si stabilisce dunque una correlazione biunivoca – anzi *due* correlazioni biunivoche – fondamentali:

[a] concezione materiale/critica ↔ funzione limitativa  
*versus*  
 concezione formale/ermeneutica ↔ funzione conservativa

Con due conseguenze, almeno in via provvisoria:

[aa] L'esercizio della funzione critica è di esclusiva pertinenza della giustizia costituzionale, mentre alla giustizia ordinaria è riservato il (solo) esercizio della funzione ermeneutica (per risolvere singoli problemi interpretativi: in tema di concorso o conflitto di norme, di successione di leggi nel tempo, etc.).

[bb] L'eventuale impatto del vaglio critico sulle scelte criminalizzatrici può solo tradursi in decisioni *in bonam partem*, restringendo e mai ampliando l'area della punibilità.

Trasponendo il discorso all'interno della dialettica tra autoritarismo e democrazia, il diritto penale a fondamento autoritario vede nel bene giuridico un concetto *formale* ed *endo-sistemico*, con *funzione ermeneutica* e, al più, *sistematica* della legislazione penale esistente: in simile prospettiva, il bene giuridico funge da criterio di *conservazione* dell'arsenale penalistico, limitandosi a ratificare *ex post* le scelte di criminalizzazione già operate dal legislatore.

Viceversa, il diritto penale a legittimazione democratica attribuisce al concetto di bene giuridico una valenza *materiale* e, conseguentemente, *critica* rispetto al diritto penale positivo: il bene giuridico rappresenta infatti il valore, sulla cui meritevolezza di pena si è coagulato il consenso sociale *prima e a prescindere* da un'iniziativa legislativa; alla stregua del principio di necessaria offensività la categoria in questione opera come termine di riferimento e di controllo della norma incriminatrice *legittima*, intervenendo – peraltro più in teoria che in pratica, come noto – in senso *ablativo* e limitativo *in bonam partem* sulla legislazione penale esistente.

Con riferimento all'esperienza italiana, si osserva anzitutto, sotto il profilo cronologico, come la Corte costituzionale sia rimasta sostanzialmente inerte nella 'fase aurea' (durata fino a poco oltre la metà degli anni '80) di elaborazione concettuale del *topos*, iniziando solo dopo la metà degli anni '90 e nei primi anni 2000 a valorizzare il criterio del bene giuridico come strumento di controllo e di legittimazione delle norme penali. Ma, nel momento in cui entra operativamente nell'arsenale interpretativo della Corte costituzionale, il *principio della tutela dei beni giuridici*, in funzione *critica* è utilizzato *in misura irrisoria* ed esclusivamente per delegittimare norme incriminatrici marginali, sia sotto il profilo assiologico del (dis)valore socia-

le, sia sotto il profilo criminologico dell'impatto statistico nella prassi<sup>25</sup>.

La Corte costituzionale ha viceversa sfruttato meglio il paradigma orientato sul bene giuridico come strumento di *razionalizzazione quantitativa del sistema penale*, facendo in particolare leva sul *principio di eguaglianza*.

Sostanzialmente neutralizzato – o quanto meno minimizzato – il ricorso al *criterio* (selettivo) *di necessità*, si attiva il più consolidato e praticabile (soprattutto, meno ancipite) *criterio ragionevolezza/proporzione* nella dialettica sanzione-offesa. Si interviene, in altri termini, non sull'*an* dell'incriminazione, ma sul *quantum* della sanzione.

Di norma ciò accade per espungere dall'ambito del penalmente rilevante ipotesi di sproporzione *assoluta* (che investono cioè il rapporto tra pena comminata, da un lato, e bene tutelato o offesa, dall'altro lato) o di sproporzione *relativa* (con riguardo cioè ad ipotesi simili alle quale il legislatore ha riservato *irragionevolmente* un trattamento diverso). Il riferimento al sistema dei beni giuridici non è qui (diciamo) allo stato puro, ma collegato al principio di uguaglianza, inteso in senso ampio quale 'principio di coerenza' o proporzione interna del sistema normativo, in ordine al rapporto fra beni giuridici e forme di tutela (uguale trattamento di beni uguali, differenziazione del trattamento in funzione della diversità di situazioni)<sup>26</sup>.

Ad ogni modo, anche in questo caso nessun precetto penale è realmente 'caduto', nel senso di una sua totale estromissione dal sistema, posto che con la dichiarazione di parziale illegittimità la Corte costituzionale ha semplicemente ampliato la portata della fattispecie *minor* (ad esempio, il delitto di ingiuria rispetto all'oltraggio).

#### 2.1.1.2. *La prima frattura del paradigma*

Il parallelismo evidenziato dalle correlazioni biunivoche appena tracciate è però destinato a spezzarsi molto presto e su entrambi i fronti: sia della concezione formale/ermeneutica, sia della concezione materiale/critica del bene giuridico.

(α) La funzione *limitativa* assunta dall'approccio formale/ermeneutico: la teoria dei fatti inoffensivi conformi al tipo nell'interpretazione costituzionale.

La corrispondenza biunivoca viene meno anzitutto – ma *in bonam partem!* – nel

<sup>25</sup> Si tratta in particolare di fattispecie così caratterizzate: reati bagatellari propri, reati senza vittima, reati che tutelano beni-tabù (secondo la sistematica di W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a. M., 1973, p. 160 ss.). Cfr. in particolare Corte cost. 21-25 maggio 1987 n. 189 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 1 e 3 della l. 24 giugno 1929 n. 1085; Corte cost. 10-17 luglio 2002 n. 354 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 688 c. 2 c.p.

<sup>26</sup> D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 525 s. Cfr. Corte cost. 5 maggio 1979 n. 26 con la quale la Corte ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 186 c. 1 e c. 2 c.p.m.p.; Corte cost. 19-25 luglio 1994 n. 341 con la quale la Corte ha dichiarato illegittimo l'art. 341 c. 1 c.p.

senso di una *espansione della funzione critica anche nell'uso ermeneutico* del concetto di bene giuridico.

È in questo terreno di coltura che nasce la *teoria dei fatti inoffensivi conformi al tipo*<sup>27</sup> che contiene l'invito rivolto anche al giudice *ordinario* di interpretare le norme in modo *costituzionalmente orientato restringendo* la fattispecie, anche dotata di un bene giuridico legittimo, in modo da escludere la stessa tipicità dei fatti formalmente conformi al tipo ma *non offensivi del bene giuridico*.

*Si dice:*

– Come “dalla funzione costituzionale della pena e più in generale dalla struttura intera della nostra Costituzione discende, *per il futuro legislatore*, il vincolo ad elevare a reati solo quei fatti che siano concretamente offensivi di “entità reali”, il cui significato di valore trovi nella Costituzione stessa un preciso riconoscimento; così *per l'interprete* delle norme penali in vigore, dalla stessa fonte discende l'obbligo di adattare alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo ai fatti concretamente offensivi e offensivi in misura apprezzabile”<sup>28</sup>.

(β) La funzione *espansiva* assunta dall'approccio materiale/*critico*: la problematica degli obblighi costituzionali di tutela penale.

Più grave è la torsione della citata corrispondenza biunivoca in senso inverso – e *in malam partem!* – che porta a una vera e propria rottura del paradigma.

Nasce infatti in quegli stessi anni – a metà degli anni '70 – l'istanza volta a fondare, *sempre orientandosi sul bene giuridico*, non più (soltanto) dei *limiti*, ma anche degli “*obblighi costituzionali di tutela penale*”. Come noto, banco di prova specifico di questo nuovo *trend* è rappresentato dalla legittimità o meno dell'incriminazione dell'aborto, ma soprattutto della sua *depenalizzazione*, questione che porterà a tre importanti sentenze della Corte costituzionale italiana, austriaca e tedesca le quali perverranno a tre diverse soluzioni (antitetiche fra loro sono soprattutto quella austriaca e quella tedesca).

Qui la prospettiva tende a rovesciarsi. Ci si chiede se il bene “vita”, che comunque è coinvolto – sia pure in una prospettiva molto particolare – dalla problematica dell'aborto, proprio in quanto indiscutibilmente bene di rango costituzionale, non imponga al legislatore non già divieti di criminalizzazione, ma invece un *obbligo di criminalizzazione* o di *maggiore criminalizzazione*, connesso ad un dovere di tutela necessariamente penale dei settori che coinvolgono beni essenziali individuali o collettivi.

E proprio in questi anni, rispetto a uno scenario di tutela tutt'affatto diverso, l'ulteriore pressione verso una funzione di impulso e non di remora alla crimina-

<sup>27</sup> F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 3 ss.

<sup>28</sup> F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, cit., p. 36.

lizzazione viene data – anche con ricorsi alla Corte costituzionale in Italia – a una richiesta di maggior tutela della salute collettiva in relazione ai fatti di inquinamento ambientale<sup>29</sup>.

Comincia a profilare così un secondo paradigma di orientamento sul bene giuridico costituzionalmente fondato: con riferimento alla funzione materiale salta la correlazione “funzione critica ↔ funzione limitativa”, nel senso che il riconoscimento costituzionale di un interesse come bene giuridico può risolversi *sia* in un intervento di *riduzione sia* in un intervento di *espansione* del penalmente rilevante e, quindi, in potenziali pronunce delle Corti costituzionali tanto *in bonam*, quanto *in malam partem*.

### 2.1.1.3. *Il cambio di paradigma: il bene giuridico da argine a volano della criminalizzazione*

Nel recente passato il paradigma costituzionale del bene giuridico ha svolto un ruolo scarsamente utile, *ma non* dannoso sotto il profilo delle garanzie e della razionalità: dotato di una funzione, non tanto *limitativa* delle scelte di criminalizzazione operate dal legislatore, quanto piuttosto *limitata*.

Nello specchio rappresentato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, l'utilità pratica riconosciuta al bene giuridico, ancorché limitata, è risultata ancora circoscritta ad una valenza *restrittiva*, e non anche *espansiva* dell'area del punibile: *in bonam* e non *in malam partem*. Al di là dell'obbligo di criminalizzazione rappresentato dall'art. 13 c. 4 Cost. che vieta “ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”, l'assetto costituzionale sembra fino a questo momento negare che il principio di tutela dei beni giuridici possa svolgere funzione *propulsiva* o *pedagogica*, imponendo al legislatore l'opzione penale per la *sola presenza* di un bene giuridico di rilevanza costituzionale.

La situazione muta nel passaggio all'attualità, compromettendo l'equilibrio maturato nelle fasi precedenti: a fronte di una sostanziale latenza di un reale vaglio critico da parte della Corte costituzionale o, a livello preventivo, di una auto-limitazione da parte di un legislatore costituzionalmente orientato, il concetto di bene giuridico non ha svolto alcuna funzione di decriminalizzazione in senso riequilibratore; viceversa, esso è stato utilizzato come strumento di impulso o di propaganda per campagne di sempre più ampia criminalizzazione.

Il bene giuridico cessa di rappresentare uno strumento che le competenti istanze – *in primis*, la Corte costituzionale – sono propense ad utilizzare in misura *limitata ma* – come s'è detto – *non dannosa*; ora, infatti, anche volendo trascurare una valutazione in termini di utilità, il ricorso al concetto di bene giuridico, in quanto volano della criminalizzazione, diviene fisiologicamente *dannoso*.

<sup>29</sup> Cfr. l. 10 maggio 1976 n. 319, c.d. “legge Merli”.

(a) Un primo fattore del cambiamento è rappresentato dall'ambivalenza, già evidenziata e venutasi via via approfondendo, del *criterio di necessità* della tutela penale.

Sin dalla fine degli anni '90, quest'ultimo ha incarnato il principale criterio politico-criminale, nel quale la funzione materiale e critica del bene giuridico era veicolata e gestita: la "necessità della tutela" era intesa come "tutela strettamente necessaria" (*poena extrema ratio*), ossia limitata alle ipotesi di *presenza* di un bene giuridico; così che il criterio di necessità rappresentava, in un certo senso, il *rationale* funzionale del concetto di bene giuridico.

Ma il criterio di necessità si caratterizza, come s'è detto, per una intrinseca ambiguità, perché "tutela necessaria" può voler dire tanto "tutela strettamente necessaria" e, quindi, operare in funzione *limitativa* della criminalizzazione, quanto "necessità di tutela" con effetto, viceversa, *propulsivo* rispetto alle scelte di penalizzazione (*poena prima ratio*).

(b) L'ambivalenza del criterio di necessità si salda con l'espansione post-moderna del sistema dei beni giuridici, dando vita ad un allargamento complessivo del penalmente rilevante.

Rispetto alla sistematica dei beni giuridici che poteva ritenersi consolidata sul finire degli anni '90, va registrata attualmente l'assoluta perdita di collegamento con la funzione storica originaria del paradigma del bene giuridico, cioè con la sua funzione *selettiva*, tendenzialmente orientata a un *diritto penale minimo*: il diritto penale contenuto nei valori costituzionali, che come tali sono *limitati*, di *primaria importanza* e soprattutto *essenziali* a quella che potremmo definire come *Grundnorm sociale* di una organizzazione statale storicamente contingente.

L'espansione senza limiti degli oggetti della categoria "bene giuridico" ha un'origine concettuale incistata nelle prime enunciazioni del *topos*, allorché da parte dei suoi primi teorici<sup>30</sup>, per reagire a critiche di eccessivo concettualismo, si introduce il concetto di *rilevanza costituzionale implicita*; concetto per la sua vaghezza non facilmente utilizzabile come termine e come confine e invece *per se* atto a consentire una proliferazione *senza limiti* di interessi etichettabili, per connessione soltanto implicita con la tavola (finita) dei valori costituzionali, come *beni giuridici*.

In tale cornice si inserisce il secondo elemento di espansione, e cioè l'irrompere epocale sulla scena di una società tecnologica e tecnocratica inevitabilmente produttiva di un diritto penale moderno, che proprio sull'*espansione della tutela* e sull'*arretramento* delle sue soglie, sulla *proliferazione di beni giuridici sempre più artificiali e immateriali* basa la sua esistenza.

La modernizzazione del diritto penale post-capitalistico della c.d. "società del

<sup>30</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 16.

rischio” – ma non solo di quella – comporta una sempre maggiore *amministrativizzazione* (o “burocratizzazione attraverso pena”) delle situazioni complesse attraverso la creazione artificiale dei beni giuridici<sup>31</sup>.

Emblematica, in questo senso, la nascita del *bene giuridico funzionale* (con l'avvento di un vero e proprio *funzionalismo nella politica dei beni giuridici*), che sovrappone e soppianta la concezione *personalistica* del bene che aveva costituito il nerbo della concezione costituzionalmente orientata di bene giuridico. Viene così meno qualsiasi argine alla proliferazione di beni *strumentali e intermedi*, atteso che esisteranno sempre beni *finali di copertura* e questi beni, proprio in quanto finali, sono per definizione *costituzionali* nel senso più rigoroso possibile. Un esempio classico, in questa direzione, è la creazione artificiale del *topos* immaginario della “sicurezza collettiva” che ha come bene finale di copertura niente meno che il *Grundrechtsgut* della vita dei cittadini<sup>32</sup>.

(c) Un ulteriore punto di fuga in avanti delle scelte di criminalizzazione veicolato dal concetto di bene giuridico è rappresentato dalla sostanziale rottura dello stesso vincolo garantista al *principio di laicità*, in base al quale non sono incriminabili condotte di per sé sola espressione di – ovvero di per sé solo contrarie a – un credo religioso, della morale, di un qualsivoglia *way of life*, risultando illegittime norme penali che conculchino il diritto di autodeterminarsi sotto il profilo religioso, etico o comportamentale privato.

Simile frattura ha invece portato oggi a politiche di criminalizzazione – già attuata o solo progettata – di scelte di vita o di opzioni del foro interiore (etiche, religiose, ideologiche); politiche a loro volta orientate da uno piuttosto che da un altro modello confessionale, etico, ideologico. Emblematiche, in tale senso, in Italia, come già segnalato, la recente legislazione in materia di procreazione medicalmente assistita e di tutela dell'embrione (l. 19 febbraio 2004 n. 40), per l'attuale; in prospettiva, le pressioni per una disciplina, inevitabilmente anche penale, del ‘fine-vita’ che potrebbero portare – sul terreno, ad esempio, della configurazione di un testamento biologico – ad obblighi di tutela penale ‘meta-vitali’, che sopravvivano cioè alla stessa vita naturale (si potrebbe parlare, in tale ipotesi, di una tutela penale del “cadavere vivente”; vivente *in quanto* attaccato alla macchina!).

Le accennate opzioni di criminalizzazione rappresentano – e rappresenterebbero ancor più in un futuro – il terreno di coltura per rendere vitali le spinte proprie di alcuni ambienti sociali che ambiscono a sollecitare un intervento *propulsivo* della

<sup>31</sup> J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas Ediciones S.L., 1999, trad. it., Milano, 2004, p. 9 ss.

<sup>32</sup> Cfr. M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3558 ss.; M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano, ibi*, 2009, p. 805 ss.; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 547 ss.

Corte costituzionale, allo scopo di ripristinare tutele penali rafforzate, qualora sui temi indicati intervenissero leggi più permissive: va segnalato, peraltro, come non manchino in Italia tensioni aggressive dell'attuale legislazione in materia di aborto e come un'eventuale disciplina permissiva sul fine-vita verrebbe prevedibilmente contrastata con lo slogan "no all'eutanasia" e *contra* un affievolimento dell'*obbligo* di tutela penale del *bene giuridico* 'vita' in tutte le sue forme.

(d) L'ultimo e più devastante attacco alla funzione *critica* del criterio del bene giuridico nella sua versione originaria e *limitatrice* deriva dalla dimensione comunitaria oggi assunta dalla politica criminale, che si sviluppa in due punti fondamentali.

(i) All'origine le indicazioni sanzionatorie di matrice comunitaria erano indifferenziate tra penale e para-penale e civili, ma sempre più spesso esse si trasformano in opzioni orientate specificamente alla sola *criminalizzazione*. Il che consente di affermare che il 'travestimento comunitario' del *topos* o paradigma del bene giuridico svolge una funzione *ab origine* criminalizzante e non limitativa, nel senso cioè di una *richiesta di criminalizzazione* e non di un *limite alla criminalizzazione*.

(ii) L'esigenza di tutela degli interessi comunitari – formalizzabile, ad uso e consumo della scienza penalistica, come "teoria del bene giuridico *comunitario*" – tende a sovrapporsi, a surrogare e a volte a soppiantare *tout court* l'originario paradigma archetipico della "teoria del bene giuridico *costituzionale* (o costituzionalmente orientata)". Ma questo 'nuovo' paradigma, non avendo alle spalle una Carta costituzionale, né un sistema di Costituzione rigida, non incontra vincoli di sorta nel proprio cammino di espansione. Il bisogno di tutela espresso, nei campi più diversi, dall'Unione europea non ha cioè *limiti di corrispondenza* ad una tavola di valori, neppure finali, e dunque non è chiamato a dialogare con nessun contrappeso formalizzato e rigido che ne limiti lo sviluppo. Per tale ragione, la sistematica del bene giuridico comunitario diviene, per definizione, il terreno di coltura privilegiato di *beni artificiali*.

Con la creazione di meta-beni giuridici a livello comunitario, il "principio di necessità della tutela" non solo emancipa irreversibilmente il concetto di bene giuridico dalla funzione di limite della criminalizzazione, ma addirittura produce obblighi coattivi di criminalizzazione di condotte tipicamente inoffensive – e dunque prive di un bene giuridico retrostante, pure finale –; condotte, in realtà, puramente repressive di scelte ideologiche o di 'vite disolute' a livello comunitario.

Nella sistematica dei beni giuridici comunitari che distingue beni strumentali all'*esistenza*, al *funzionamento* e all'*identità* dell'Unione europea<sup>33</sup>, se la prima tipologia (beni *esistenziali*) può benissimo essere assimilata – *mutatis mutandis* e con un

<sup>33</sup> C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

certo sforzo di ‘antropomorfizzazione’ – al modello ‘interno’ di “bene *personalistico*” e la seconda tipologia (beni *funzionali*) si può ancora apparentare, sia pure con qualche sensibile forzatura, al concetto di “bene istituzionale” (non diversamente dalla Pubblica Amministrazione, o dall’Amministrazione della Giustizia), rispetto alla terza categoria (i beni *identificativi*) la fuga verso una *volatilizzazione* completa del substrato *materiale e critico* della categoria del bene giuridico appare inarrestabile.

In questa terza categoria, infatti (beni strumentali all’identità dell’UE), il bene è considerato meritevole di tutela “perché *idoneo a rappresentare* l’Unione europea come spazio di libertà, sicurezza e giustizia”<sup>34</sup>.

Si tratterebbe di beni sulla cui *necessità di tutela* sarebbe costruita l’identità stessa dell’Europa intesa come organizzazione di Stati e di popoli:

– “La penalizzazione, in quest’ottica, riveste prima di tutto una funzione espressiva, di messaggio che il sistema europeo rivolge alla comunità che deve aggregare”<sup>35</sup>.

Ma sono queste, come noto, le cadenze tipiche del diritto penale c.d. simbolico, che è tale proprio in quanto, in certa misura, *prescinde* da una valutazione della *necessità* di tutela, sia in termini di bisogno, sia in termini di proporzionalità e di adeguatezza.

Il settore principale, nel quale si esplica questa tendenza alla criminalizzazione fomentata dal legislatore comunitario, coincide con la repressione del razzismo e della xenofobia, che – in base all’art. 67 par. 3 TFUE – rappresenta un obiettivo primario per il raggiungimento di un livello elevato di sicurezza. È qui che va collocata la criminalizzazione del negazionismo, imposta dall’Azione comune concernente l’azione contro il razzismo e la xenofobia del 15 luglio 1996 e rispetto alla quale la “Proposta di decisione quadro del Consiglio sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia” del 17 aprile 2007 indica anche la comminatoria corrispondente (da tre a sei anni di reclusione).

Un altro settore, nel quale il legislatore comunitario esprime un’istanza di tutela penale dei beni strumentali all’identità dell’UE, è quello relativo alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile<sup>36</sup> che include nella sfera del punibile le condotte connesse alla pornografia minorile e virtuale.

Ma si tratta allora, in quest’ultimo caso, di “porre la sanzione penale a sostegno di una *mera censura morale* senza tenere conto di ciò che deve essere tutelato, il minore in carne ed ossa, che è l’unico bene che possa giustificare una tutela penale ad ampio raggio fino a colpire la mera detenzione del materiale prodotto con la sua

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>36</sup> Si veda la relativa Decisione quadro del Consiglio dell’UE del 22 dicembre 2003 e da ultimo la Direttiva 2011/92/UE.

utilizzazione, e non certo vaghe preoccupazioni sulla diffusione di un fenomeno di devianza senza riscontri scientifici in ordine ad effettivi riflessi negativi rispetto ai minori. (...) Si persegue, dunque, il vago obiettivo di soppressione di un'idea, per quanto ripugnante, a costo dei reali diritti di libertà di individui in carne ed ossa<sup>37</sup>.

Analogo discorso può essere svolto circa l'incriminazione della "idea" – ovviamente non meno rivoltante – di cui sono portatori i negazionisti.

In entrambi i casi, il criterio espansivo di *necessità* della tutela ha soppiantato il criterio restrittivo della tutela *necessaria*; la creazione *artificiale* di un bene giuridico immaginario (la *identità – culturale – dell'Unione*) è servita da schermo per frustrare *ab imis* lo stesso principio di *laicità* e 'legittimare' (imporre) la pena per tutelare la moralità.

## 2.2. Il modo di disciplina del diritto penale

La contrapposizione tra autoritarismo e democrazia in modo di disciplina investe, nello specifico, la tecnica di tipizzazione del reato e dà luogo alle seguenti dicotomie:

- (i) tipo chiuso *vs.* tipo aperto;
- (ii) fatto *vs.* autore.

La polarizzazione del paradigma penalistico a base democratica discende, sia per la prima che per la seconda alternativa, dalla preminenza assegnata in tale contesto alla libertà personale, riconosciuta come inviolabile in assoluto, a prescindere cioè che si tratti della libertà del destinatario (il reo) o del beneficiario (la vittima) della norma penale. Tale pre-giudizio fa propendere – nella prima alternativa – per il *tipo chiuso* che consente di massimizzare la *tassatività* della fattispecie incriminatrice; e – nella seconda alternativa – per l'opzione oggettivistica, ossia per la tipizzazione incentrata sul *fatto*.

Il paradigma a base autoritaria si orienta, di converso, sul tipo aperto ed è preferibilmente orientato sull'autore<sup>38</sup>.

Anche su questo versante, lo scenario penalistico attuale registra segnali di tensione tra matrice democratica e matrice autoritaria.

Da una parte, infatti, si assiste all'incremento di fattispecie tipizzate secondo lo schema del c.d. *reato d'obbligo*, che rappresenta il tipo aperto per eccellenza, sulla

<sup>37</sup> G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile*, in *Scritti Stella*, Napoli, 2007, II, p. 1117.

<sup>38</sup> Cfr. con riguardo all'esempio storico costituito dal diritto penale della Germania nazista G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, p. 438 ss.

scia della modernizzazione del diritto penale<sup>39</sup>; dall'altra parte, è sotto gli occhi di tutti l'impiego sempre più consistente – non solo frutto di legislazione, ma per fomento delle *performances* creative di un novello 'diritto penale giurisprudenziale' – di fattispecie incriminatrici incentrate *ex lege* o orientate dalla prassi sul tipo d'autore: gli esempi spaziano dal settore della lotta alla criminalità organizzata, a quello della repressione del terrorismo sino, da ultimo, alla legislazione penale riservata al fenomeno dell'immigrazione clandestina<sup>40</sup>.

### 2.3. Il lessico del diritto penale

Nell'enfatizzare il contrasto tra Stato e cittadino-reo, il diritto penale a fondamento autoritario impiega – da sempre – un lessico<sup>41</sup> di foggia *bellica*.

Per il fatto di essersi reso autore della condotta tipizzata dalla norma incriminatrice, che vale in sé come aggressione all'ordine costituito, il reo merita la *vis maxima* che di quell'ordine costituito è prerogativa, proprio *in quanto nemico* dello Stato; l'irrogazione della pena nei confronti del reo è un atto di auto-difesa da parte dell'autorità statale *in ogni caso, i.e.* a prescindere dal titolo di reato in concreto commesso, cioè non necessariamente offensivo della personalità dello Stato, che a ben vedere è il solo tipo di offese che può ricalcare a rigor di logica il paradigma rudimentale amico-nemico<sup>42</sup>.

Per contro, il diritto penale a legittimazione democratica non può che adottare un lessico semanticamente antitetico e cioè, in una parola, *riconciliativo*.

In questa cornice, come s'è visto, il reato è sintomo dell'esistenza di un conflitto fra il reo e la vittima, considerata *in sé e in quanto esponente* della collettività nella sua interezza. Viceversa lo Stato non è direttamente aggredito dalla condotta descritta dalla fattispecie penale, che in linea generale (con esclusione, come detto, dei soli delitti – peraltro, appunto e non a caso, di dubbia legittimazione democra-

<sup>39</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, cit., p. 1234; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, cit., p. 247 ss.; nonché A. GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi «tradizionali» alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, p. 54 ss., 118 ss.

<sup>40</sup> Sulla legislazione penale in materia di terrorismo, cfr. R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; sulla risposta del legislatore penale italiano al fenomeno dell'immigrazione clandestina, cfr. D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1077 ss.

<sup>41</sup> Sull'impatto del fattore semantico sull'evoluzione della *cultura* – globalmente intesa – del diritto penale v. ora le straordinarie riflessioni di G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1431 ss.

<sup>42</sup> Sul paradigma amico-nemico, cfr. A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, 1982.

tica – previsti dal Libro II, Titolo I c.p.) non mette in dubbio l'esistenza dell'autorità costituita.

Nella risoluzione del contrasto formalizzato dal reato, lo Stato resta dunque *terzo* rispetto al reo e alla vittima, riconoscendo che il fatto penalmente rilevante è comunque espressione di un'ostilità *immanente* all'organizzazione sociale e con effetti disfunzionali rispetto a quest'ultima. Le stesse ragioni, per così dire, *organizzative* che, a margine del *contratto sociale* di derivazione illuministica, hanno indotto a delegare allo Stato il potere di comminare e irrogare la sanzione penale, informano la gestione del conflitto sociale sotteso al reato: con lo strumento penale lo Stato non annienta un proprio nemico, ma pone le premesse per attuare una riconciliazione tra reo e vittima e così ricondurre al contratto sociale chi con la propria condotta ha 'rotto' il patto.

Anche se una delle peculiarità del diritto penale c.d. moderno può essere individuata appunto nell'adesione a un modello consensuale-riconciliativo nella risposta al reato<sup>43</sup>, non si può trascurare la tensione tra matrice autoritaria e matrice democratica anche a questo livello: il riferimento è, di nuovo, alle ricette penali approntate per rispondere a fenomeni come il terrorismo o l'immigrazione clandestina, ove il lessico del legislatore penale assume rispetto al reo i toni totalmente antagonisti del *Feindstrafrecht*<sup>44</sup>.

### 3. *Lassetto attuale: le persistenti stigmate dell'autoritarismo penale*

La riproposizione a più livelli della dialettica tra matrici di segno diverso fa sì che, pur nel quadro di ordinamenti giuridici liberaldemocratici, nel diritto penale attuale siano chiaramente riconoscibili le *stigmate* dell'autoritarismo.

<sup>43</sup> Cfr. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1129 ss.

<sup>44</sup> Sul c.d. diritto penale del nemico, cfr. – per la paternità dell'espressione – G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, 2000, p. 47 ss.; nonché successivamente ID., *Terroristen als Personen im Recht*, in *ZStW*, 2005, p. 839 ss. In senso radicalmente critico, v. per tutti: nella lettura tedesca, C. PRITTWITZ, *Krieg als Strafe - Strafrecht als Krieg*, in *Festschrift Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, p. 499 ss.; nella letteratura spagnola, F. MUÑOZ CONDE, *El nuevo Derecho Penal autoritario. Consideraciones sobre el llamado 'derecho penal del enemigo'*, in M. ONTIVEROS ALONSO - M. PELÁEZ FERRUSCA (a cura di), *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, Tomo I, Mexico D. F., 2003, p. 117 ss.; nella letteratura italiana cfr. per tutti M. DONINI - M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, cit.; nonché fra i diversi saggi M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss.; F. RESTA, *Lessico e codici del «diritto penale del nemico»*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 2785 ss.

In estrema sintesi, possono essere considerati veri e propri *marchi* di derivazione autoritaria i seguenti aspetti, che si rintracciano oggi in sistemi a struttura democratica come quelli del continente europeo e, in particolare, nel sistema italiano.

(i) Anzitutto, lo *strapotere dell'esecutivo* che, presentandosi come depositario principale (se non esclusivo) della forza dello Stato, *comprime* la tripartizione dei poteri e tende a imporsi sul primato della legge.

La scena italiana, in particolare, denuncia la crisi profonda del parlamentarismo e l'incontrastato predominio del potere esecutivo che, attraverso il ricorso massiccio alla decretazione d'urgenza, si appropria delle prerogative dell'istituzione parlamentare; sicché quest'ultima appare sempre più relegata al ruolo di mero ratificatore dell'indirizzo politico dettato dal governo in campo penale in nome della sicurezza e della stabilità dello Stato.

(ii) In secondo luogo, l'*unificazione* fra *devianza e reato* con la criminalizzazione artificiale, da un lato, della marginalità sociale nelle sue varie manifestazioni e, dall'altro lato, della mera difformità dalle regole che disciplinano la vita collettiva come norme sociali<sup>45</sup>.

(iii) In terzo luogo, la tendenza a costruire sub-sistemi repressivi *off-shore*, che si pongono in contrasto con le opzioni di base del diritto penale democratico.

Come noto, l'esempio più consolidato ed eclatante è rappresentato dal 'sub-sistema integrato' funzionale alla lotta alla criminalità organizzata, ma da ultimo altri esempi si vanno aggiungendo come, di nuovo, con riferimento al legislatore italiano, il modello approntato per prevenire e reprimere il fenomeno dell'immigrazione clandestina che con un'evidenza crescente, di novella legislativa in novella, sembra mirare all'obiettivo della pura deterrenza ponendo in sostanziale non cale i diritti fondamentali della persona (*rectius* della persona *straniera*)<sup>46</sup>.

#### 4. *Gli attori*

La dialettica tra matrice autoritaria e matrice democratica non è, per così dire, *monoprotagonistica*, ma si alimenta dell'operato di indistintamente tutti i diversi formanti del sistema penale, che finiscono molto spesso per influenzarsi a vicenda

<sup>45</sup> Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 320 ss., 346 ss.

<sup>46</sup> Cfr. per l'esegesi della normativa O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008; ID. (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009; in senso critico D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1077 ss.; F. VIGANÒ - M. VIZZARDI, *"Pacchetto sicurezza" ed espulsione: intenti legislativi e vincoli europei*, *ivi*, p. 813 ss.

sino ad apparire oggi, per certi aspetti, addirittura, da un lato, considerati come insieme, *inter-reattivi*, dall'altro lato, considerati *uti singuli*, talvolta *multifunzionali*.

La prima considerazione da farsi sul punto è che il catalogo tradizionale dei formanti si è arricchito di un nuovo elemento: accanto ai tradizionali formanti, legislativo, giurisprudenziale e dottrinario, è giocoforza oggi considerare come autonomo attore del sistema penale *lato sensu* inteso il *formante mediatico*, ossia i c.d. *mass-media* nella loro dimensione e funzionalità politico-sociale e, sempre più ossessivamente, politico-criminale *tout court*<sup>47</sup>;

In secondo luogo, va considerato che tra i diversi formanti non vige semplicemente un regime di contiguità, come segmenti collegati ma comunque autonomi e segregati, ma di *osmosi di fatto* che, nel contesto italiano, risulta particolarmente visibile.

Da un lato, si può notare una sempre più intensa *libertà di circolazione delle persone* da un formante all'altro. Accanto al fenomeno tradizionale dell'esponente della scienza penalistica o della giurisprudenza prestato al processo di formazione della legge penale per il tramite delle commissioni ministeriali 'di saggi', si fa sempre più consistente – anche in una sorta di *flessibilità delle carriere* non sempre ispirata ad un'effettiva rappresentatività della volontà popolare (complici, tra l'altro, le distorsioni indotte da alcuni aspetti del meccanismo di designazione elettorale, oggi al centro del dibattito politico) – il fenomeno della *interscambiabilità dei ruoli* tra gli appartenenti (professionalmente) al mondo scientifico, giudiziario o *soprattutto* mediatico e il formante legislativo.

Dall'altro lato, se consideriamo le peculiarità del caso italiano, ciò che emerge è una vera e propria *collisione* tra alcuni dei formanti del sistema penale con un conseguente intorbidamento delle specificità identitarie di ciascuno di essi. Tale dinamica riguarda, in particolare, formante legislativo e formante mediatico ed è innescata dalla *contestualità dei ruoli*: anche per effetto della crisi del parlamentarismo già evidenziata, il legislatore penale italiano infatti sembra oggi operare una *saldatura* tra formante legislativo e formante mediatico. L'idea che i *media* siano oggetto di una strumentalizzazione da parte degli esponenti politici è ampiamente superata: è il legislatore penale stesso che è *geneticamente* un *legislatore mediatico* o lo è diventato per ragioni di alleanza e/o di sopravvivenza nel teatro politico.

Ed è in questa saldatura che va ricercato il volano dell'espansione autoritaria oggi in atto nel sistema del diritto penale.

È l'essenza mediatica di questo legislatore, in primo luogo, a dettare l'agenda politica selezionando così le *materie* (i *valori*) da assegnare *prioritariamente* alla competenza del sistema penale; e, in secondo luogo, a imbastire – nella super-

<sup>47</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, cit., p. 523 ss., 528 ss.

ficialità 'opinionistica' dell'arena mass-mediatica, libera dai vincoli del confronto parlamentare – il *modo di disciplina* (soprattutto nel richiamato sbilanciamento sull'autore) e il *lessico* (bellico e non riconciliativo).

Né segnali ottimistici idonei a far pronosticare un superamento di simili tensioni autoritarie in un quadro istituzionale più ampio giungono dalla κοινή giuridico-istituzionale dello scacchiere europeo. Le istituzioni comunitarie, al contrario, quando dismettono le vesti di sovrastrutture acentriche e meramente burocratiche, sono le prime a impugnare – come s'è visto – il diritto penale come strumento di moralizzazione e di omogeneizzazione eticamente orientata della società – delle società: quelle 'naturali' insediate nel perimetro dei singoli Stati nazionali e quella artificiale virtualizzata da un immaginario esponente rappresentativo dell'*in sé* morale del soggetto politico-istituzionale "Unione Europea".



JOHN A.E. VERVAELE

EXTRAORDINARY RENDITION E SPARIZIONE FORZATA  
TRANSNAZIONALE NEL DIRITTO PENALE E NEL DIRITTO  
INTERNAZIONALE DEI DIRITTI UMANI <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Dalla detenzione preventiva a quella di sicurezza: un cambiamento paradigmatico? – 2. Extraordinary rendition: casi e numeri. – 3. Una panoramica politica dell'Europa. – 4. Extraordinary rendition e diritti umani applicabili nella prospettiva della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dell'Unione Europea. - 4.1. Giurisdizione. - 4.1.1. La Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici/Il Comitato per i diritti umani. - 4.1.2. La Commissione e la Corte Interamericana dei Diritti Umani. - 4.1.3. La Corte Europea dei diritti dell'uomo. - 4.2. Detenzione di sicurezza ai sensi del diritto internazionale dei diritti umani? - 4.2.1. La Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici/Il Comitato per i diritti umani. - 4.2.2. La Commissione e la Corte Interamericana dei Diritti Umani. - 4.2.3. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. - 4.3. Principi di diritto internazionale dei diritti umani in materia di estradizione o di consegna per ragioni di giustizia/extraordinary rendition (misure speciali amministrative-SAMS). - 4.3.1. La Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici/Il Comitato per i diritti umani. - 4.3.2. La Corte Interamericana dei Diritti Umani. - 4.3.3. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 5. Conclusioni. - 5.1. Sequestro e detenzione di sicurezza: obblighi positivi e negativi. - 5.2. Extra-ordinary rendition: nessuna carta bianca al potere esecutivo. Il controllo giudiziario. - 5.3. La dimensione transnazionale degli obblighi positivi e negativi derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani.

1. *Dalla detenzione preventiva a quella di sicurezza un cambiamento paradigmatico?*

In una società democratica la libertà dall'arresto o dalla detenzione arbitraria è un principio fondamentale dello Stato di diritto (Rechtsstaat). Esistono molteplici forme di arresto e detenzione *legittime*, nel senso sia di formalmente previste dalla legge, sia di conformi ai principi di protezione dei diritti umani. Questi metodi legali non fanno parte soltanto del *diritto penale*, ma anche di altre aree relative al potere punitivo dello Stato, come ad esempio il diritto dell'immigrazione (e delle espulsioni), o l'esecuzione delle misure amministrative di tutela dell'ordine pubblico ecc. Molte modalità di detenzione illegittime sono previste come reato nel diritto

<sup>(\*)</sup> Traduzione dall'inglese a cura di Giulia Checcacci, perfezionanda in diritto penale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

to nazionale e/o nel diritto internazionale. Da un punto di vista sia linguistico che giuridico, l'espressione "detenzione preventiva" può essere variamente interpretata. Non esiste, infatti, a livello internazionale una definizione unanime. In Francia, ad esempio, con l'espressione *détention provisoire* o *détention préventive* si fa tradizionalmente riferimento alla custodia cautelare, la tipica forma di detenzione di un indagato in attesa del processo. Nei paesi di *civil law* la reclusione senza che sia stata formulata un'accusa è generalmente considerata una misura amministrativa.

Anche nella terminologia inglese, il concetto di detenzione preventiva non è univoco. Il fine della custodia preventiva non è quello di trattenere o imprigionare un soggetto perché accusato di un crimine e c'è il pericolo che possa sfuggire al processo o inquinare la prova (tali sono le motivazioni alla base della custodia preventiva); la ragione posta a fondamento di un ordine di arresto preventivo è quella di imprigionare un soggetto considerato una minaccia pericolosa.

Tradizionalmente, la detenzione preventiva era prevista per coloro che, accusati di aver commesso un crimine, erano considerati pericolosi perché affetti da una malattia mentale o in ragione della tipologia del reato commesso (ad esempio, reiterate violenze sessuali). In questi casi, la misura detentiva era eseguita all'interno di ospedali psichiatrici giudiziari, così da limitare il pericolo per la società; in altre parole, si trattava di uno strumento di "difesa sociale". Peraltro, in molti Paesi, questa misura di sicurezza era prevista dallo stesso sistema di giustizia penale (sia nella fase delle indagini preliminari, che nella fase esecutiva della sentenza di condanna). In alcuni Paesi, inoltre, tale misura veniva imposta anche dopo l'esecuzione della condanna, al duplice scopo di evitare la reiterazione del reato e permettere il trattamento psichiatrico del soggetto.

Negli ultimi decenni, lo scopo della detenzione preventiva è stato ampliato: da misura di difesa sociale a misura per la protezione della sicurezza (nazionale). La detenzione preventiva si è trasformata in detenzione di sicurezza ed è stata successivamente svincolata dalla giustizia penale e dal processo. La custodia preventiva è diventata una misura di *Sicherungsverwahrung*, una forma di detenzione per individui bollati come un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale, a causa delle loro condotte o addirittura dei loro profili psicologici. La condotta di per sé non è sufficiente a fondare il sospetto che è stato commesso un reato, ma rappresenta comunque una minaccia (pericolo/offesa). La detenzione diventa finalizzata alla prevenzione, imposta dal potere esecutivo (i termini *détention administrative* e detenzione preventiva coprono entrambi gli aspetti). Tale strumento è utilizzato per ragioni imperative di sicurezza, senza che sia necessaria un'accusa formale: lo scopo può essere quello di rimuovere un pericolo per la sicurezza in generale oppure quello di permettere interrogatori per motivi di sicurezza o per esigenze di intelligence, consentire il trasferimento, l'espulsione o la deportazione di un sospetto. Nei casi più estremi, lo scopo può anche essere

quello di uccidere il detenuto.

La sempre maggiore diffusione della detenzione preventiva a fini di sicurezza rappresenta un vero e proprio cambiamento di paradigma. Essa è stata particolarmente utilizzata nel campo della lotta al terrorismo fin dagli anni '80.

In quest'ambito, sono stati incrementati i poteri dei servizi segreti impiegati nella prevenzione del crimine, ad esempio attraverso la possibilità di utilizzare strumenti di indagine coercitivi senza la necessità che vi sia un'accusa, un'indagine in corso o un'incarcerazione.

L'anticipazione del rischio è diventata una forza trainante nella giustizia penale, cercando di integrare in essa la sicurezza nazionale<sup>1</sup>.

La detenzione di sicurezza è destinata a presunti terroristi, classificati tali o comunque inseriti in apposite liste, non perché sospettati di aver commesso o perché hanno commesso atti terroristici, ma soltanto perché il potere esecutivo li considera come un pericolo per la sicurezza pubblica o nazionale.

La detenzione di sicurezza è una forma di reclusione di quelle persone etichettate come una minaccia. Si tratta prevalentemente di una misura di anticipazione o di prevenzione (ante delictum), che si applica cioè prima della preparazione o commissione di un qualsiasi reato.

La lista che contiene il nome dei terroristi è il frutto delle decisioni degli organi esecutivi e delle informazioni dei servizi di intelligence. In altre parole, la detenzione di sicurezza non è il frutto di una decisione di un tribunale (penale). In alcuni casi, la decisione può essere rivista dagli organi giudiziari, ma l'ampiezza e le regole del controllo giurisdizionale si scontrano con il segreto che copre le informazioni dei servizi di intelligence e l'interesse pubblico invocato dalle agenzie governative.

Il cambio di paradigma non è limitato alla giustizia penale nazionale o alla sicurezza nazionale, ma ha delle ripercussioni anche sulla cooperazione internazionale in materia penale. Tradizionalmente, la cooperazione fra Stati o tra autorità giudiziarie in materia di arresto e detenzione di persone allo scopo di sottoporli a giudizio o di eseguire una condanna è stata regolata e imposta attraverso trattati di mutua assistenza (MLAT) a carattere bilaterale o multilaterale, specialmente trattati bilaterali o multilaterali di estradizione<sup>2</sup>.

Queste decisioni a proposito delle procedure di estradizione sono basate, nella maggior parte dei Paesi, su un doppio procedimento: un procedimento giudiziario e un procedimento esecutivo. L'extradizione del soggetto richiesto è concessa solo a seguito di una doppia approvazione.

<sup>1</sup> M. HIRSCH BALLIN, *Anticipative criminal investigation, Theory and Counterterrorism Practice in the Netherlands and the United States*, L'Aja, Springer - T.M.C. Asser Press, 2012.

<sup>2</sup> M. CHERIF BASSIOUNI, *International Extradition: United States Law & Practice 1*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

I MLAT contengono anche garanzie contro l'extradizione arbitraria, come ad esempio la necessità che la richiesta di estradizione sia fondata sul ragionevole sospetto che la persona abbia commesso un reato per cui è prevista l'extradizione sia nello Stato richiedente che nello Stato richiesto (requisito della doppia incriminazione).

Al procedimento di estradizione si applica sia il diritto internazionale, sia il diritto europeo che il diritto nazionale.

Nonostante il fine dei MLAT sia quello di avere l'esclusiva sugli arresti, le detenzioni e le consegne transfrontaliere dei sospettati o condannati (colpevoli), alcuni Paesi hanno introdotto, oltre alla procedura formale di estradizione, alcune politiche di riconsegna attraverso procedure amministrative o esecutive di estradizione (quindi senza il coinvolgimento del potere giudiziario). La procedura di "consegna per motivi di giustizia" può essere descritta come una tecnica attraverso la quale un sospettato può essere forzatamente trasferito in un altro Stato, qualora sia impossibile condurlo di fronte ad un tribunale attraverso la normale procedura di estradizione.

Ciò significa che la consegna si applica soltanto nel caso eccezionale in cui vi sia un mandato di arresto con lo scopo di sottoporre il sospettato ad un procedimento penale nello stato richiedente<sup>3</sup>. Il trasferimento forzato può essere eseguito unilateralmente dagli agenti dello Stato in cui il sospetto colpevole verrà processato, anche con la collaborazione degli agenti dello Stato in cui avviene il sequestro. Da un punto di vista giuridico, la procedura di consegna per motivi di giustizia si basa su leggi interne e, in certa misura, era soggetta al controllo giurisdizionale del tribunale amministrativo. Una volta trasferita di fronte al giudice dello Stato richiedente, la persona sequestrata veniva sottoposta al processo ordinario, come ogni altro detenuto in attesa di giudizio. La procedura di consegna per motivi di giustizia si inserisce all'interno di un procedimento penale, dal momento che il sospettato è sequestrato proprio per motivi di giustizia: per essere processato o per eseguire la sentenza di condanna. Ciò non significa che la consegna in se stessa è una procedura giudiziale. Manca, infatti, un mandato emesso da un giudice e, in realtà, si tratta per lo più di un'operazione militare o di polizia sotto copertura, che rischia di violare la sovranità statale di altri Stati, quando non c'è la loro collaborazione. Fino a che punto le operazioni segrete unilaterali e extraterritoriali possano inficiare il procedimento penale è stato oggetto di molti dibattiti e procedimenti, la maggior parte dei quali conclusisi essenzialmente con la formula *male captus bene detentus*. Secondo questa teoria l'arresto, la detenzione e la consegna avvenute illegalmente non pregiudicano una carcerazione legale o un giusto processo, anche

<sup>3</sup> E. NADELMANN, *The evolution of United States Involvement in the International Rendition of Fugitive Criminals*, in *25 New York University Journal of International Law and Policy*, 813, 1993, 857-82.

quando l'arresto, la detenzione e la consegna sono il risultato di un sequestro forzato nel territorio di un altro Stato.

Il sequestro di A. Eichman da parte del Mossad nel 1960 in Argentina per portarlo in Israele è sicuramente uno dei casi più famosi.

La consegna per motivi di giustizia è stata per decenni ed è ancora una politica applicata dagli Stati Uniti, ma le sue origini risalgono a molti anni fa. Fu approvata dal Presidente Regan nel 1986 come procedura da utilizzare contro i sospettati di terrorismo, ma in realtà era applicata anche in caso di traffico di droga o di armi<sup>4</sup>.

Il sequestro dell'ex presidente Manuel Noriega, avvenuto a Panama City ad opera delle forze militari statunitensi per processarlo negli Stati Uniti per traffico di droga, è uno degli esempi più famosi<sup>5</sup>. Nel 1993 il Presidente H.W. Bush autorizzò, con la National Security Directive n. 77, una specifica procedura per la sua riconsegna<sup>6</sup>. Successivamente, nel 1998, il Presidente Clinton firmò la Decisione Presidenziale n. 62, con la quale attribuiva un ampio margine di manovra per varie operazioni anti-terrorismo, incluse anche quelle di "Arresto, Estradizione, Riconsegna e Processo"<sup>7</sup>.

Nonostante il trasferimento forzato per fini di giustizia in un altro Stato sia considerato illegale nel diritto internazionale, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha confermato il potere del governo di processare coloro che sono stati sequestrati, a prescindere dalla legalità della procedura secondo il diritto internazionale ed ha anche ritenuto non applicabili le regole previste dalla Costituzione americana agli agenti impegnati in operazioni al di fuori del territorio statunitense (si tratta della dottrina Ker-Frisbie e della teoria elaborata nel caso *United States v. Alvarez-Machain*)<sup>8</sup>.

Anche in vari Paesi europei, come ad esempio in Francia o in Spagna, nell'ambito della lotta al terrorismo è stata utilizzata la medesima strategia contro coloro sospettati di essere coinvolti nelle attività del gruppo ETA. Al fine di evitare le lungaggini e la complessità della procedura di estradizione e, di conseguenza, aggirare anche le garanzie previste dai MLAT, veniva utilizzata la cosiddetta "estradizione amministrativa". Veniva eseguita, dunque, secondo lo schema delle informali cooperazioni di polizia, al di fuori di qualsiasi cornice giuridica. In pratica, le autorità

<sup>4</sup> D. CAMERON FINDLAY, *Abducting Terrorist Overseas for Trial in the United States. Issues of International and Domestic Law*, in 23 *Texas International Law Journal*, 1, 1988, 2-3.

<sup>5</sup> *United States v. Noriega*, 746 f. supp. 1506, 1511.

<sup>6</sup> Documento riservato.

<sup>7</sup> Documento riservato.

<sup>8</sup> *Frisbie v. Collins*, 342 U.S.519 (1952), *Ker v. Illinois*, 119 U.S.436 (1886) and *United States v. Alvarez-Machain*, 504 U.S.655 (1992). J. STARK, *The Ker-Frisbie-Alvarez Doctrine: International Law, Due Process, and United States Sponsored Kidnapping of Foreign Nationals Abroad*, in 9 *Connecticut Journal of International Law*, 161, 1993.

di polizia e gli agenti dell'intelligence portavano al confine la persona interessata e la consegnavano alle autorità straniere. Tuttavia, vi era una differenza sostanziale con le politiche di "consegna per motivi di giustizia" messe in pratica dagli Stati Uniti: in America, infatti, la consegna per motivi di giustizia era il risultato di un rapimento unilaterale e extraterritoriale posto in essere dagli ufficiali statunitensi in territorio straniero.

Recentemente, la pratica di consegnare un sospettato per fini di giustizia è stata applicata in modo sistematico con riguardo alla persecuzione della pirateria nell'area somala del Golfo di Aden. Molti imputati sono stati trasferiti in vari Stati europei per essere processati, senza alcun tipo di procedura di estradizione<sup>9</sup>.

Precisamente, sotto la presidenza Clinton, le procedure di "consegna per motivi di giustizia" furono cambiate. Durante la metà degli anni '90, molte persone vennero catturate in Albania e Bosnia e trasferite in Egitto da militari statunitensi. Il primo caso di cui siamo a conoscenza è quello che riguardò Tal'at Fu'ad Qassim, sequestrato in Bosnia, poi portato su una nave statunitense per essere interrogato e infine trasferito in Egitto per ulteriori interrogatori e per la carcerazione. Qassim fu presumibilmente giustiziato mentre si trovava nelle carceri egiziane<sup>10</sup>. La procedura di consegna per motivi di giustizia fu convertita, sotto l'amministrazione Clinton, in una consegna finalizzata allo svolgimento dell'interrogatorio e alla raccolta di informazioni durante la carcerazione di sicurezza. L'ex direttore della CIA, George Tenet, calcolò che la sua agenzia aveva catturato più di 80 persone prima dell'11 settembre 2001<sup>11</sup>.

Ciò significa che l'amministrazione Clinton aveva trasformato la procedura di consegna alla giustizia, che era essenzialmente una tecnica di esecuzione del diritto penale, in una misura con finalità preventive. Ecco che ebbe origine la "extraordinary rendition". La CIA, in collaborazione con il dipartimento della Difesa e l'FBI, divenne responsabile del programma di lotta al terrorismo, secondo il quale la cattura di persone in Paesi stranieri era effettuata da agenti statunitensi, con o senza la cooperazione del governo di quello Stato, per poi essere trasferiti in un altro Paese per l'interrogatorio e la detenzione. Nonostante già nel 2002 il Washington Post avesse pubblicato un articolo in cui venivano descritte le pratiche di trasferimento di sospetti terroristi verso Paesi esteri affinché venissero interrogati, soltanto nel 2006, dopo la sentenza della Corte Suprema *Hamdan v. Rumsfeld*, l'esistenza della procedura di extraordinary rendition fu confermata dal presidente Bush jr. La definì come un programma particolare, eseguito dalla CIA per tenere in stato di fermo e

<sup>9</sup> R. GEISS, A. PETRIG, *Piracy and Armed Robbery at Sea - The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 344.

<sup>10</sup> *Human Rights Watch, Black Hole: The Fate of Islamist rendered to Egypt*, 2005, Vol. 17, n. 5.

<sup>11</sup> Dichiarazione fatta durante la prima sessione del secondo giorno dell'udienza pubblica della Commissione Nazionale sugli Attacchi Terroristici negli Stati Uniti.

interrogare individui sospettati di essere gli artefici degli attacchi dell'11 settembre, dell'attentato allo USS Cole e dei bombardamenti contro le ambasciate americane in Kenya e Tanzania, oltre a coloro coinvolti in altri atti terroristici che sono costati la vita a civili innocenti in tutto il mondo. Il presidente Bush jr. ammise pubblicamente ciò che già si sospettava da tempo, e cioè che il governo degli Stati Uniti gestiva un programma mondiale segreto di detenzione dei "nemici combattenti". Una direttiva presidenziale, firmata il 17 settembre 2001, avrebbe concesso alla CIA la legittimazione a eseguire il programma di extraordinary rendition<sup>12</sup>. Dopo la sentenza della Suprema Corte *Hamdan v. Rumsfeld*, il Congresso emise nel 2006 il Military Commission Act, il quale provvedeva a dare una base legale alle detenzioni, interrogatori e processi contro "i combattenti nemici illegali". L'amministrazione Bush presentò il Military Commission Act come una base giuridica sufficiente per eseguire il programma di extraordinary rendition, nonostante alcune specifiche norme fossero lacunose e fosse evidente che tutte le persone sequestrate venissero etichettate come "nemici combattenti illegali". L'amministrazione Obama promise di verificare la pratica dell'extraordinary rendition, ma al tempo stesso non la eliminò, né la formalizzò come una strategia segreta di lotta contro i "nemici combattenti".

Nonostante entrambe le procedure di consegna per motivi di giustizia e di extraordinary rendition siano speciali misure amministrative (SAMS) che si discostano dalla procedura giudiziale di estradizione, l'aggettivo "straordinaria" di fronte al termine "rendition" ne cambia profondamente il significato. Una procedura precedentemente vincolata dai confini segnati dalle leggi statali e dai trattati, assistita da alcune garanzie procedurali di fronte ai tribunali, entra ora a far parte del regno della discrezionalità politica. Negli Stati Uniti, il potere esecutivo ha definito la procedura di "extraordinary rendition" come un metodo per trasferire, nelle carceri di altri Stati, nemici combattenti detenuti al di fuori del territorio statunitense, senza che il Presidente sia vincolato dalla Costituzione o da altre leggi nazionali<sup>13</sup>.

## 2. *Extraordinary rendition: casi e numeri*

La pratica delle extraordinary rendition è rimasta sconosciuta fino al 2005-2006. Solo grazie alle investigazioni e alle inchieste informali (ad opera della stampa e di alcune ONG), è emersa la portata e la vastità del programma di extraordinary rendition. Il numero esatto di episodi non è chiaro, dato che le fonti spaziano da

<sup>12</sup> Per fonti ufficiali, v. <http://www.fas.org/irp/offdocs/pdd39.htm>; <http://www.fas.org/irp/offdocs/pdd-62.htm>; <http://foreignaffairs.house.gov/110/34712.pdf>. Il contenuto fondamentale rimane riservato.

<sup>13</sup> Per un'analisi approfondita, J. YOO, *Transferring Terrorists*, in 79 *Notre Dame Law Review*, 2003-2004, 1184.

qualche centinaio a qualche migliaio. I casi nei quali sono coinvolti gli Stati europei sono ampiamente documentati, mentre quelli che coinvolgono Paesi della regione asiatica sono rimasti spesso sconosciuti. Ciò significa che i casi di sequestro e l'uso segreto della carcerazione avvenuti in Asia rimangono ancora oggi un buco nero.

Al fine di raffigurarsi uno schema della pratica delle extraordinary rendition, vorrei qui ricordare tre casi emblematici, nei quali sono stati coinvolti alcuni Paesi europei. Il primo caso è quello che ha riguardato Hassan Mustafa Osama Nasr, anche chiamato Abu Omar, un musulmano egiziano Imam di Milano, sospettato di avere rapporti con organizzazioni fondamentaliste islamiche e di fomentare il terrorismo. Egli fu sequestrato nel 2003 con un'operazione congiunta della CIA e dell'intelligence italiana e fu poi trasferito in Egitto attraverso un aeroporto militare in Germania. In Egitto, Abu Omar fu tenuto in una prigione segreta per 2 mesi e agli arresti domiciliari per circa 4 anni; inoltre fu sottoposto ad interrogatori, alcuni dei quali sospettati di essere delle vere e proprie forme di tortura. Dopo 4 anni di detenzione fu rilasciato. Non ci fu alcun mandato d'arresto, alcuna imputazione o *habeas corpus*. I cittadini italiani che hanno eseguito il sequestro e coloro che hanno collaborato ad esso (in Italia) sono stati perseguiti dalla giustizia italiana per vari reati. Il tribunale di Milano riuscì a scoprire l'identità dei responsabili durante un'approfondita inchiesta giudiziaria, in seguito alla quale gli agenti dell'intelligence italiana furono arrestati e fu chiesta l'estradizione degli agenti della CIA. La richiesta di estradizione, però, non fu mai inviata dal governo italiano (né dal governo Prodi, né dal governo Berlusconi) agli Stati Uniti. Il governo Berlusconi, inoltre, al fine di evitare l'utilizzazione delle prove raccolte nella sede dell'autorità di intelligence concesse agli agenti l'immunità e il segreto di Stato<sup>14</sup>. La Corte Costituzionale italiana approvò l'uso di questo privilegio e di conseguenza una parte sostanziale delle prove raccolte per il processo non poterono essere utilizzate. Nel novembre 2009, però, i giudici italiani incarcerarono 22 agenti della CIA e due agenti dei servizi segreti italiani per il sequestro di Abu Omar sul territorio italiano e imposero condanne fino a 8 anni di reclusione per i capi dell'operazione. Tuttavia, alcune delle persone imputate per il rapimento non furono incarcerate grazie alle immunità diplomatiche. Il processo e le condanne del giudice italiano furono le prime, e fino ad ora le uniche, sentenze emesse contro soggetti implicati nel programma delle extraordinary rendition della CIA.

Il secondo caso è quello che ha riguardato Al-Masri. Khaled El-Masri è un cittadino tedesco, nato in Kuwait, un musulmano di origini libanesi. Si è trasferito in Germania nel 1985. Nel 2003 si recò a Skopje, in Macedonia, per una breve vacanza. Al confine macedone, però, fu fermato dalle autorità di intelligence locali,

<sup>14</sup> Cfr. G. ILLUMINATI, *Nuovi Profili del segreto di stato e dell'attività di intelligence*, Torino, Giappichelli, 2010.

interrogato per diverse ore e poi portato in un albergo di Skopje, dove fu trattenuto per 23 giorni sotto il controllo di guardie armate, senza un mandato di arresto, senza l'assistenza di un avvocato e senza alcun tipo di imputazione formale ecc. Fu interrogato ininterrottamente. Durante l'interrogatorio, ci fu anche uno scambio di informazioni fra le autorità locali in Macedonia e le autorità di polizia tedesche. Dopo la detenzione, fu trasferito all'aeroporto di Skopje in Macedonia e consegnato alla squadra incaricata del programma di extraordinary rendition della CIA. L'aereo volò in Afghanistan dove fu tenuto in carcere segretamente per altri 4 mesi, fino a che non fu scoperto che forse era la persona sbagliata (aveva un nome simile a quello di un associato alla "cellula di Amburgo" di Al-Qaeda). Al fine di mascherare l'errore, fu riportato in Albania con una extraordinary rendition al contrario. In Macedonia furono aperte delle investigazioni amministrative e penali, ma non fecero progressi e si prescissero. Nel 2004, un pubblico ministero tedesco di Monaco aprì nuovamente le indagini dichiarando che Al-Masri era stato illegalmente sequestrato, detenuto, fisicamente e psicologicamente maltrattato e interrogato in Macedonia e in Afghanistan. Nel 2005 furono inviate lettere di rogatoria e nel 2007 vennero emessi mandati di arresto internazionale contro 13 agenti della CIA. Le autorità macedoni rifiutarono di cooperare e le autorità esecutive tedesche rifiutarono di inviare le richieste di estradizione negli Stati Uniti. Durante i procedimenti civili negli Stati Uniti, svoltisi in virtù dell'Alien Tort Statute, Al-Masri dovette confrontarsi con il privilegio del segreto di Stato opposto dall'amministrazione statunitense. Sia la Corte distrettuale che la Corte d'Appello del quarto distretto decisero che il caso non poteva essere deciso senza rivelare alcuni segreti di Stato. La Suprema Corte, infine, non volle riesaminare il caso. Nel 2008, l'ACLU (American Civil Liberties Union) promosse un ricorso di fronte alla Commissione Interamericana dei Diritti Umani. Nel 2009, la fondazione Soros ha presentato ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo contro la Macedonia. Entrambe le procedure sono attualmente pendenti.

Il terzo caso ha riguardato Abd al-Rahim al-Nashiri, un cittadino saudita, arrestato nel 2002 a Dubai, negli Emirati Arabi Uniti, dalla polizia locale. Dopo un mese di detenzione segreta, fu clandestinamente consegnato alla CIA e trasferito in una prigione segreta, conosciuta come "Salt Pit" in Afghanistan, dove fu a lungo interrogato e probabilmente torturato. Dopo una breve permanenza a Salt Pit fu trasferito dalla CIA in una prigione segreta a Bangkok e subito dopo trasferito in una prigione segreta in Polonia. Successivamente è stato tenuto dalla CIA in isolamento in altre carceri fuori dalla Polonia. Prima fu trasferito a Rabat, poi a Guantanamo. Dopo un anno a Guantanamo fu riportato a Rabat e successivamente trasferito a Bucarest in Romania. Nel 2006 fu poi nuovamente trasferito a Guantanamo. Fu solo nel settembre 2006 che il governo degli Stati Uniti seppe per la prima volta che Al Nashiri era stato segretamente detenuto oltre oceano e che

era stato trasferito nella prigione di Guantanamo. Al Nashiri è ancora oggi detenuto a Guantanamo; in pratica è rimasto segretamente in carcere per circa 10 anni. Nel dicembre 2009, Al Nashiri fu accusato di fronte alla Commissione Militare di Guantanamo. Durante il riesame delle situazioni di tutti i detenuti di Guantanamo, sotto l'amministrazione Obama, le accuse furono fatte cadere. Attualmente, Al Nashiri è sotto processo di fronte al tribunale militare di Guantanamo. Il 20 aprile 2011, i procuratori militari hanno annunciato che chiederanno l'applicazione nei suoi confronti della pena capitale. Anche con riguardo a questo caso, la fondazione Soros, nel 2009, ha presentato un ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo contro la Polonia. Il caso è attualmente pendente.

Il ruolo degli Stati e degli agenti e ufficiali europei nel programma delle extraordinary rendition può prendere varie forme. Si va dal sequestro della persona interessata, su richiesta degli Stati Uniti alla diretta partecipazione nella cattura e nel trasferimento, nella predisposizione e uso di strutture carcerarie o altre tipologie di aiuto nella messa in opera del programma (attraverso lo scambio di informazioni di intelligence o l'agevolazione di voli segreti della CIA ecc.). Così facendo, molti Stati europei hanno orchestrato, collaborato o comunque facilitato il programma di extraordinary rendition. Stando così le cose, il coinvolgimento degli Stati europei nel programma di extraordinary rendition è diventato un argomento politico molto delicato.

### 3. *Una panoramica politica dell'Europa*

Il Parlamento europeo ha creato una commissione temporanea per investigare sul presunto uso degli Stati europei da parte della CIA per il trasporto e la detenzione illegale dei prigionieri (TDIP). Lo scopo era quello di determinare se la CIA aveva posto in essere sul territorio dell'Unione Europea carcerazioni segrete e extraordinary rendition, o se aveva comunque promosso in Europa simili operazioni. La commissione, inoltre, si è occupata anche di stabilire se erano stati coinvolti cittadini e/o Stati dell'Unione Europea. Il rapporto finale dell'indagine c.d. Fava è stato pubblicato nel 2007 e contiene informazioni dettagliate su alcune operazioni avvenute con la cooperazione degli Stati europei e dei loro agenti, soprattutto nel campo dell'attività civile e militare di intelligence e nel settore dei trasporti militari<sup>15</sup>.

Il Consiglio d'Europa, dal canto suo, aveva richiesto due indagini separate. Nell'ambito della prima, Terry Davis, segretario generale del Consiglio d'Euro-

<sup>15</sup> Per i documenti, v. [http://www.europarl.europa.eu/comparl/tempcom/tdip/default\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/comparl/tempcom/tdip/default_en.htm); [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2007\\_0020+0+DOC+PDF+V0//EN](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2007_0020+0+DOC+PDF+V0//EN).

pa, chiese agli Stati, in base all'articolo 57 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, di spiegare in che modo venivano assicurati adeguati controlli sugli "agenti stranieri" nel loro territorio, quali garanzie avevano preso per prevenire carcerazioni segrete e come veniva assicurata l'efficacia delle investigazioni che erano state intraprese. Dal rapporto è emerso che in molti Paesi membri del Consiglio d'Europa manca una normativa che regoli simili attività, che la regolamentazione del traffico aereo era inadeguata e che le norme sull'immunità erano un ostacolo allo svolgimento di efficaci investigazioni<sup>16</sup>. La seconda inchiesta fu promossa dal Comitato per gli Affari Legali e i Diritti Umani dell'assemblea parlamentare sotto la guida del rapporteur Dick Marty, il quale ha curato due relazioni, una nel 2006, l'altra nel 2007<sup>17</sup>. Dick Marty è stato particolarmente efficace nel mettere in evidenza le reali tratte aeree dei voli della CIA in Europa e, grazie a tale accertamento, ha dimostrato il coinvolgimento delle autorità europee nel trasferimento di persone detenute illegalmente.

Nella sua qualità di presidente del Comitato per gli Affari Legali e i Diritti Umani dell'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, Dick Marty chiese anche alla Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (nota come Commissione di Venezia) un'opinione giuridica sugli obblighi internazionali degli stati membri del Consiglio d'Europa riguardo alla concessioni di strutture carcerarie per detenzioni segrete e al trasporto transnazionale di prigionieri. La Commissione di Venezia nel 2006 elaborò una relazione nella quale si concludeva che gli Stati coinvolti nelle operazioni di extraordinary rendition avevano agito in violazione del diritto internazionale e dei principi umanitari nella misura in cui avevano partecipato o avevano omesso di adempiere i loro doveri di investigare, perseguire e sanzionare simili condotte<sup>18</sup>.

Finalmente, nel 2007 il Comitato per la sicurezza nazionale e l'intelligence del Regno Unito pubblicò un rapporto molto critico sulle operazioni di rendition. SCOPO dell'inchiesta era quello di indagare se le agenzie di sicurezza e di intelligence inglesi erano a conoscenza e/o erano state coinvolte nelle attività di rendition. Il Comitato nella sua raccomandazione considera in ogni caso abusiva la detenzione segreta, a prescindere dall'esistenza di una richiesta legale<sup>19</sup>. Secondo il Comitato, ogni qualvolta vi sia la concreta possibilità che la consegna del sospettato sia finalizzata alla detenzione in una struttura segreta, anche se per un limitato periodo di tempo, deve essere negata l'autorizzazione. Il Comitato non ha trovato alcuna prova, però, del coinvolgimento delle agenzie inglesi nelle operazioni di extraordinary

<sup>16</sup> <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=976731&Site=COE>.

<sup>17</sup> <http://assembly.coe.int/main.asp?link=/documents/workingdocs/doc06/edoc10957.htm>;  
<http://assembly.coe.int/documents/workingdocs/doc07/edoc11302.pdf>.

<sup>18</sup> [http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD\(2006\)009-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD(2006)009-e.asp).

<sup>19</sup> <http://www.fas.org/irp/world/uk/rendition.pdf>.

rendition, ma rimane abbastanza critico sulla possibilità di creare forme di “consegna straordinaria” al di fuori di quelle per motivi di giustizia, militari e finalizzate all’esecuzione di una condanna detentiva, che sono e restano, secondo il Comitato, giustificabili strumenti nelle mani dei servizi civili e militari di intelligence.

#### 4. *Extraordinary rendition e diritti umani applicabili nella prospettiva della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e dell’Unione Europea*

Sia la consegna ai fini di giustizia che la extraordinary rendition non sono previste dal diritto internazionale. Se volessimo effettuare una valutazione della procedura della extraordinary rendition dal punto di vista del diritto internazionale umanitario, ci troveremmo di fronte a una serie ibrida di possibili violazioni dei diritti umani, come ad esempio:

- arresto e detenzione arbitrarie;
- sparizione forzata;
- trasferimento forzato;
- tortura;
- diniego di accesso agli uffici consolari;
- diniego di accesso a tribunali imparziali e indipendenti/*habeas corpus*.

In questo contributo, vorremmo porre particolare attenzione alla detenzione segreta come metodo e scopo del programma di extraordinary rendition. Potremmo affrontarla dal punto di vista della tassonomia della detenzione preventiva, così come elaborata da Stella Burch Elias<sup>20</sup>:

- la base giuridica della detenzione;
- la notifica dell’imputazione;
- comparizione davanti a un’autorità giudiziaria, amministrativa o di altro tipo;
- periodo di tempo passato in carcere senza la contestazione di un’imputazione o senza processo;
- possibilità di avere un avvocato;
- diritto ad un’udienza pubblica e giusta;
- controllo giurisdizionale;
- regole che riguardano l’interrogatorio

In ogni caso, è abbastanza evidente come la procedura di extraordinary rendition mostri delle debolezze sotto tutti i punti di vista. Si potrebbe individuare una base giuridica nel sistema normativo statunitense, ma anche in quel caso resterebbero

<sup>20</sup> S. ELIAS, *Rethinking “Preventive Detention” From a Comparative Perspective: Three Frameworks for Detaining Terrorist Suspects*, in 41 *Columbia Human Rights Law Review*, 99, 2009.

delle problematicità dal punto di vista del diritto internazionale dei diritti umani (ad esempio, per quanto riguarda la prevedibilità e il controllo giurisdizionale).

Dal momento che qui abbiamo a che fare, da un punto di vista europeo, con una pratica transnazionale di cooperazione fra ufficiali e agenti sia statunitensi che di altri Paesi europei, ci piacerebbe concentrarci su alcuni specifici, complessi problemi comuni a tutti questi standard. Il primo argomento che vorrei proporre è il seguente: gli Stati europei, dal punto di vista del diritto internazionale umanitario, possono avere giurisdizione in materia? In altre parole, si applicano i trattati umanitari a questo tipo di situazioni? L'argomento è particolarmente importante, visto che la Corte Suprema degli Stati Uniti non intende applicare i principi costituzionali alle attività dei connazionali poste in essere al di fuori del territorio degli Stati Uniti (dottrina di Kerr-Frisbie/ Alvarez-Machain). Il secondo argomento meritevole di ulteriore analisi riguarda il problema del se e fino a che punto il diritto internazionale dei diritti umani può accettare una specifica categoria di detenzione di sicurezza, specialmente nel campo della lotta al terrorismo. La terza questione riguarda, invece, il problema dell'applicazione di specifici principi di diritto internazionale dei diritti umani anche all'extradizione o alla consegna ai fini di giustizia/ extraordinary rendition (misure amministrative speciali - c.d. SAMS).

#### 4.1. *Giurisdizione*

Nonostante le convenzioni sui diritti umani prevedano principi universali, ciò non significa che gli Stati possano applicarli sempre e possano essere dichiarati responsabili in ogni caso. A tale scopo è necessario che gli Stati possano esercitare la loro giurisdizione. La maggior parte dei trattati sui diritti umani contiene, nei primi articoli, un riferimento agli individui soggetti alla loro giurisdizione, ma senza darne una definizione. Tradizionalmente, nel diritto internazionale la giurisdizione è legata all'applicazione territoriale, anche se a proposito di diritto internazionale dei diritti umani c'è stata un'importante evoluzione.

##### 4.1.1. *La Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici/Il Comitato per i diritti umani*

Già nel 1981, il Comitato per i diritti dell'uomo, istituito in base all'art. 28 del Patto sui diritti civili e politici, si era occupato della questione in merito al caso Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay<sup>21</sup>. Nel 1978, Lilian Celiberti de Casariego era stata arrestata a Porto Alegre (Brasile) insieme ai suoi due bambini e al Sig. Universindo Rodriguez Diaz. L'arresto fu eseguito da agenti uruguaiani, con

<sup>21</sup> Comunicazione n. R.13/56, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40), 185 (1981), <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session36/13-56.htm>.

la connivenza di due ufficiali della polizia brasiliana. Furono trattenuti per una settimana nell'appartamento della Sig.ra Celiberti a Porto Alegre e poi trasportati al confine uruguayino. Da qui furono forzatamente trasferiti in Uruguay e tenuti in carcere. Una settimana dopo le Fuerzas Conjuntas dell'Uruguay confermarono pubblicamente l'arresto della Sig.ra Celiberti, dei suoi due figli e del Sig. Universindo Rodriguez Diaz, sostenendo che essi avevano provato ad oltrepassare il confine fra il Brasile e l'Uruguay clandestinamente e con materiale sovversivo. Per 4 mesi furono tenuti in isolamento. La Sig.ra Celiberti fu imputata di "associazione eversiva", "cospirazione e atti preparatori finalizzati alla violazione della Costituzione", oltre a varie violazioni del codice penale ordinario e militare. Per questo motivo, fu processata davanti al tribunale militare e messa in custodia cautelare.

Il Comitato per i diritti dell'uomo ha osservato che nonostante l'arresto e la reclusione iniziale di Lilian Celiberti de Casariego sia avvenuta presumibilmente in territorio straniero, non c'erano ostacoli, ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo opzionale ("...gli individui soggetti alla sua giurisdizione...") o ai sensi dell'art. 2(1) del Protocollo ("... gli individui nel suo territorio e soggetti alla sua giurisdizione ..."), che impedivano di prendere in considerazione questi fatti, oltre all'accusa di successiva deportazione nel territorio uruguayano, dal momento che queste azioni erano state commesse da agenti uruguayani in territorio straniero<sup>22</sup>. Il Comitato per i diritti umani ritiene, infatti, che il riferimento, contenuto all'articolo 1 del Protocollo opzionale, agli "individui soggetti alla sua giurisdizione" non impedisce di interpretare la disposizione come riferita non al luogo in cui la violazione è commessa, ma al rapporto fra lo Stato e l'individuo in relazione a una qualsiasi violazione dei suoi diritti come stabiliti nel Protocollo, a prescindere dal luogo di commissione<sup>23</sup>. Il Comitato per i diritti umani così conclude:

"10.3 L'articolo 2 (1) del Patto pone in capo a ogni Stato membro un obbligo di rispettare e assicurare i diritti "a tutti gli individui presenti sul territorio e soggetti alla sua giurisdizione", ma non implica che lo Stato interessato non possa essere dichiarato responsabile per la violazione dei diritti previsti dal Patto commessi dai suoi agenti nel territorio di un altro Stato, a prescindere dal consenso o dall'opposizione del governo di quello Stato (...) L'art. 2, paragrafo 1, richiede agli Stati parti anche di rispettare e assicurare i diritti del Patto a tutti gli individui presenti sul territorio e soggetti alla loro giurisdizione. Ciò significa che lo Stato deve rispettare e assicurare i diritti stabiliti nel Patto a chiunque sia soggetto al potere o al controllo effettivo di quello Stato, anche se non si trova sul suo territorio. Questo principio si applica anche a coloro che si trovano sotto il potere o l'effettivo controllo delle forze di uno Stato anche se operano al di fuori del territorio statale, a prescindere dalle circostanze nelle quali un tale controllo o potere è stato ottenuto, come ad esempio nel caso

<sup>22</sup> Punto 10.1.

<sup>23</sup> Punto 10.2.

di forze parte di un contingente nazionale assegnate ad un'operazione internazionale di mantenimento della pace (peacekeeping) o di imposizione della pace (peace-enforcement). In linea con ciò, sarebbe irragionevole interpretare l'art. 2 del Patto nel senso di permettere le violazioni del Patto commesse nel territorio di un altro Stato e impedire quelle stesse violazioni quando commesse nel proprio territorio”.

Dal 1981 il Comitato per i diritti umani ha ammesso l'applicazione extraterritoriale del Patto in molteplici casi, sulla base del requisito dell'autorità o dell'effettivo controllo<sup>24</sup>. Inoltre, nella osservazione generale n. 31 ha stabilito che:

“Gli Stati parte, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 1, devono rispettare e assicurare i diritti contenuti nel Patto a tutti gli individui che possono trovarsi sul loro territorio e a tutti coloro che sono soggetti alla loro giurisdizione. Ciò significa che uno Stato parte deve rispettare e assicurare i diritti stabiliti nel Patto a chiunque sia soggetto al suo potere o al suo controllo effettivo, anche se non si trova nel territorio di quello Stato. Il godimento dei diritti del Patto non è limitato ai cittadini degli Stati parte ma a tutti gli individui, a prescindere dalla nazionalità o apolidia [...]. Questo principio si applica anche a coloro che si trovano sotto il potere o l'effettivo controllo delle forze di uno Stato anche se operano al di fuori del territorio statale, a prescindere dalle circostanze nelle quali un tale controllo o potere è stato ottenuto, come ad esempio nel caso di forze parte di un contingente nazionale assegnate ad un'operazione internazionale di mantenimento della pace (peacekeeping) o di imposizione della pace (peace-enforcement)”<sup>25</sup>.

Infine, merita particolare attenzione il fatto che la Corte Internazionale di Giustizia, nell'analizzare la portata della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR), nel suo parere sulle conseguenze giuridiche della costruzione del muro nei territori occupati della Palestina, abbia stabilito che “sebbene la giurisdizione degli Stati sia prevalentemente territoriale, essa può essere esercitata fuori dal territorio nazionale” e che “considerando l'oggetto e lo scopo dell'ICCPR, sembrerebbe naturale che gli Stati parti del Patto siano vincolati al rispetto delle sue previsioni”<sup>26</sup>. Nello stesso senso va la decisione emessa nel caso *Democratic*

<sup>24</sup> Per esempio, cfr. *Final Observations on Cyprus*, Doc. UN CCPR/C/79/Add.39, 21 settembre 1994, paragrafo 3; *Final Observations on Israel*, Doc. UN CCPR/C/79/Add.93, 18 agosto 1998, paragrafo 10; *Final Observations on Israel*, Doc. UN CCPR/CO/78/ISR, 21 agosto 2003, paragrafo 11; *Final Observations on Belgium*, Doc. UN CCPR/C/79/Add.99, 19 novembre 1998, paragrafo 14; *Final Observations on the Netherlands*, Doc. UN CCPR/CO/72/NET, 27 agosto 2001, paragrafo 8; *Final Observations on Belgium*, Doc. UN CCPR/CO/81/BEL, 12 agosto 2004, paragrafo 6.

<sup>25</sup> Osservazione generale n. 31, adottata dal Comitato per i diritti umani, *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 80esima sessione, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, p. 192, p. 194 e ss., paragrafo 10.

<sup>26</sup> ICJ, *Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, paragrafo 109, 9 luglio 2004, reperibile all'indirizzo [http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory\\_2004-07-09.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_2004-07-09.pdf).

*Republic of the Congo v. Uganda*, nella quale si afferma che il diritto internazionale dei diritti umani è applicabile anche rispetto ad operazioni effettuate da uno Stato nell'esercizio della sua giurisdizione al di fuori del suo territorio<sup>27</sup>.

#### 4.1.2. *La Commissione e la Corte Interamericana dei Diritti Umani*

La Commissione Interamericana dei Diritti Umani ha elaborato la teoria del "controllo personale", sostenendo che gli individui sotto "l'autorità e il controllo" di uno Stato soggiacciono alla giurisdizione di quello Stato per quanto riguarda il diritto internazionale dei diritti dell'uomo. Ciò significa che la Commissione Interamericana dei Diritti Umani ritiene che sussista la competenza *ratione loci* di uno Stato per azioni avvenute nel territorio di un altro Stato, ogni qualvolta le presunte vittime siano soggette all'autorità e al controllo dei suoi agenti<sup>28</sup>. Recentemente, per quanto riguarda i detenuti a Guantanamo Bay, la Commissione ha rilevato che "chi è sotto l'autorità o il controllo di uno Stato, a prescindere dalle sue condizioni, è privato della protezione giuridica dei suoi fondamentali o inderogabili diritti umani"<sup>29</sup>.

È interessante notare come la Commissione Interamericana abbia di recente dichiarato ammissibile il ricorso interstatale Ecuador v. Colombia<sup>30</sup>, col quale l'Ecuador ha sostenuto che gli individui uccisi nel suo territorio, durante un attacco militare organizzato dalla Colombia avente di mira un campo delle FARC (c.d. operazione Phoenix), erano sotto il controllo colombiano. Nelle sue osservazioni scritte al ricorso interstatale, la Colombia ha affermato che la Commissione Interamericana non avrebbe giurisdizione *ratione loci* dato che le vittime non erano soggette alla giurisdizione colombiana, come richiesto dall'articolo 1.1 della Convenzione Americana<sup>31</sup>. In questo senso, la Colombia sostiene che, essendo una regola generale, il concetto di "giurisdizione" deve essere interpretato in senso territoriale. La conclusione a cui si deve giungere, dunque, secondo la Colombia, nell'interpretare gli articoli 1.1. e 2 della Convenzione Americana è che la legge si

<sup>27</sup> ICJ, *Case concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, 19 dicembre 2005, paragrafo 216. Reperibile all'indirizzo <http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>.

<sup>28</sup> IACHR Report n. 109/99, Case 10.951, *Coard et al.* (United States), 29 settembre 1999, paragrafo 37; IACHR Report n. 14/94, Petition 10.951, *Callistus Bernard et al.* (United States), 7 febbraio 1994, paragrafi 6 e 8; IACHR Report n. 31/93 Case 10.573, *Salas* (United States), 14 ottobre 1993, paragrafo 6.

<sup>29</sup> Decisione sulla richiesta di misure cautelari (Detenuti a Guantánamo Bay, Cuba), IACHR, 41, I.L.M. 532, 533 (12 marzo 2002)

<sup>30</sup> Report n. 112/10, *Inter-state petition IP-02*, Ammissibilità, Franklin Guillermo Aisalla Molina, *Ecuador v. Colombia*.

<sup>31</sup> Comunicazione del 20 ottobre 2009, *Observations of the State of Colombia to the inter-State petition PI-2*, pp. 5-20.

caratterizza per la sua applicazione territoriale. “Conseguentemente, al fine di rendere la protezione effettiva, le persone che vogliono beneficiare della suddetta protezione devono trovarsi nel territorio dello Stato”<sup>32</sup>. La Colombia argomenta anche che, data la dimensione territoriale del termine “giurisdizione” contenuta all’articolo 1.1 della Convenzione Americana e considerato che la morte del cittadino ecuadoriano, il Sig. Aisalla, è avvenuta in Ecuador, non sussisteva la giurisdizione dello stato colombiano<sup>33</sup>. Inoltre, secondo la Colombia, nel diritto internazionale, le uniche due possibili eccezioni alla regola della giurisdizione territoriale riguardano le operazioni militari o le attività poste in essere da agenti diplomatici o consolari nei territori di altri Stati; e al fine di ritenere che uno Stato abbia esercitato la sua giurisdizione in maniera extraterritoriale attraverso un’operazione militare all’estero, è necessario dimostrare che c’era un’occupazione militare o che lo Stato aveva esercitato il suo controllo sopra il territorio dell’altro Stato<sup>34</sup>. Secondo la Colombia, però, con l’operazione “Phoenix” non si era verificata né un’occupazione militare né il controllo sul territorio, dal momento che non c’era una presenza militare permanente in Ecuador e le forze armate colombiane non cercavano di rovesciare o sostituire né il Governo ecuadoriano né il suo esercito. In conclusione, secondo la Colombia, in questo caso mancavano le condizioni per ritenere che a seguito dell’operazione “Phoenix”, la Colombia avesse esercitato la sua giurisdizione in modo extraterritoriale nella regione dell’Angostura (Ecuador) e sulle persone che erano lì presenti<sup>35</sup>.

La Commissione Interamericana dei Diritti Umani inizia con un’analisi dal punto di vista del diritto internazionale:

“Nel diritto internazionale, la giurisdizione non si fonda esclusivamente sul criterio territoriale, ma può essere esercitata anche sulla base di altri principi. In questo senso, la Commissione Interamericana dei Diritti Umani ha stabilito che “in certe circostanze, l’esercizio della sua giurisdizione su atti extraterritoriali non solo è compatibile, ma addirittura richiesto dalle norme che la regolano”<sup>36</sup>. Quindi, nonostante la giurisdizione si riferisca normalmente all’autorità su soggetti che si trovano sul territorio dello Stato, i diritti umani sono propri di ogni individuo e non si basano sulla cittadinanza o sulla posizione geografi-

<sup>32</sup> Comunicazione del 20 ottobre 2009, *Observations of the State of Colombia to the inter-State petition PI-2*, pp. 10 e 11.

<sup>33</sup> Comunicazione del 20 ottobre 2009, *Observations of the State of Colombia to the inter-State petition PI-2*, pag. 11.

<sup>34</sup> Comunicazione dello Stato della Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. n. 31461/1312 del 10 giugno 2010, ricevuta dal IACHR il 14 giugno 2010, par. 30.

<sup>35</sup> Comunicazione dello Stato della Colombia, DVAM.DIDHD.GOI. n. 31461/1312 del 10 giugno 2010, ricevuto dal IACHR il 14 giugno 2010, par. 49.

<sup>36</sup> IACHR Report n. 109/99, Merits, Case 10.951, *Coard et al.* (United States), 29 settembre 1999, par. 37.

ca. Secondo il diritto interamericano dei diritti umani, ogni Stato americano è obbligato a rispettare i diritti di tutte le persone presenti sul proprio territorio e di quelle presenti sul territorio di un altro Stato, ma comunque soggette al controllo dei propri agenti<sup>37</sup>. Questa posizione si concilia con quella delle altre organizzazioni internazionali che nell'analizzare la sfera di applicazione degli strumenti del diritto internazionale dei diritti umani hanno riconosciuto la loro extraterritorialità”.

La Commissione Interamericana dichiara il ricorso ammissibile e ne analizza il merito, ma nella sua decisione sull'ammissibilità, la Commissione definisce una questione essenziale:

“Di conseguenza, il seguente punto è essenziale per la Commissione nella determinazione della giurisdizione: l'esercizio dell'autorità sulle persone da parte degli agenti di uno Stato anche quando non operano sul proprio territorio, non richiede, ai fini della responsabilità dello Stato per gli atti commessi dai suoi agenti all'estero, l'esistenza di una relazione giuridica formale, strutturata e prolungata. Al momento dell'esame dell'ambito della giurisdizione della Convenzione Americana, è necessario stabilire se c'è o meno un nesso causale fra la condotta extraterritoriale dello Stato e le presunte violazioni dei diritti e delle libertà di un individuo”.

Ad oggi, la Commissione Interamericana dei Diritti Umani non si è occupata dell'ampiezza della (sua) giurisdizione nel dettaglio. Comunque, la Corte ha avuto modo di confrontarsi con casi di violazioni transnazionali dei diritti umani (v. 4.3.2).

#### 4.1.3. *La Corte Europea dei diritti dell'uomo*

Nella sua decisione sul caso *Bankovic e altri c. Belgio e altri*<sup>38</sup>, la Corte Europea ha sostenuto che il significato del termine “giurisdizione” deriva dal diritto internazionale ed ha un'accezione principalmente, ma non esclusivamente territoriale. La Corte ha ammesso che gli atti delle autorità degli Stati membri commessi al di fuori del territorio nazionale o che comunque possono produrre effetti al di fuori del loro territorio possono, in circostanze eccezionali, essere soggetti alla giurisdizione di uno Stato parte. Nel caso *Bankovic*, la richiesta fu comunque dichiarata inammissibile dato che il bombardamento aereo non aveva garantito un controllo effettivo sulla regione in questione.

Nella fase precedente la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo aveva già concluso che la “giurisdizione” non è limitata al territorio nazionale di uno Stato membro,

<sup>37</sup> IACHR Report n. 86/99, Case 11.589, *Armando Alejandro Jr. et al. (Cuba)*, 13 aprile 1999.

<sup>38</sup> Decisione sull'ammissibilità del ricorso n. 52207/99 del 12 dicembre 2001 (*Grande Camera*) nel caso *Bankovic e altri c. Belgio e altri 16 Stati Contraenti*.

dato che quest'ultimo può essere dichiarato responsabile anche per atti delle sue autorità che producono effetti al di fuori del territorio nazionale<sup>39</sup>.

L'esercizio della giurisdizione è una condizione necessaria affinché uno Stato possa essere dichiarato responsabile per azioni o omissioni a lui imputabili che hanno provocato una violazione dei diritti e delle libertà tutelate<sup>40</sup>. Nel caso *Loizidou c. Turchia*, la Corte Europea ha decretato che quando uno Stato esercita un controllo effettivo su una determinata area, allora esercita la sua giurisdizione<sup>41</sup>. La Corte Europea ha espresso questo concetto in questi termini:

“A tal proposito la Corte ricorda che, nonostante l'articolo 1 preveda dei limiti alla portata della Convenzione, il concetto di “giurisdizione” non è vincolato al territorio nazionale delle Alte Parti Contraenti. [...] la responsabilità delle Parti Contraenti può insorgere per gli atti delle autorità statuali che producono effetti fuori dal loro territorio, a prescindere dal fatto che siano commessi all'interno o all'esterno dei confini nazionali. Avendo ben presente l'oggetto e lo scopo della Convenzione, la responsabilità di una Parte Contraente può anche insorgere quando, in conseguenza di un'azione militare – sia lecita che illecita – lo Stato eserciti un controllo effettivo su un'area al di fuori del territorio nazionale. L'obbligo di assicurare, in tale area, i diritti e le libertà previsti nella Convenzione deriva proprio dall'esercizio di un simile controllo, a prescindere che sia esercitato direttamente, attraverso le sue forze armate, oppure attraverso un governo locale subordinato”<sup>42</sup>.

Questa sentenza fu confermata nel 2001 con il caso *Cipro c. Turchia*<sup>43</sup>.

Queste circostanze eccezionali, che giustificano la configurazione di una giurisdizione extraterritoriale, si applicano anche all'art. 5 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Già nel 1989 la Corte decise nel caso *Stocké c. Germania*:

“Ai sensi dell'art. 1 della Convenzione, le Alte Parti Contraenti devono assicurare i diritti previsti dall'art. 5(1) “a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione”. Questa garanzia non è limitata al territorio nazionale delle Alte Parti Contraenti interessate, ma si estende a tutte le persone soggette alla loro effettiva autorità e responsabilità, senza che rilevi il fatto che questa autorità sia esercitata in patria o all'estero. Inoltre, uno Stato non solo mantiene

<sup>39</sup> CEDU, *Drozd E Janousek c. Francia e Spagna*, decisione del 26 giugno 1992, paragrafo 91. Cfr. anche le decisioni della CEDU sull'ammissibilità dei ricorsi n. 1611/62, *X c. Repubblica Federale Tedesca*, 25 settembre 1965; ricorso n. 6231/73, *Hess c. Regno Unito*, 28 maggio 1975; ricorso n. 6780/74 e n. 6950/75, *Cipro c. Turchia*, 26 maggio 1975; ricorsi n. 7289/75 e n. 7349/76, *X and Y v Switzerland*, 14 luglio 1977; ricorso n. 9348/81, *W. v United Kingdom*, 28 febbraio 1983.

<sup>40</sup> *Ilascu e altri c. Moldavia e Russia*, Decisione del 8 luglio 2004, paragrafo 311.

<sup>41</sup> CEDU, *Loizidou c. Turchia* (Obiezioni preliminari), Decisione del 23 marzo 1995, paragrafo 62 e CEDU, *Loizidou c. Turchia*, Decisione del 18 dicembre 1996.

<sup>42</sup> CEDU, *Loizidou c. Turchia* (Obiezioni preliminari), Decisione del 23 marzo 1995, paragrafo 62.

<sup>43</sup> CEDU, *Cipro c. Turchia*, Decisione del 10 maggio 2001.

la sua giurisdizione sugli agenti da lui autorizzati che si trovano in un Paese straniero, ma la esercita anche su ogni altra persona sottoposta alla loro autorità. Nella misura in cui le azioni o omissioni di uno Stato riguardano tali persone, lo Stato è responsabile<sup>44</sup>.

In casi più recenti, come ad esempio quello di *Issa e al. c. Turchia*, la Corte Europea ha riaffermato che la responsabilità di uno Stato può derivare dalla violazione dei diritti e delle libertà di coloro che si trovano in un altro Stato, ma che rimangono sotto il controllo e l'autorità degli agenti del primo Stato, che operavano, legalmente o illegalmente, nel territorio del secondo. Il criterio applicato è quello del generale "controllo effettivo". Secondo la Corte Europea, la responsabilità in queste situazioni deriva dal fatto che l'articolo 1 della Convenzione Europea non può essere interpretato in modo da permettere ad uno Stato membro la commissione in un altro Stato di violazioni dei diritti umani, che non gli sono permesse nel suo territorio<sup>45</sup>. Nella decisione *Issa c. Turchia*, lo Stato convenuto è accusato di essere coinvolto in operazioni militari transfrontaliere, finalizzate a perseguire ed eliminare presunti terroristi. La Corte Europea ha ammesso che, in conseguenza di una simile azione, si deve ritenere che lo Stato abbia esercitato, temporaneamente, il generale ed effettivo controllo di una particolare porzione di territorio nella quale stava conducendo un'operazione militare.

Infine, vorrei ricordare due casi che sono direttamente correlati alla pratica della "consegna per motivi di giustizia". Il primo caso è quello *Öcalan c. Turchia*<sup>46</sup>. Il leader del PKK fu sequestrato a Nairobi, in Kenya, dai servizi segreti turchi. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo decise che Öcalan era soggetto alla giurisdizione della Turchia dal momento che a Nairobi era stato fisicamente trasferito dalla polizia keniana sotto il controllo degli ufficiali turchi. In quel caso, è stato ritenuto sufficiente che la vittima fosse stata fisicamente consegnata alla custodia e al controllo delle autorità turche, senza il bisogno di dimostrare il controllo su una determinata area geografica. Il secondo caso riguarda la detenzione in Iraq di Al-Saadoon e Mufdhi. Entrambi furono detenuti nella "Divisional Temporary Detention Facility" (sezione di detenzione temporanea all'interno del carcere) per mesi, prima dagli Stati Uniti, poi dai militari britannici e in seguito furono consegnati al tribunale iracheno per essere processati. Nella decisione sull'ammissibilità, la Corte ha ritenuto che alcuni detenuti incarcerati in una prigione inglese sul territorio iracheno, erano comunque soggetti alla giurisdizione del Regno Unito, dal momento che si trovavano sotto il loro totale ed esclusivo controllo di fatto e di conseguenza anche di diritto, esercitato dalle autorità

<sup>44</sup> CEDU, *Stocké c. Germania*, Decisione del 12 ottobre 1989 par. 166.

<sup>45</sup> CEDU, *Issa e altri c. Turchia*, Decisione del 16 novembre 2004, par. 71.

<sup>46</sup> CEDU, *Öcalan c. Turchia*, Decisione del 12 maggio 2005.

britanniche<sup>47</sup>. Nella sua sentenza finale, la Corte è abbastanza chiara:

“128. È stato ammesso che una Parte Contraente è responsabile ai sensi dell’articolo 1 della Convenzione per tutte le azioni ed omissioni dei suoi organi a prescindere che tali condotte siano una conseguenza di una legge nazionale o di un obbligo di conformarsi al diritto internazionale. L’articolo 1 non fa distinzioni in base al tipo di regola che viene in rilievo e non esclude che la giurisdizione di uno Stato contraente possa essere sottoposta al controllo del rispetto della Convenzione. Le forze armate dello Stato convenuto, essendo entrate in Iraq, hanno posto in essere una condotta attiva per portare sotto la giurisdizione del Regno Unito i due ricorrenti, arrestandoli e trattenendoli in una prigione gestita dal governo inglese (cfr. *Al-Saadoon and Mufdhi c. Regno Unito*, dec. n. 61498/08, §§ 84-89, 30 giugno 2009). In queste circostanze, la Corte considera che lo Stato convenuto era vincolato dall’obbligo di primaria importanza di assicurare che l’arresto e la detenzione non comportavano la violazione dei diritti dei ricorrenti sanciti dagli articolo 2 e 3 della Convenzione e dall’articolo 1 del Protocollo n. 13»<sup>48</sup>.

Possiamo concludere, dunque, che la Corte utilizza principalmente la dottrina del controllo territoriale, ammettendo però, in alcuni casi eccezionali, l’applicazione extra-territoriale. In ogni caso, rimane difficile per la Corte definire quali atti e quali effetti sono necessari affinché sussista la giurisdizione di uno Stato, come ad esempio nel caso di un’occupazione o di un’azione militare extra-territoriale o antiterroristica, o nel caso di giurisdizione derivante da eventuali obblighi positivi. Nel caso di custodia e detenzione, la situazione è più lineare, dato che la Corte ammette in realtà la dottrina del controllo personale, grazie alla quale lo Stato “ha la piena libertà di rispettare (o violare) i diritti di coloro che trattiene in stato di detenzione”<sup>49</sup>.

#### 4.2. *Detenzione di sicurezza ai sensi del diritto internazionale dei diritti umani?*

Il secondo argomento che merita di essere approfondito riguarda la questione se e fino a che punto il diritto internazionale dei diritti umani ammetta una specifica categoria di “custodia di sicurezza”, specialmente nel campo della lotta al terrorismo. Come regola generale possiamo dire che il diritto internazionale dei diritti umani ammette la detenzione di sicurezza in alcuni limitati casi e, anche quando la autorizza, la subordina a varie condizioni, perfino in periodo di guerra o in stato di emergenza.

<sup>47</sup> CEDU *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, ricorso n. 61498/08, decisione sull’ammissibilità, del 30 giugno 2009.

<sup>48</sup> CEDU, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*, 2 marzo 2010.

<sup>49</sup> M. SATTERTHWAITE, *Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law*, in *The George Washington Law Review*, 75, 1333, p. 1372.

#### 4.2.1. *La Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici/Il Comitato per i diritti umani*

La detenzione di sicurezza non è di per sé una violazione della Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici, sebbene i criteri che ne regolano l'applicazione e la procedura siano molto rigidi. Già nel 1982, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite aveva scritto nel suo commento generale n. 8 all'art. 9 della CIDCP, che riguarda il diritto alla libertà e alla sicurezza delle persone, che l'articolo 9(1) si applica a tutte le privazioni della libertà, sia in materia penale che non. In particolare, l'importante garanzia stabilita dal paragrafo 4 e cioè il diritto che un tribunale controlli la legittimità della detenzione, si applica a tutti coloro che sono stati privati della libertà personale mediante arresto o reclusione. Inoltre, gli Stati membri, ai sensi dell'art. 2(3), hanno l'obbligo anche di assicurare mezzi di ricorso nei casi in cui un individuo lamenti di essere stato privato della sua libertà in violazione della Convenzione. Il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite menziona esplicitamente al paragrafo 4 del suo commento sulla detenzione preventiva che:

“4. Anche se la detenzione c.d. preventiva è utilizzata per ragioni di sicurezza pubblica, deve essere soggetta alle stesse regole, e cioè non deve essere arbitraria, deve fondarsi su motivazioni e procedure stabilite dalla legge (parag. 1), devono essere fornite all'interessato informazioni sulle motivazioni (parag. 2) e deve essere garantito un mezzo di ricorso così come un adeguato indennizzo in caso di violazione (parag. 5)”<sup>50</sup>.

In ogni caso, non è chiaro qual è il quantum di prova richiesto per applicare la detenzione di sicurezza e se questo quantum rimane uguale per la detenzione breve, quella di media e quella di lunga durata.

È importante sottolineare che questi obblighi si applicano anche alla detenzione extraterritoriale di persone sotto l'effettiva custodia e controllo dello Stato:

“Mentre l'articolo 2 si esprime in termini di obbligo per gli Stati membri verso gli individui titolari dei diritti stabiliti dalla Convenzione, ogni Stato Parte ha un interesse giuridico a che ogni altro Stato rispetti i propri obblighi. Ciò deriva dal fatto che ‘le regole che riguardano i diritti fondamentali degli essere umani’ sono obbligazioni erga omnes”<sup>51</sup>.

La Convenzione si applica anche in quelle situazioni di conflitto armato nelle

<sup>50</sup> Comitato per i Diritti Umani, osservazione generale n. 8, articolo 9 (sessione 16esima, 1982), *Raccolta di osservazioni generali e raccomandazioni generali adottate dalle commissioni incaricate di monitorare l'implementazione dei principali trattati sui diritti umani (Human Rights Treaty Bodies)*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 8 (1994).

<sup>51</sup> Comitato per i Diritti Umani, osservazione generale n. 31, *Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).

quali sono applicabili le norme di diritto umanitario. Nonostante rispetto ad alcuni diritti della Convenzione possano venire in gioco alcune regole più specifiche di diritto internazionale umanitario, in generale le due discipline sono complementari e non reciprocamente esclusive<sup>52</sup>. L'art. 2, paragrafo 3, richiede che, oltre ad una protezione effettiva dei diritti stabiliti dalla Convenzione, gli Stati membri assicurino anche che gli individui abbiano a disposizione mezzi di ricorso efficaci per difendere tali diritti. Tali strumenti di impugnazione dovrebbero essere regolati in modo da adattarsi a certe categorie di persone, in particolar modo ai minori. La mancanza di indagini e di incriminazioni nei confronti di chi non rispetta tali prescrizioni potrebbe di per sé dare origine ad una autonoma violazione della Convenzione. Ciò è particolarmente vero rispetto a quelle violazioni riconosciute come reati nei sistemi giuridici interni e internazionali, come ad esempio la tortura e simili trattamenti inumani e degradanti (art. 7), esecuzioni capitali sommarie ed arbitrarie (art. 6) e sparizioni forzate (art. 7, 9 e spesso 6). Nessun status ufficiale può esimere da responsabilità coloro che vengono accusati di simili violazioni. Di conseguenza, qualsiasi norma volta a limitare tale responsabilità deve essere eliminata, come ad esempio la causa di giustificazione dell'aver obbedito all'ordine di un superiore o una legge temporanea che legittima simili violazioni dei diritti. Gli Stati Parti devono anche garantire un'assistenza reciproca nell'assicurare alla giustizia le persone sospettate di aver commesso violazioni della Convenzione punibili ai sensi del diritto interno o internazionale.

#### 4.2.2. *La Commissione e la Corte Interamericana dei Diritti Umani*

Nelle precedenti decisioni della Commissione e della Corte Interamericana dei Diritti Umani la detenzione di sicurezza non è considerata come una violazione della Convenzione Interamericana dei Diritti Umani, specialmente dell'art. 7 sulla libertà personale. La misura di sicurezza è trattata come ogni altra detenzione. Essa, dunque, è conforme con la Convenzione solo se non è arbitraria e se si basa su motivazioni precedentemente stabilite dalla legge. Ciò significa che le ragioni e le procedure che disciplinano l'arresto e la detenzione devono essere rigorosamente previste dalla legge e devono poter essere assoggettate ad un immediato controllo. Per evitare rischi di questa natura, la Commissione ha stabilito che non è ragionevole che per portare il detenuto davanti a un tribunale sia necessario un lasso di tempo superiore a 2 o 3 giorni<sup>53</sup>. In ogni caso, la Commissione ha riconosciuto che la privazione della libertà di un individuo può essere giustificata solo quando una simile misura è strettamente necessaria. Tuttavia, la Commissione ha messo in evi-

<sup>52</sup> Osservazione generale n. 29 sugli Stati di emergenza, adottata il 24 luglio 2001, riprodotta in *Annual Report for 2001*, A/56/40, Annex VI, paragrafo 3.

<sup>53</sup> V. ad esempio, il caso *Desmond McKenzie*.

denza come tale detenzione, in qualsiasi caso, debba conformarsi ai requisiti precedentemente stabiliti dalla legge statale e internazionale, incluso quello che impone che essa si fondi su motivazioni e procedure stabilite dalla Costituzione o da altre leggi che si dimostrino essere necessarie, giuste e non arbitrarie. La detenzione in simili circostanze deve anche essere sottoposta al controllo giudiziario senza ritardo e, qualora lo Stato abbia legittimamente mantenuto in carcere l'interessato, ad intervalli ragionevoli<sup>54</sup>.

La Corte Interamericana ha rigorosamente controllato che i casi di detenzione rispettassero i principi di legalità e non arbitrarietà. Nel caso *Gangaram Panday c. Suriname*<sup>55</sup>, la Corte è giunta alla conclusione che il Suriname aveva violato la Convenzione a causa di alcune detenzioni illegali. Gangaram Panday, infatti, era stato arrestato dalla polizia militare all'aeroporto di Paramaribo, in Suriname, dove era stato rimpatriato da Amsterdam attraverso una procedura di espulsione. Egli fu detenuto per 3 giorni in un carcere militare, senza il controllo dell'autorità giudiziaria e fu dichiarato ufficialmente che si era suicidato. La Corte Interamericana ha inoltre stabilito che mentre il diritto alla libertà e sicurezza personale è derogabile, non lo è, nel sistema interamericano, il diritto a ricorrere ad un tribunale competente ai sensi dell'articolo 7(6), che per sua natura è necessario per proteggere, durante la carcerazione penale o amministrativa, diritti assoluti quali il diritto ad un trattamento umano. La Commissione Interamericana ha affermato che ci sono anche altri elementi collegati al diritto alla libertà che non possono essere negati. Questi includono il requisito che le motivazioni e le procedure per la detenzione siano prescritte dalla legge, il diritto ad essere informati sulle ragioni della detenzione, altre garanzie contro l'isolamento prolungato o la carcerazione a tempo indefinito, incluso il diritto ad un avvocato difensore, a comunicare con la propria famiglia e a ricevere assistenza medica durante l'arresto.

#### 4.2.3. *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*<sup>56</sup>

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha fornito al diritto alla libertà un'interpretazione ancora più protettiva. La Corte ha continuamente sottolineato la fondamentale importanza delle garanzie contenute nell'articolo 5 per assicurare agli individui, in una democrazia, la libertà dalla detenzione arbitraria nelle mani dell'autorità. Per questa ragione, la Corte effettua una verifica sia della legalità che dell'arbitrarietà. La Corte proibisce la detenzione di sicurezza ai sensi dell'articolo 5 della CEDU, dal momento che nell'articolo 5(1)(b) non è previsto alcun potere generale dello Stato di

<sup>54</sup> <http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Eng/part.d.htm#B>, cfr. anche il caso *Ferrer-Mazorra et al.*

<sup>55</sup> Sentenza del 21 gennaio 1994.

<sup>56</sup> Per un'analisi più approfondita cfr. S. SOTTIAUX, *Terrorism and the limitations of Rights. The ECHR and the US Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2008.

sottoporre un individuo ad una carcerazione preventiva. La CEDU ha ripetutamente rigettato l'interpretazione dell'articolo 5(1)(c), fatta dal governo irlandese, nel senso che esso si riferisce a due diverse categorie di privazione della libertà – da un lato alla detenzione nei confronti di una persona arrestata o detenuta “sulla base di un ragionevole dubbio che abbia commesso un reato” e dall'altro quella eseguita quando “è ragionevolmente considerata necessaria per evitare che un soggetto commetta un reato”<sup>57</sup>. L'interpretazione fornita dalla CEDU consiste nel leggere l'articolo 5(1)(c) in combinato con l'articolo 5(3), sottolineando che:

“Considerato che il significato a cui si giunge attraverso l'analisi testuale è pienamente in armonia con lo scopo della Convenzione, che è quello di proteggere la libertà e la sicurezza degli individui contro la detenzione o l'arresto illegale; considerato che deve essere messo in evidenza che, se la ricostruzione della suddetta norma fatta dalla Corte non fosse corretta, chiunque sospettato di covare l'intenzione di commettere un reato potrebbe essere arrestato e detenuto per un periodo illimitato di tempo sulla base di una mera decisione amministrativa, senza la possibilità di considerare il suo arresto o la sua detenzione come una violazione della Convenzione; considerato che un simile assunto, con tutte le implicazioni del potere arbitrario, porterebbe a conclusioni ripugnanti per i principi fondamentali della Convenzione”<sup>58</sup>.

Ciò significa che l'articolo 5(1) non autorizza “una politica di prevenzione generale nei confronti di individui o categorie di individui che, come ad esempio i Mafiosi, rappresentano un pericolo a causa della loro propensione al crimine”<sup>59</sup>. L'articolo 5(1)(c) può essere utilizzato solo nel contesto della detenzione di sicurezza con riferimento alla persecuzione dei reati. In quel caso, si applica ai sensi dell'art. 5(4) il diritto all'habeas corpus, nell'accezione del diritto ad avere un'immediata revisione del proprio status da parte di un tribunale indipendente e imparziale stabilito per legge. Questo rimedio è disponibile a prescindere da quali siano le ragioni alla base della detenzione. Tuttavia, le garanzie procedurali e l'ambito della revisione differiscono a seconda della tipologia di libertà che viene in gioco. “In tempi rapidi” è una locuzione meno cogente di “immediatamente”, ma dalla giurisprudenza della Corte (*Al-Nashif c. Bulgaria* e *Öcalan c. Turchia* e *Salik c. Turchia*) risulta chiaro che l'interessato deve poter appellare la misura al massimo entro una settimana. Nel caso *Brogan*, la Corte ha riconosciuto la rilevanza di queste considerazioni nella lotta al terrorismo, ma ha anche rilevato che tutte le detenzioni non autorizzate da un'autorità giudiziaria superiori a 4 giorni non soddisfacevano il criterio della «immediatezza».

<sup>57</sup> *Lawless c. Irlanda*, par. 10.

<sup>58</sup> *Lawless c. Irlanda*, par. 14.

<sup>59</sup> *Guzzardi c. Italia*, 1980, par. 38.

Secondo una giurisprudenza consolidata, la Corte ha sistematicamente rigettato la detenzione in isolamento o senza alcuna comunicazione, eseguita in totale mancanza delle garanzie contenute nell'articolo 5, e le ha etichettate come le più gravi violazioni del diritto alla libertà e alla sicurezza (Kurt c. Turchia<sup>60</sup> Çakici c. Turchia<sup>61</sup>, Kurt c. Turchia, Luluyev e altri c. Russia<sup>62</sup>).

Comunque, l'articolo 5 è un diritto umano derogabile, dal momento che non figura nella lista dei diritti non derogabili stabiliti dall'articolo 15(2) CEDU. Nel caso *Lawless c. Irlanda*, del 1961, la Corte ha sostenuto che la detenzione di sicurezza di un membro dell'IRA per 5 mesi si fondava su una deroga dell'articolo 5 autorizzata dall'art. 15 CEDU. In un caso del genere, gli Stati non possono abusare del diritto previsto dall'articolo 17 CEDU per giustificare la privazione della libertà, anche se l'arrestato o il detenuto stava portando avanti delle attività incompatibili con i principi della Convenzione.

Dato che l'articolo 5(1)(f) non può essere utilizzato come base per la detenzione preventiva di stranieri pericolosi, il Regno Unito ha optato per la deroga di tale norma al fine di attribuire al Segretario di Stato il potere di certificare i cittadini stranieri ai sensi del *Anti-terrorism, Crime and Security Act* del 2001.

Nell'applicazione della legge sull'immigrazione, lunghi periodi di detenzione possono essere certamente giustificati in conformità con la CEDU quando il cittadino straniero è sospettato di essere coinvolto in attività terroristiche o comunque presenta un pericolo in tal senso. Nel caso *Chahal c. UK* la Corte, alla luce delle circostanze, ha ritenuto la detenzione di circa 4 anni compatibile con la CEDU. Tuttavia, tale detenzione deve necessariamente inserirsi nell'ambito dei procedimenti di immigrazione.

Ciò, però, non significa che tutte le detenzioni di sicurezza eseguite in deroga dell'articolo 5 e connesse alla legge sull'immigrazione siano compatibili con la CEDU. Nel 2004 la Camera dei Lords britannica ha deciso che la legge inglese sulla carcerazione di sicurezza attuata in deroga all'articolo 5 CEDU era incompatibile con la CEDU per violazione del principio di proporzionalità e di non discriminazione<sup>63</sup>. Addirittura, secondo Lord Bingham, tali carcerazioni violavano l'articolo 26 Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed erano "incompatibili con gli altri obblighi del Regno Unito derivanti dal diritto internazionale e in particolare dall'articolo 15 della CEDU". Gli interessati possono essere detenuti, in attesa di essere espulsi, a tempo indeterminato senza essere né accusati né processati per alcun reato. Il problema è che l'espulsione non è sempre possibile (ad esempio

<sup>60</sup> CEDU, 25 maggio 1998.

<sup>61</sup> CEDU, Decisione dell'8 luglio 1999.

<sup>62</sup> CEDU, Decisione del 9 novembre 2006.

<sup>63</sup> *A. v. Secretary of State for the Home Department* (2004), UKHL 56.

per il principio del non refolement o per mancanza di cooperazione fra Stati). In gioco c'erano le carcerazioni di sicurezza di cittadini non britannici certificati dal Segretario di Stato per gli Affari Interni come un rischio per la sicurezza nazionale nella cornice della legge anti-terrorismo. I detenuti erano custoditi nella prigione di Belmarsh e la loro situazione era regolarmente sottoposta al controllo della Special Immigration Appeals Commission (SIAC).

Nella giurisprudenza più recente, la Corte Europea ha adottato un approccio più rigido in merito al controllo giurisdizionale sulle carcerazioni di sicurezza eseguite in deroga all'articolo 5. Nel caso *Brannigan e McBride c. UK* (1993) la Corte confermò le carcerazioni in deroga di terroristi detenuti fino a 7 giorni senza il controllo dell'autorità giudiziaria. Nel caso *Aksoy c. Turchia* (1996), invece, la Corte non fu disposta a confermare la detenzione di alcuni sospettati terroristi per 14 giorni senza il controllo di un giudice, dato che la Corte considerava quel tempo "eccezionalmente lungo e tale da esporre il detenuto alla possibilità non solo di interferenze con il suo diritto alla libertà, ma anche alla tortura"<sup>64</sup>. Mentre nel 1961 nel caso *Lawless* sopra richiamato, la Corte aveva accettato la detenzione di sicurezza in deroga per 5 mesi, nel 1996 non giustificò la medesima detenzione di 14 giorni. La Corte ha confermato questo orientamento in casi più recenti, come ad esempio nel caso *Dikme c. Turchia*<sup>65</sup>.

In altre parole, è abbastanza evidente che la carcerazione di sicurezza, nonostante non sia proibita dal diritto internazionale dei diritti umani, deve essere sottoposta ad un immediato e effettivo controllo giudiziario, anche nel caso in cui sia eseguita in deroga per ragioni di emergenza.

#### 4.3. *Principi di diritto internazionale dei diritti umani in materia di estradizione o di consegna per ragioni di giustizia/extraordinary rendition (misure speciali amministrative-SAMS)*

##### 4.3.1. *La Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici/Il Comitato per i diritti umani*

Il Comitato per i Diritti Umani ha chiarito che la Convenzione Internazionale sui Diritti Civili e Politici richiede che gli Stati membri rispettino e assicurino i diritti contenuti nella Convenzione a tutti coloro che si trovano sul loro territorio e a tutti coloro sottoposti al loro controllo garantiti da un obbligo di non estradare, non deportare, non espellere o in altri modi allontanare la persona dal territorio nazionale, quando ci sono significative ragioni per ritenere che ci sia un reale rischio di danno irreparabile, come quello previsto dall'articolo 6 (diritto alla vita)

<sup>64</sup> Parag. 78.

<sup>65</sup> CEDU, Decisione dell'11 luglio 2000.

dall'articolo 7 (divieto di tortura o trattamenti o punizioni crudeli, inumane e degradanti) della Convenzione, sia nel Paese nel quale l'espulsione deve essere eseguita, sia in qualsiasi altro paese dal quale la persona può successivamente essere espulsa. Le autorità amministrative e giudiziarie competenti devono essere informate della necessità di conformarsi con gli obblighi della Convenzione in tali materie<sup>66</sup>.

Il Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite ha anche osservato, nel caso *Chitat Ng c. Canada*, che “se uno Stato membro estrada una persona soggetta alla sua giurisdizione in alcune circostanze, come ad esempio quando sussiste il rischio di pena capitale oppure quando a seguito dell'extradizione c'è un rischio concreto che i suoi diritti previsti dalla Convenzione potrebbero essere violati in un'altra giurisdizione, lo Stato potrebbe violare la Convenzione”<sup>67</sup>.

#### 4.3.2. *La Corte Interamericana dei Diritti Umani*

Nel 2006 la Corte Interamericana ha deciso un caso sul sequestro transnazionale e la sparizione forzata nel quale ha dovuto affrontare la problematica della responsabilità dello Stato. Nel caso *Goiburú e altri c. Paraguay*<sup>68</sup>, la Corte ha dovuto prendere in analisi la pratica utilizzata nell'“Operazione Condor”, una joint criminal enterprise finalizzata al sequestro, alla detenzione, tortura e sparizione forzata posta in essere dagli ufficiali militari e dall'intelligence del Cile, Argentina, Bolivia, Paraguay e Uruguay sotto il controllo della loro rispettive dittature militari. Lo scopo della joint criminal enterprise era quello di combattere le attività sovversive, attraverso lo scambio di informazioni, il sequestro, la custodia preventiva, uccisioni mirate ecc. Nel ricorso contro il Paraguay si censurava la pratica sistematica di detenzione arbitraria, tortura, esecuzioni extra-giudiziali e sparizioni eseguite dalle forze di intelligence e di sicurezza guidate dal dittatore Alfredo Stroessner, durante l'“Operazione Condor”. Alla considerazione n. 66 la Corte ha qualificato la responsabilità del Paraguay come un vero e proprio “terrorismo di Stato”, dal momento che lo Stato utilizzava il proprio potere come uno strumento per violare i diritti che avrebbero dovuto essere garantiti e salvaguardati, mentre le azioni erano portate avanti tramite la collaborazione interstatale. In altre parole, lo Stato è diventato il primo fautore dei gravi crimini commessi.

Inoltre, la Corte ha dichiarato che il divieto di sparizione forzata, eseguita con la collaborazione delle autorità degli altri Stati del continente e il corrispondente

<sup>66</sup> Osservazione generale n. 20, 10 marzo 1992, par. 9 e osservazione generale n. 31, 26 maggio 2004, par. 12.

<sup>67</sup> *Chitat Ng c. Canada*, Comunicazione n. 469/1991, UN Doc: CCPR/C/49/D/469/1991, par. 14.2.

<sup>68</sup> Corte Interamericana dei Diritti Umani, *Goiburú et al. c. Paraguay*, Sentenza del 22 settembre 2006.

obbligo di indagare e punire ha raggiunto lo status di *jus cogens* e sono, di conseguenza, norme di diritto internazionale non derogabili (considerando n. 84), prevedendo un ampio spettro di obblighi *erga omnes* (considerando n. 129). La Corte non solo fa riferimento alle violazioni dei diritti umani e delle libertà, ma anche alla violazione degli obblighi positivi di investigare, perseguire e punire, inclusi i doveri derivanti dal diritto internazionale in materia di estradizione in caso di gravi infrazioni dei diritti umani. La Corte ha stabilito un collegamento diretto fra obblighi *erga omnes* e obblighi positivi. Il pieno esercizio della giustizia comporta che il Paraguay abbia l'obbligo di richiedere l'extradizione dell'accusato senza ritardo e con la dovuta diligenza. La mancanza di trattati sull'extradizione non costituisce un motivo o una giustificazione al mancato invio di una richiesta di questo tipo (considerando n. 130). La Corte sottolinea l'importanza della cooperazione fra stati quando si occupa dell'obbligo positivo di investigare, perseguire e punire:

“131. Conseguentemente a quanto detto in precedenza, data la natura e la gravità dei fatti, in particolar modo perché avvenuti in un contesto di sistematica violazione dei diritti umani, la necessità di eliminare le impunità impone un obbligo per la comunità internazionale di assicurare una cooperazione fra Stati a questo fine. L'impunità non è eliminata se non è accompagnata dalla determinazione di una responsabilità (dello Stato) e una responsabilità specifica (dei suoi agenti o individui), che sono complementari. L'accesso alla giustizia è una norma imperativa del diritto internazionale e, in quanto tale, dà origine a obblighi *erga omnes* dello Stato, il quale deve adottare tutte le misure necessarie ad assicurare che simili violazioni non rimangano impunte, sia esercitando la sua giurisdizione in modo da applicare le leggi nazionali e internazionali per perseguire e, quando possibile, punire, i responsabili, sia collaborando con gli altri Stati che stanno facendo ciò o che cercano di fare ciò (...)

132. Quindi, l'extradizione è, a questi fini, uno strumento importante. La Corte ha dunque ritenuto rilevante dichiarare che gli Stati Parte della Convenzione devono collaborare tra di loro per eliminare le aree di impunità connesse alle violazioni commesse in questo caso, attraverso la persecuzione e, se possibile, la punizione dei responsabili. Inoltre, sulla base di questi principi, uno Stato non può garantire una protezione diretta o indiretta a coloro che sono accusati di crimini contro i diritti umani attraverso la ingiustificata applicazione di meccanismi giuridici che mettono a repentaglio gli obblighi internazionali che vengono in rilievo”.

In un'opinione separata, il giudice A.A. Cançado Trindade sottolinea come gli Stati avevano commesso crimini di Stato su scala interstatale e, facendo ciò, avevano commesso gravi violazioni di regole imperative del diritto internazionale (*jus cogens*) e serie violazioni dei diritti umani. In queste tipologie di casi vengono in gioco sia la responsabilità internazionale dello Stato che la responsabilità penale

internazionale delle persone fisiche (autori delle atrocità)<sup>69</sup>.

Egli conclude, dunque, la sua opinione con un parallelo fra queste pratiche interstatali di sequestro, le sparizioni forzate in America Latina e il programma statunitense relativo alle extraordinary rendition internazionali.

#### 4.3.3. *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*

Nonostante la Corte abbia tradizionalmente rifiutato di considerare l'estradizione o la deportazione come fonte di obbligazioni civili o di responsabilità penali ai sensi dell'articolo 6 CEDU e quindi abbia sempre rifiutato di applicare il principio dell'equità del processo<sup>70</sup>, si è trovata ad affrontare in un paio di casi il problema della elusione dell'estradizione tramite il sequestro e il trasferimento previsti dall'articolo 5(1). Già negli anni '80 la Corte si era occupata delle procedure di consegna in relazione all'estradizione.

Bozano, un cittadino italiano, era stato giudicato in contumacia. Le autorità italiane chiesero allora alla Francia di estradare Bozano, ma con una decisione dell'autorità giudiziaria la richiesta fu respinta sulla base del fatto che il processo in contumacia non era considerato compatibile con l'ordine pubblico francese. Successivamente fu trasferito dalla polizia francese, in ossequio ad un ordine esecutivo di espulsione (pericolo per l'ordine pubblico), in Svizzera da dove fu infine estradato in Italia.

La CEDU esamina la legalità della detenzione, che implica l'assenza di arbitrarietà. Il fatto che Bozano non avesse potuto utilizzare rimedi contro l'ordine di espulsione e non avesse potuto contattare la sua famiglia o il suo avvocato contribuiscono alla conclusione della Corte che la privazione della libertà da parte della Francia non era né legale, nel senso dell'articolo 5(1), né compatibile con il diritto alla sicurezza di una persona. Privare il Sig. Bozano della sua libertà in questo modo equivaleva di fatto ad una mascherata forma di estradizione finalizzata ad eludere la decisione negativa in merito alla richiesta di estradizione<sup>71</sup>.

Nel caso *Iskandarov c. Russia*<sup>72</sup>, la Corte ha dovuto affrontare il sequestro del Sig. Iskandarov, dopo che la richiesta di estradizione inoltrata dalle autorità Tagike era stata respinta dall'ufficio del Procuratore Generale russo. Il sequestro a Mosca

<sup>69</sup> Cfr. anche A.A. CANÇADO TRINDADE, *Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: the Crime of State Revisited*, in *International Responsibility Today - Essays in Memory of O. Schachter*, Leiden, M. Nijhoff, 2005, pp. 253-269.

<sup>70</sup> Nel caso *Mamatkulov e Askarov c. Turchia* (2005), nell'ambito delle contestazioni sull'equità delle procedure turche di estradizione, la Corte Europea ha ripetuto, al paragrafo 82, che "le decisioni che riguardano l'ingresso, la permanenza e l'espulsione degli stranieri non riguardano la decisione su un diritto civile del ricorrente o su un'accusa penale, nel significato espresso dall'articolo 6(1) della Convenzione".

<sup>71</sup> Considerando n. 60.

<sup>72</sup> CEDU, Sentenza del 23 settembre 2010.

e il suo trasferimento in Tagikistan fu commesso da agenti tagiki e russi. La Corte sottolinea che la detenzione non solo deve essere legale (e quindi conforme con la legge nazionale), ma anche compatibile con la nozione di arbitrarietà.

La Corte ha definito il termine “arbitrarietà” in varie sentenze, ma non c’è dubbio che la malafede, l’inganno o la mancanza di un’autorizzazione del giudice per un periodo lungo senza che vi sia una base giuridica sono senza dubbio esempi di comportamenti “arbitrari”. Nel caso Iskandarov, la Corte ha ritenuto profondamente riprovevole che simili metodi così poco chiari siano impiegati da agenti di Stato e che la privazione della libertà fosse eseguita in ottemperanza ad un ordine illegittimo di allontanamento finalizzato ad eludere il rifiuto della richiesta di estradizione, non trattandosi invece di una detenzione necessaria inserita nella normale procedura di allontanamento o estradizione.

L’elusione della procedura di estradizione attraverso l’utilizzo di altre procedure amministrative, senza le garanzie previste per la prima, è considerata dalla CEDU in entrambi i casi segno di arbitrarietà.

La CEDU non solo ha dovuto occuparsi di episodi di estradizione ed espulsione con riferimento all’articolo 5(1) CEDU, ma sull’argomento ha anche elaborato un interessante giurisprudenza con riferimento all’articolo 3 CEDU. Nel caso Soering c. UK, la Corte ha stabilito il principio secondo cui uno Stato viola la Carta EDU se estrada un individuo verso un altro Stato – in quel caso si trattava degli Stati Uniti – dove è probabile che sia sottoposto a trattamenti inumani e degradanti. In tali casi ci troveremmo di fronte a un flagrante caso di diniego di giustizia. La Corte ha affermato:

“Il problema resta quello se l’extradizione di un fuggitivo verso un altro stato dove dovrebbe essere soggetto sicuramente o probabilmente a tortura o a un trattamento inumano o degradante coinvolgerebbe di per sé la responsabilità dello Stato Contraente ai sensi dell’articolo 3 (...) Sarebbe difficilmente compatibile con i valori espressi dalla Convenzione, con “il patrimonio comune di tradizioni politiche, ideali, libertà e stato di diritto” al quale si riferisce il Preambolo, permettere ad uno stato membro di consegnare un fuggitivo ad un altro Stato pur avendo fondate ragioni di ritenere che potrebbe trovarsi in pericolo e potrebbe essere sottoposto a tortura o ad altri trattamenti inumani e degradanti, a prescindere da quanto efferrato possa essere il crimine commesso. L’extradizione in tali circostanze, mentre non è contemplata espressamente nella breve e generale disposizione dell’articolo 3, sarebbe in aperto contrasto con lo spirito e le intenzioni dell’articolo. Quindi, secondo l’opinione della Corte, questo intrinseco dovere di non estradare si riferisce anche a tutte quelle situazioni in cui il fuggitivo affronterebbe nello Stato ricevente il rischio concreto di subire trattamenti inumani e degradanti enunciati in quell’articolo.”

In quel caso, la Corte, sebbene in forma di *obiter dictum*, estende il principio fino a coprire la possibilità di una grave e sfacciata violazione del diritto ad un giu-

sto processo, previsto dall'articolo 6 CEDU. Questi principi vincolano ogni singolo firmatario della CEDU e devono applicarsi all'extradizione sia fra Paesi parte della convenzione che con i Paesi terzi.

L'obbligo di non-refoulement, cioè il dovere degli Stati di non respingere una persona in un Stato dove potrebbe correre il rischio di essere sottoposta a gravi maltrattamenti, è stato esteso dalla Corte anche in altre aree, come ad esempio in quella della normativa sui rifugiati e della legge sull'immigrazione.

Il principio espresso nel caso *Soering*, è stato applicato anche in altri casi di espulsione, il più famoso dei quali è il caso *Chahal c. UK*. In quel caso, la CEDU ha ritenuto che c'erano prove sufficienti a dimostrare il rischio concreto di maltrattamenti ed ha sottolineato che il rimpatrio di una persona in quelle circostanze sarebbe stata una violazione dell'articolo 3. L'applicazione dell'articolo 3 è assoluta. Non sono previste eccezioni e tale norma non potrebbe essere derogata ai sensi dell'articolo 15 in caso di emergenza nazionale:

“Il divieto contenuto all'articolo 3 contro i maltrattamenti è ugualmente assoluto anche in caso di espulsione. Di conseguenza, ogni volta che è stato dimostrato che un individuo, se allontanato da uno Stato, può correre il concreto rischio di essere sottoposto a trattamenti contrari all'articolo 3, sarà ritenuto responsabile lo Stato che doveva salvaguardarlo e che invece lo ha espulso. In queste circostanze, le attività della persona interessata, sebbene sgradite e pericolose, non possono rappresentare una concreta motivazione. La protezione offerta dall'articolo 3 è di conseguenza più ampia di quella garantita dagli articoli 32 e 33 della Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 delle Nazioni Unite”.

Le linee guida del Consiglio d'Europa sui Diritti Umani e sulla Lotta al Terrorismo adottate nel luglio 2005 riflettono questa giurisprudenza<sup>73</sup>. In un caso molto recente la CEDU ha ulteriormente aggiustato il suo orientamento. Nel caso di *Babar Ahmad e altri c. UK* (10 aprile 2012) sei presunti terroristi internazionali, che erano detenuti nel Regno Unito in attesa di essere estradati verso gli Stati Uniti, provarono ad evitare la procedura di estradizione sulla base di alcuni argomenti, fra cui il rischio che avrebbero potuto, una volta estradati, essere sottoposti a speciali misure amministrative, come ad esempio la *extraordinary rendition*. La CEDU non ha accettato tali motivazioni (a causa della note diplomatiche). Il caso è comunque interessante visto che la CEDU conferma la sua giurisprudenza anche alla luce di alcuni casi affrontati dalla House of Lords. La CEDU sottolinea chiaramente come l'esistenza o meno di un concreto pericolo di subire trattamenti contrari all'articolo 3 non può dipendere dalla base giuridica scelta per l'espulsione da

<sup>73</sup> [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/176C046F-C0E6-423C-A039-F66D90CC6031/0/LignesDirectrices\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/176C046F-C0E6-423C-A039-F66D90CC6031/0/LignesDirectrices_EN.pdf).

quello Stato. Nella sua giurisprudenza la Corte ha dimostrato come, nella pratica, ci possa essere una piccola differenza fra l'extradizione e le altre forme di espulsione. Inoltre, in un contesto extraterritoriale non ha senso distinguere tra tortura e trattamento inumano o degradante, dal momento che in quel caso è necessaria una valutazione probabilistica non essendo sempre possibile stabilire quale sarà il trattamento. In queste tipologie di ipotesi, non c'è un test di proporzionalità da effettuare. L'unica valutazione che può essere fatta è se il livello minimo di gravità richiesto dall'articolo 3 è stato raggiunto. E ciò può essere stabilito indipendentemente dalle ragioni dell'espulsione o dell'extradizione.

Nell'opinione della Corte, ciò è totalmente in linea con l'orientamento del Comitato per i Diritti Umani, secondo il quale l'articolo 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici proibisce il *refoulement* quando vi è un concreto rischio sia di tortura, sia di qualunque altra forma di maltrattamento. La Corte fa riferimento anche all'articolo 19 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che prevede che nessuno possa essere rimosso, espulso o estradato in uno Stato quando vi è un serio rischio che venga sottoposto a pena capitale, tortura o trattamento inumano o degradante: tale norma è pienamente compatibile con l'interpretazione dell'articolo 3 fatta dalla Corte. Infine, la Corte conclude che quanto stabilito nel caso *Chahal* (e riaffermato nel caso *Saadi*) dovrebbe essere applicato ugualmente all'extradizione e alle altre forme di espulsione dal territorio di uno Stato Contraente, senza distinzione fra i vari maltrattamenti previsti dall'articolo 3. In ogni caso, la Corte ha introdotto una standard più alto per quanto riguarda il trasferimento transnazionale:

“Comunque, la natura di diritto assoluto dell'articolo 3 non significa che qualsiasi forma di maltrattamento deve rappresentare una barriera all'espulsione da uno Stato Contraente [...] La Corte ha ripetutamente stabilito che la Convenzione non ha la pretesa di rappresentare un mezzo per imporre i principi in essa contenuti anche a Stati non membri. Così facendo, il trattamento che potrebbe violare l'articolo 3 a causa di un'azione o omissione di uno Stato Contraente non può costituire il livello minimo di gravità richiesto dall'articolo 3 nei casi di espulsione o estradizione”<sup>74</sup>.

Molto recentemente la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ampliato la sua teoria sul *refoulement* all'articolo 6, nel caso *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, il quale aveva ad oggetto l'espulsione di un sospettato di terrorismo dal Regno Unito alla Giordania. Il ricorrente, il Sig. Othman, era arrivato nel Regno Unito nel 1993 in fuga dalla Giordania. Aveva richiesto asilo, sostenendo che era stato detenuto e torturato dalle autorità giordane. Fu riconosciuto come un rifugiato nel

<sup>74</sup> Paragrafo 177.

1994 e gli fu garantita la permanenza nel Regno Unito per un periodo di quattro anni. Nel 1998 fece richiesta per un permesso a tempo indeterminato. Nel 2002, mentre la sua richiesta era ancora pendente, fu arrestato e portato in una prigione in applicazione del Anti-terrorism, Crime and Security Act del 2001. Nell'agosto del 2005, gli fu notificato un avviso di espulsione. Egli rifiutò l'espulsione, adendo infine anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sostenendo che c'era un concreto pericolo che potesse essere torturato una volta rientrato in Giordania, in violazione dell'art. 3 CEDU. Temeva anche di dover affrontare un secondo processo per quegli stessi crimini (associazione a delinquere finalizzata a causare esplosioni e affiliazione ad una organizzazione terroristica) per i quali è stato condannato in contumacia in Giordania nel 1999. Tra le altre cose, lamentava anche il rischio di essere giudicato colpevole al termine del secondo processo, a causa delle prove raccolte mediante la tortura da lui, gli altri imputati o altri prigionieri, in violazione dell'art. 6 CEDU. La CEDU ha deciso che il rimpatrio in Giordania del ricorrente violava l'articolo 6 della CEDU, dato che vi era il concreto rischio che le prove ottenute mediante tortura, anche dagli altri coimputati, avrebbero potuto essere utilizzate contro di lui. Dato che l'ammissione di simili prove avrebbe reso l'intero processo non solo immorale e illegale, ma anche inattendibile, la Corte ha concluso che si trattava di un evidente caso di diniego di giustizia. Per sottolineare la sua decisione nel caso *Othman*, la Corte ha utilizzato un linguaggio molto chiaro e vivido. Specialmente un passaggio merita di essere citato per esteso: "Nessun sistema giuridico basato sullo Stato di diritto può consentire di ammettere prove – sebbene verosimili – che sono state ottenute tramite una pratica così barbara come la tortura. Il processo è uno dei fondamenti dello Stato di diritto. Prove ottenute tramite la torture danneggiano enormemente quel processo. Sostituisce lo Stato di diritto con la forza e disonora la reputazione di qualsiasi Corte che la ammette. La prova raccolta attraverso la tortura deve essere esclusa per proteggere l'integrità del processo e, in ultima istanza, lo Stato di diritto stesso".

Come la Corte non ha mancato di rilevare, si è trattata della prima sentenza in cui un'espulsione è stata ritenuta in contrasto con l'articolo 6 e quindi il test dell' "evidente diniego di giustizia" è stato considerato una rigorosa dimostrazione di ingiustizia. Queste conclusioni sono state incluse nella decisione della Corte presumibilmente al fine di attenuare qualsiasi tipo di critica da parte del Regno Unito o di altri Stati membri.

In ogni caso, non si esclude che simili considerazioni vengano fatte rispetto a prove ottenute attraverso altre forme di maltrattamenti che non possano essere definiti propriamente tortura.

## 5. Conclusioni

### 5.1. Sequestro e detenzione di sicurezza: obblighi positivi e negativi

L'analisi delle principali norme del diritto internazionale dei diritti umani ha dimostrato chiaramente che la custodia preventiva connessa con le misure speciali amministrative (SAMS), che si discosta dalla ordinaria procedura di estradizione, non appartiene al campo dell'esecutivo. La detenzione di sicurezza deve essere legale e deve usata in modo non arbitrario e senza abuso di potere. Inoltre, deve essere assoggettata a un immediato e effettivo controllo giurisdizionale (habeas corpus). L'extraordinary rendition è anch'essa una speciale misura amministrativa, ma ha cambiato radicalmente il significato del termine "rendition", dal momento che lo scopo non è più quello di processare una persona, ma di custodirla in segreto al fine di interrogarla. Tale istituto non si fonda su alcuna legge né statale né internazionale ed è considerata, almeno negli Stati Uniti, libera da vincoli, stabiliti ex ante, di natura costituzionale o legislativi, concretizzandosi nella possibilità dell'Amministrazione di sequestrare e trasferire fuori dagli Stati Uniti, in Paesi stranieri, persone sospettate di qualche crimine. Sul punto, il diritto internazionale dei diritti umani può essere utile per capire quali sono gli obblighi che gravano sugli Stati. Risulta evidente che la dottrina Kerr-Frisbie/Alvarez-Machain della Suprema Corte degli Stati Uniti non è in linea con il diritto internazionale dei diritti umani: quest'ultimo, infatti, non limita la giurisdizione di uno Stato in materia di diritto internazionale dei diritti umani al suo territorio, ma la espande anche alle azioni commesse dagli agenti statali produttive di effetti in territorio straniero e ai soggetti sottoposti al controllo degli agenti dello Stato, anche quando si trovano all'estero. Lo Special Rapporteur delle Nazioni Unite Scheinin ha espresso preoccupazione in merito alle conseguenze che potrebbero derivare da una teoria che non applica la legge a quei sequestri o a quelle detenzioni che sono eseguite al di fuori dei confini nazionali proprio allo scopo di evitare l'applicazione della legge. Egli ha incoraggiato, invece, una teoria che applicasse le stesse regole ai sequestri e alle detenzioni sia territoriali che extraterritoriali, in modo da evitare di incentivare violazioni dei diritti degli individui<sup>75</sup>.

Data l'applicabilità del diritto internazionale dei diritti umani, gli Stati coinvolti nelle extraordinary rendition devono applicare gli specifici requisiti previsti da quel sistema normativo, inclusi quelli sulla misura di sicurezza. Per questa ragione,

<sup>75</sup> M. SHEININ, *Extraterritorial effect of the ICCP*, in F. COOMANS - M. KAMMINGA, *Extraterritorial application of human rights treaties*, Antwerp, Intersentia, 2004, 73-8; U.N. Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms While Countering Terrorism, Mission to the United States of America*, 36-38, U.N. Doc. A/HRC/6/17/Add.3 (Nov. 22, 2007).

i ricorsi pendenti davanti alla Corte Europea dei Diritti Umani (El Masri c. Macedonia, ricorso n. 39630/09, e Al Nashiri c. Polonia) sono di estrema importanza. Il 16 maggio 2012 si è celebrata l'udienza alla *Grande Chambre* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per il caso El-Masri c. Macedonia. Il ricorrente lamentava la violazione dell'articolo 3, dell'articolo 5 (sequestro e detenzione in isolamento, trasferimento e detenzione segreta in Afghanistan, tortura e ritrasferimento in Albania) e dell'articolo 13 (diritto a un ricorso effettivo). Quello che in pratica rappresenta un reato organizzato transnazionale di sequestro e sparizione forzata ad opera di un gruppo coordinato di autorità macedoni, statunitensi e afgane (e forse anche tedesche), viene valutato alla luce degli obblighi derivanti alla Macedonia dalla Convenzione. E' importante a tal proposito tenere bene in mente l'opinione della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa<sup>76</sup>. La Commissione di Venezia non ha dubbi: il sequestro di una persona ad opera di agenti di uno Stato A nel territorio di uno Stato B e il suo trasferimento nello Stato A o in un paese terzo è una violazione della sovranità territoriale dello Stato B e quindi è un atto internazionale illegittimo che coinvolge la responsabilità internazionale di uno Stato A. Neppure l'autorizzazione concessa ad autorità di un altro stato di arrestare e/o trasferire una persona contro la sua volontà può essere invocata, dato che sarebbe in contrasto con lo *jus cogens* e sarebbe di conseguenza *ultra vires*. La Commissione di Venezia ritiene che le misure anti-terrorismo, che fanno parte di quella che a volte è stata definita come "guerra al terrorismo", non appartengono al "conflitto armato" e quindi non si applica il regime previsto dal diritto internazionale umanitario.

A proposito dell'elusione delle procedure di estradizione e di segreta detenzione, la Commissione di Venezia ha sottolineato come la CEDU non contenga disposizioni sulle circostanze in presenza delle quali l'extradizione deve essere garantita o sulla procedura da seguire prima di quella di estradizione. Ciò significa che una procedura di estradizione atipica non può essere di per sé ritenuta contraria alla CEDU. Tuttavia, abbiamo segnalato in questo articolo che alcune procedure atipiche di estradizione possono violare l'articolo 5, a causa dell'arbitrarietà e dell'abuso del potere. La Commissione di Venezia, inoltre, continua ad insistere in favore della teoria del dovere di proteggere. La Commissione, infatti, ricorda che il dovere di difesa e protezione all'interno della propria giurisdizione include obblighi positivi. Le autorità statali devono prendere misure effettive per salvaguardare gli individui contro il rischio di sparizione e per guidare un'indagine rapida e efficace ogni volta vi sia una denuncia fondata che una persona è stata sequestrata e da allora non è più stata vista. Infine, la Commissione di Venezia analizza i limiti al potere di trasferire prigionieri imposti dal diritto internazionale dei diritti umani. La CEDU non garantisce un diritto a non essere estradati o espulsi. L'extradizio-

<sup>76</sup> [http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD\(2006\)009-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2006/CDL-AD(2006)009-e.asp).

ne o l'espulsione non sono di per sé una violazione dell'articolo 3 della CEDU. Tuttavia, l'extradizione e l'espulsione possono entrare in conflitto con gli articoli della CEDU. Secondo la dottrina espressa nel caso Soering dalla Corte Europea dei Diritti Umani, uno Stato può essere dichiarato responsabile per la violazione degli articoli 2 e 3, nei casi più evidenti anche degli articoli 5 e 6 CEDU, se una sua decisione, autorizzazione o qualsiasi altra azione ha creato un reale rischio che il prigioniero subisca una violazione di questi diritti nello Stato in cui è trasferito. In tali casi, non ha alcuna rilevanza il fatto che lo Stato nel quale la violazione si verifica o si potrebbe verificare faccia parte o meno della CEDU. La Commissione di Venezia giunge alla conclusione che gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno trasgredito diversi obblighi internazionali violando alcuni diritti umani, incluso l'articolo 5, e non rispettando il loro dovere di difesa e protezione (dovere di investigare, perseguire e giudicare).

## *5.2. Extra-ordinary rendition: nessuna carta bianca al potere esecutivo. Il controllo giudiziario*

Le corti interne dovrebbero essere in grado di prendere una decisione in tema di arbitrarietà o abuso di potere anche a proposito dell'applicazione di strumenti di cooperazione, che siano di mutua assistenza o speciali misure amministrative. Considerato l'impatto sui diritti dei cittadini, come ad esempio le rilevanti violazioni dei diritti umani e il compimento di atti illegali, spesso veri e propri reati, è da tempo giunto il momento di mettere da parte in queste ipotesi quelle teorie come l'"Act of State", "Actes du government", o i privilegi (come le immunità di interesse pubblico o il segreto di stato) ed imporre, invece, il controllo di un'autorità giudiziaria. In questa direzione, vengono in rilievo due esempi.

Il primo esempio è una decisione dell'Alta Corte australiana nel caso *Moti*<sup>77</sup>. *Moti*, avendo la cittadinanza australiana, fu preso dalle Isole Salomone nel 2007 e accusato secondo la legge australiana di aver commesso reati sessuali su minori a carattere extraterritoriale. Nel procedimento, arrivato fino all'ultimo grado di giudizio, davanti all'Alta Corte di Australia, *Moti* sostenne che la sua espulsione era in realtà una forma di estradizione mascherata e di trasferimento illegale e quindi la sua persecuzione giudiziaria era un abuso del processo. Il Commonwealth sosteneva, invece, l'impossibilità di adire l'Alta Corte di Australia secondo la teoria dell'"Act of State", a prescindere dal fatto che l'espulsione di *Moti* dalle Isole Salomone fosse legale o illegale. In ogni caso, la Corte, con una maggioranza di 6 a 1, concluse che il fatto che fosse in questione la decisione di un ufficiale straniero non impediva ai tribunali di decidere sul caso. Una volta stabilito che la teoria dell'

<sup>77</sup> *Moti c. La Regina* [2011] HCA [52].

“Act of State” non precludeva alla Corte di decidere se era avvenuta un’espulsione illegale, si poneva il problema di appurare se l’espulsione illegale rendeva il procedimento un abuso del processo. L’Alta Corte osservò che Moti, in conseguenza della sua espulsione illegittima dalle Isole Salomone, era a disposizione per l’accusa e il processo solamente nello Stato del Queensland. Di conseguenza, per stabilire se vi era stato un abuso del processo era necessario stabilire se l’espulsione di Moti era illegittima e perché. Inoltre, secondo la Corte, l’interesse pubblico impone che un tribunale assicuri che i processi siano utilizzati correttamente dallo Stato e dai suoi cittadini, perché altrimenti verrebbe a mancare la pubblica fiducia. Quest’ultima fa riferimento alla fiducia riposta dalla Costituzione nei tribunali al fine di proteggere l’integrità e la correttezza dei processi. La Corte, dunque, concluse che quel processo rappresentava un abuso del processo.

Il secondo esempio è una decisione della Corte di Appello Canadese nel caso Stati Uniti c. Khadr<sup>78</sup>. L’appello solleva alcune questioni fondamentali sulla risposta giudiziaria alle violazioni dei diritti umani subite da un individuo oggetto di una procedura di estradizione per accuse di terrorismo. Gli Stati Uniti d’America avevano pagato all’ISI, i servizi di intelligence pakistani, mezzo milione di dollari per sequestrare Abdullah Khadr nella capitale del Pakistan, Islamabad, nel 2004. Khadr, cittadino canadese, era sospettato di fornire armi ad Al Qaeda in Pakistan e Afghanistan. A seguito del suo sequestro, Khadr fu segretamente tenuto in prigione per 14 mesi. Fu picchiato fino a che non iniziò a cooperare con l’ISI, il quale lo interrogò per motivi di intelligence. L’ISI rifiutò di trovare un accordo con il governo canadese, ma ebbe comunque contatti con un ufficiale dei servizi segreti canadesi (CSIS). Le autorità americane scoraggiarono la richiesta dell’agente del CSIS che a Khadr fosse garantito un accesso consolare e l’ISI rifiutò tale accesso per 3 mesi. I servizi pakistani rifiutarono anche di portare Khadr davanti ai tribunali del Pakistan. Solo dopo aver esaurito Khadr come fonte per informazioni segrete anti-terrorismo, si preparò a rilasciarlo. Gli Stati Uniti insistettero però, affinché l’ISI trattenesse Khadr per altri 6 mesi in una prigione segreta, in modo da poter condurre un’indagine e iniziare il procedimento per un’eventuale consegna di Khadr al governo statunitense. Quando Khadr fu finalmente rimpatriato in Canada, gli Stati Uniti cercano di ottenere la sua estradizione accusandolo di terrorismo. Il giudice sospese il processo sulla base del fatto che se fosse continuato, nonostante la richiesta pendente di estradizione, avrebbe costituito un abuso del processo. Il giudice dell’extradizione esclude la cattiva condotta dello Stato, che inficiava la correttezza dell’udienza e danneggiava l’integrità del procedimento giudiziale. Il giudice dell’extradizione riconobbe al paragrafo 150 che una sospensione poteva

<sup>78</sup> *United States of America c. Khadr*, n. C52633, 2011 ONCA 358 (Can. App. Ct., Ontario, 5 giugno 2011).

essere garantita solo nei casi più evidenti, com'era quello del Sig. Khadr:

“Nelle democrazie delle società civilizzate, lo Stato di diritto deve prevalere sugli obiettivi di intelligence. In questo caso, la somma delle violazioni dei diritti umani sofferte da Khadr è al tempo stesso scioccante e ingiustificabile. Sebbene Khadr potesse essere in possesso di informazioni segrete di valore strategico, egli ha comunque diritto alla garanzia e ai benefici offerti dalla legge e quindi a non essere detenuto arbitrariamente e segretamente in un centro segreto di prigionia dove è stato sottoposto a violenza fisica. Gli Stati Uniti erano la forza trainante dietro i 14 mesi di detenzione in Pakistan di Khadr, avendo pagato 500 mila dollari di ricompensa per la sua cattura. L'agenzia dei servizi segreti statunitensi aveva agito di concerto con l'ISI al fine di ritardare l'accesso consolare al Department of Foreign Affairs and International Trade canadese per 3 mesi, al contrario di quanto stabilito dalla Convenzione di Vienna. Gli Stati Uniti, diversamente dai desideri del Canada, fecero pressioni sull'ISI affinché ritardasse il rimpatrio di Khadr dal momento che erano profondamente insoddisfatti dal suo rilascio senza accuse, nonostante in quel momento non ci fossero prove ammissibili su cui fondare le accuse. Nella mia opinione, considerata questa grave condotta, non poteva esserci un caso più certo di questo meritevole di una sospensione”.

### 5.3. *La dimensione transnazionale degli obblighi positivi e negativi derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani*

L'allargamento della giurisdizione in base al diritto internazionale dei diritti umani e l'espansione degli obblighi positivi in riferimento a importanti violazioni dei diritti umani sono passi avanti significativi, ma non affrontano in profondità la dimensione transnazionale di tali violazioni. Il programma di extraordinary rendition è *de facto* un programma di sparizione forzata transnazionale, ma gli obblighi derivanti dalla CEDU, sebbene siano dotati di uno status universale ed alcuni di essi abbiano valore di diritto cogente *erga omnes*, si applicano solamente all'interno delle giurisdizioni degli Stati firmatari delle Convenzioni siglate nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani.

I principi transnazionali sono elaborati nell'ambito delle organizzazioni politiche regionali, come l'Unione Europea. Un buon esempio è costituito dall'art. 19(2) della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea:

“Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”.

Tuttavia, quando si è trattato di implementare gli obblighi positivi derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani ed il relativo dovere di investigare, perseguire e giudicare violazioni rilevanti del diritto internazionale dei diritti umani,

trattandosi di gravi reati, tale dovere, sul versante della cooperazione transnazionale in materia penale, è rimasto ancora oggi poco sviluppato. Lo stesso può rilevarsi da un punto di vista legislativo. Nonostante le Nazioni Unite abbiano adottato nel 2006 una Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate, entrata in vigore nel 2010, tale Convenzione non contiene specifici obblighi a proposito di cooperazione internazionale in materia penale<sup>79</sup>. Un primo, timido, passo può essere rinvenuto nella casistica giudiziaria della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo. La Corte Interamericana ha qualificato il dovere di cooperare per assicurare alla giustizia gli autori delle violazioni dei diritti umani un obbligo *erga omnes*:

“L'accesso alla giustizia costituisce una norma imperativa del diritto internazionale, e in quanto tale, dà vita all'obbligo *erga omnes* per gli Stati di adottare tutte le misure necessarie per prevenire la possibilità che le violazioni dei diritti umani restino impunte, sia attraverso l'esercizio del loro potere giudiziale di applicare il diritto interno o quello internazionale per giudicare ed infine punire i responsabili di tali crimini sia attraverso la collaborazione con gli altri Stati in questa direzione.

La corte evidenzia che, attraverso il meccanismo di garanzia configurato dalla Convenzione Americana e grazie agli obblighi internazionali regionali e universali in questo campo, gli Stati membri della Convenzione devono collaborare con gli altri verso questo scopo”<sup>80</sup>.

Obblighi positivi e cooperazione internazionale non sono stati in cima all'agenda della giurisprudenza della Corte Europea. Tuttavia è pacifico, secondo la Corte, che essi siano sottointesi nella ratio sostanziale dell'art. 2 della CEDU:

“Di conseguenza, quando gli autori sospettati di un attacco terroristico perpetrato altrove si trovano sotto la giurisdizione di uno Stato contraente, e la prova del reato può essere garantita, l'art. 2, di fondamentale importanza, richiede che le autorità di detto Stato prendano di propria iniziativa le misure necessarie a riguardo. Altrimenti i responsabili degli attacchi transfrontalieri otterranno l'impunità ed al tempo stesso verranno vanificati gli sforzi delle autorità degli Stati contraenti ove è avvenuto l'attacco di garantire la difesa dei diritti fondamentali dei propri cittadini. La natura e lo scopo di queste misure, dunque, non potrà che dipendere dalle circostanze del caso concreto e non sarebbe appropriato da parte della Corte il tentativo di essere più specifica in questa decisione”<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> M.L. VERMEULEN, *Enforced Disappearance, Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Antwerp, Intersentia, 2012.

<sup>80</sup> Corte Interamericana dei Diritti Umani, *La Cantuta c. Perù*, 2006, paragrafo 160.

<sup>81</sup> CEDU, *O'Loughlin c. Regno Unito*, 25 agosto 2005 (ricorso n. 23274/04), decisione sull'ammissibilità, paragrafo 2.

Alla luce della giurisprudenza in materia di diritto internazionale dei diritti umani, è sorprendente notare come – ad esempio – sia sempre stato molto difficile nei Paesi europei aprire indagini giudiziarie sulla pratica dell'extraordinary rendition e come sia risultato ancora più complicato raccogliere le prove a causa della mancanza di cooperazione tra autorità nazionali e di restrizioni transfrontaliere. Ed è altrettanto sorprendente che negli Stati Uniti non sia mai stata aperta alcuna indagine, sebbene il governo sia vincolato ad investigare sulle extraordinary rendition già accadute e a perseguire e punire coloro che siano stati coinvolti nella commissione di reati connessi con la pratica della extraordinary rendition<sup>82</sup>. Dal momento che manca un meccanismo di *enforcement* internazionale, è certamente giunto il momento di elaborare, tanto a livello legislativo che a livello di diritto internazionale dei diritti umani, norme più specifiche a proposito di obblighi positivi di cooperazione in materia penale. Ostacoli, quali immunità di interesse pubblico, segreti di stato o immunità personali, dovranno essere rimossi. Dovrà, invece, essere garantita la legittimazione ad agire nei procedimenti nazionali.

È incredibile quante obiezioni possano essere opposte negli Stati Uniti in forza dell'“Alien Tort Statute” o del “Torture victim's protection Act”, obiezioni che comportano l'esclusione della responsabilità per violazioni dei principi riconosciuti dal diritto internazionale dei diritti umani. Le autorità statali dovrebbero essere obbligate ad utilizzare gli strumenti di mutua assistenza giudiziaria in maniera effettiva, non accantonandoli per ragioni politiche, come accaduto in Italia e Germania in relazione ad indagini connesse alle procedure di extraordinary rendition.

Le relazioni diplomatiche non dovrebbero prendere il sopravvento, specie quando si tratta di gravi violazioni dei diritti fondamentali e della dignità umana: altrimenti diventerebbero un velo di impunità.

<sup>82</sup> L'associazione degli Avvocati della città di New York incoraggia nelle sue raccomandazioni lo svolgimento di indagini sui presunti casi di extraordinary rendition: *International and Domestic Law applicable to “extraordinary renditions”*, 2006, p. 8 <http://www.chrgj.org/docs/TortureByProxy.pdf>.



## **Retrospettiva**

*“Giudici e giurati tra ‘intimo convincimento’,  
‘al di là di ogni ragionevole dubbio’  
e obbligo di motivazione”*



MANUEL J. ARROBA CONDE

CONVINCIMENTO, CERTEZZA E MOTIVAZIONE:  
L'ESPERIENZA CANONICA

*Iudicantem oportet cuncta rimari  
Primo semper omnia inquirere  
Postea caritativam proferte sententiam*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'obbligo di motivazione: *cuncta rimari*. – 3. Certezza morale: *Omnia inquirere*. – 4. Libero convincimento: *ut cum iustitia et caritate diffiniatis*. – 5. Il principio del *favor veritatis*.

1. *Premessa*

Il legame tra l'intimo convincimento, il fondamento delle pronunce penali al di là di ogni ragionevole dubbio, e l'obbligo di motivazione, con i problemi annessi a ognuno di tali concetti, è ricondotto nel dibattito dell'odierna penalistica all'ambito delle garanzie contro il rischio di un esercizio arbitrario del potere giudiziale, deprecabile in qualsiasi tipo di controversia, ma specialmente nei processi penali.

Tale impostazione è del tutto ovvia se ognuno dei riferiti principi viene inteso nel significato abitualmente attribuito a ciascuno: l'intimo convincimento come un argine contro il sistema di prove legali e una risorsa necessaria per armonizzare il bisogno di giudicare secondo coscienza, ma anche secondo le allegazioni e le prove addotte; il superamento del ragionevole dubbio come la soglia obbligata e, al contempo, sufficiente, per verificare l'esistenza dei presupposti della decisione; la motivazione, infine, come la manifestazione dell'iter logico seguito dal giudice, per consentire ai destinatari una ricezione critica della sentenza.

L'apparente linearità di tale prospettiva viene infranta dall'insidiosa presenza di possibili significati alternativi in ciascuno dei tre istituti; significati non più riconducibili in modo scontato alle sospirate garanzie contro l'arbitrarietà, e che non provengono tanto da proposte teoriche (sebbene queste non manchino), quanto da interpretazioni della prassi forense. Così, l'intimo convincimento, anziché freno contro astratte geometrie nel valutare le prove, si ritiene principio esteso fino alla totale assenza di criteri argomentativi cogenti, col rischio che il giudicante rimanga preda di sue incontrollate persuasioni emotive. Il superamento di ogni ragionevole

dubbio è oggetto di rilettura che lo vede come mero principio di *moral confort* del giudice, poco attinente quindi con la verifica oggettiva dei fatti. Infine, l'obbligo di motivare potrebbe ridursi all'obiettivo di giustificare soltanto "ex post" la decisione, ponendo così seri interrogativi sulla sua pur apparente razionalità logica.

Una visione più allargata dei problemi annessi ai concetti oggetto di studio pone di fronte a elementi da sempre ritenuti in tensione, che ineriscono alla finalità del processo e, di conseguenza, alle sue principali caratteristiche. Tra gli elementi in tensione hanno speciale rilievo la relazione tra la natura cognitiva e imperativa del potere e dell'attività giudiziale; i vincoli tra giustizia del processo e giustizia della decisione; il rapporto tra la responsabilità morale (personale) e giuridica (pubblica) nel decidere, con l'annessa distinzione tra scienza privata e prove acquisite; la logica del ragionamento valutativo e le interferenze soggettive; ecc.

Nel riferire sul punto l'esperienza canonica è d'obbligo limitarsi a pochi richiami sintetici che, alla luce dell'evoluzione storica, consentano di inserirla nel dibattito attuale sull'interpretazione dei tre istituti e di valutare così se si possano attendere dalla canonistica odierna contributi culturali utili a progredire in un condiviso senso della giuridicità nell'amministrazione della giustizia penale<sup>1</sup>. Tale obiettivo induce a trattare separatamente ognuno dei tre concetti, ma suggerisce di invertire l'ordine, partendo dall'obbligo di motivazione, alla luce del quale è più agevole esaminare il significato che hanno il libero convincimento e la certezza morale; detto percorso permette di riportare i vincoli tra i tre concetti a un'istanza integrale di fondo, il *favor veritatis*, che nella prospettiva canonica è irrinunciabile.

## 2. *L'obbligo di motivazione*: cuncta rimari

Rispetto all'obbligo di motivare la sentenza è necessario riferirsi a un equivoco storico, largamente diffuso. Uno studio insufficiente delle fonti ha indotto a ritenere per molto tempo che, fino alla prima codificazione del 1917, non fosse obbligatorio motivare le sentenze canoniche; anzi, che sia persino responsabilità del diritto canonico, contro quanto sarebbe stato l'orientamento nel diritto romano, se gli ordinamenti secolari precedenti all'epoca moderna, non solo non obbligavano a motivare le sentenze, ma in certi casi lo vietassero per impedire le impugnazioni.

L'equivoco, come dimostrato efficacemente<sup>2</sup>, viene soprattutto da un'eccessiva

<sup>1</sup> Sulla ricchezza dell'interscambio culturale di un passato non lontano, cf. M. NACCI, *La cultura giuridica del diritto canonico: il "laboratorio" degli anni trenta del novecento in Italia*, in *Apolinaris* LXXXV, 2012, 73-147.

<sup>2</sup> Sul travisamento di fonti romane e canoniche rimando all'eccellente studio di J. LLOBELL, *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, 1985.

polarizzazione degli autori nella decretale *Sicut nobis* di Innocenzo III<sup>3</sup>, in gran parte travisata sin dal secolo XIII dalla dottrina classica dei canonisti<sup>4</sup> e anche dai civilisti<sup>5</sup>. Per risolvere l'equivoco bisogna ricordare la distinzione tra l'esistenza di una norma che imponga l'obbligo di motivare e le conseguenze annesse a detto obbligo; può essere obbligatorio motivare le sentenze senza che siano previste conseguenze sulla sentenza e sul giudice in caso di mancato adempimento.

Ed è proprio questo il caso della decretale *Sicut nobis* di Innocenzo III. Oltre ad essere solo una tra le varie decretali dello stesso Papa che sarebbero significative in tema di motivazione, il suo contenuto preciso non fu quello di dichiarare non obbligatoria la motivazione ma di riaffermare, rispondendo alla domanda di un vescovo<sup>6</sup>, la presunzione di legittimità nel procedere dell'autorità giudiziale anche quando non si conoscano i motivi della sua decisione. Al tempo stesso, nella sua risposta, il Papa dichiara legittima la consuetudine contraria ad indicare tutti i motivi sui quali si fonda una sentenza. Se sul punto si chiese una risposta al Pontefice si deve ritenere che il Vescovo, autore della domanda, era consapevole dell'esistenza di una norma che rendeva obbligatoria, non solo la motivazione, ma una motivazione completa<sup>7</sup>.

Innocenzo IV deroga le disposizioni della *Sicut Nobis* con la decretale *Quum medicinalis*, che riguarda le cause di scomunica<sup>8</sup>. Secondo quanto avvertito, la deroga non ha per oggetto introdurre l'obbligo di motivare, che già esisteva, ma solo la possibilità di adempierlo nel modo incompleto permesso da Innocenzo III. A fondamento dell'obbligo di fornire al destinatario una motivazione completa, il Papa adduce la natura medicinale e non mortale della scomunica, circostanza per la quale il giudice deve provvedere con maggior cura a manifestare tutto ciò che il destinatario deve correggere o emendare<sup>9</sup>. Nella Decretale si rinforza l'obbligo di provvedere a una motivazione completa, indicando che la motivazione deve essere comunicata alle parti nello stesso scritto della sentenza<sup>10</sup> e stabilendo una sanzione

<sup>3</sup> X, II, XXVII, c. 16.

<sup>4</sup> Llobell (*Historia*, 18) attribuisce all'opera di A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, II, Macerata 1760, che raccoglie sul punto l'opinione parziale del card. Ostiense nel suo commento alle Decretali, l'origine di una serie di errori acriticamente ripetuti dai canonisti dell'epoca.

<sup>5</sup> Cf. T. SAUVEL, *Histoire du jugement motivé*, in *Revue du Droit Public*, LXXI, 1951, 16.

<sup>6</sup> Interpellato sul valore di testimoni che, assicurando l'esistenza di sentenza assoluta dell'imputato, riconoscevano di non sapere i motivi per i quali il giudice aveva risolto in tal modo, il Papa stabiliva che essendoci sentenza, non è rilevante conoscere o ignorare i motivi che mossero il giudice ad emetterla, cf. J. Llobell, *Historia*, 117-119.

<sup>7</sup> Nella sua risposta Innocenzo III fa espressa menzione dell'estensione (*in plerisque locis*) della consuetudine "*quod omnia, quae iudicem movent, non exprimentur in sententiis proferendis*".

<sup>8</sup> VI, V, XI, c. 1.

<sup>9</sup> "*Caute provideat iudex ecclesiasticus ut in ea ferenda ostendat se prosequi quod corrigentis fuerit et medentis*".

<sup>10</sup> La motivazione della decisione non si intendeva inizialmente come parte integrante del te-

sia per il giudice inadempiente sia per la sua sentenza<sup>11</sup>.

Si deve avvertire che il capitolo *Quum medicinalis* è un passo del Primo Concilio di Lione, dove si attribuisce natura medicinale a tutta l'attività giudiziale<sup>12</sup>; ciò significa che è necessaria una motivazione completa per ogni sentenza canonica e, senz'altro, per quelle con cui vengono imposte le altre sanzioni medicinali: l'interdetto e la sospensione. Dalla fonte conciliare e papale si evince che possa rimanere non raggiungibile la finalità medicinale di una sentenza di scomunica se la motivazione non è completa, e che per garantire detta finalità si debbano impiegare misure coercitive come quelle indicate, diminuendo così indirettamente la presunzione di legittimità nel procedere dei giudici che emanino sentenze non contenenti motivazioni complete. Senza emarginare l'importanza rispetto ad altri obiettivi<sup>13</sup>, il venir meno alla completezza della motivazione nelle cause penali non si riteneva solo un problema processuale ma sostanziale, cioè una deviazione dall'obiettivo di emendamento che caratterizza la pena canonica<sup>14</sup>.

In simile contesto può stupire che la quasi totalità dei canonisti classici abbia ritenuto inesistente l'obbligo di motivare le sentenze, ispirandosi a catena in un commento dell'Ostiense alla *Sicut nobis* dove chiamava fatuo il giudice che nella sentenza esprimeva le ragioni<sup>15</sup>. In realtà lo stesso Ostiense in un'altra sua opera, meno utilizzata, la *Summa Aurea*, indica una quantità rilevante di eccezioni alla non obbligatorietà della motivazione; tra queste si annoverano le sentenze di scomunica e quelle in cui la persona non abbia riconosciuto la sua colpa<sup>16</sup>. In realtà le collezioni giurisprudenziali dimostrano che la prassi dell'attività giudiziaria canonica era motivare le sentenze. Né poteva essere altrimenti attese le fonti a cui si ispirano le pur scarse disposizioni normative espresse. Oltre al valore simbolico che possiedono alcuni testi della Scrittura in cui compare Dio come giudice supremo, che motiva le sue decisioni, le fonti dei testi normativi si ispirano a omelie di Papi e di Santi Padri in cui si sottolinea lo stretto legame tra finalità medicinale della pena

sto della sentenza, ma come la consegna alle parti, al momento di dettare il dispositivo, dei documenti sui quali la pronuncia si fondava.

<sup>11</sup> Per il giudice la Decretale prevedeva pene severe di sospensione riservate al Sommo Pontefice.

<sup>12</sup> Cf. J. D. MANSI (Cur.), *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, Graz, 1961, vol. 23, coll. 633-686. Sul punto cf. J. LLOBELL, *Historia*, 130-133.

<sup>13</sup> Come per esempio recuperare l'infamia arrecata da una sentenza fondata su falsi motivi.

<sup>14</sup> Il fondamento della motivazione risiede nel carattere terapeutico, pedagogico e preventivo delle sentenze quali atti di potestà che incidono su beni appartenenti ai destinatari e alla comunità.

<sup>15</sup> "*Immo et fatuum est exprimere atque periculosum*", HENRICUS A SEGUSIA, *Summa*, Lyon 1537, *In Decretales commentaria*, Venetiis, 1581, cap. XVI, p. 162, nn. 3-4; F. ROBERTI, *De processibus*, II, Roma, 1926, 185, dove si ricorda che per alcuni autori non si deve motivare la sentenza perché in tal modo *se exponit reprehensionibus litigantium*.

<sup>16</sup> Cf. HENRICUS A SEGUSIA, *Summa*, Lyon, 1537, 122; sono le eccezioni quinta e quindicesima. Sul punto cf. J. LLOBELL, *Historia*, 146-149.

e motivazione della sua imposizione.

L'obbligo di motivare la sentenza, raccolto al can. 1874 CIC 1917, con l'eccezione delle sentenze emesse dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, fu commentato dalla dottrina, sull'esempio dei commentatori dei moderni codici di procedura secolari, richiamandosi all'esigenza di razionalità logica che deve esprimere e caratterizzare la sentenza, intesa come atto dell'intelletto e della volontà, dove la *potestas* del giudice non può che fondarsi su motivi ragionevoli<sup>17</sup>. Il can. 1611 CIC 1983 ha esteso l'obbligo di motivazione a tutte le sentenze, ribadendo la loro nullità in caso di mancanza di motivazione.

Vi è una parte della moderna dottrina che, rispetto all'obbligo di motivazione, propone di arricchire il ruolo centrale della razionalità logica, il cui iter deve esser comunicato alle parti, con il concetto di razionalità dialogica<sup>18</sup>. Si tratterebbe di un ulteriore passo che consentirebbe di non limitarsi a comunicare la razionalità intrinseca della decisione, proponendosi anche di manifestare, in modo comprensibile, che la decisione è un risultato ottenuto secondo i dettami di una razionalità comunicativa che non si spezza con la conclusione del processo. Non basta la sola razionalità logica, astratta e individuale, che può non garantire altro che la comprensione della decisione come atto di *imperium*<sup>19</sup>, né può escludere che la motivazione sia mero esercizio di giustificazione *ex post*. La razionalità dialogica include il porsi in una prospettiva integrale per manifestare come sia stata acquisita e vagliata la totalità di quanto raccolto come prova.

Nei processi penali la razionalità dialogica è un concetto che esige di mantenere il rigore sull'analisi e la valutazione dei fatti del passato; ma la dialogicità, in senso sostanziale, obbliga a ritenere anche come elemento significativo il futuro del destinatario della decisione, dimostrando le ragioni per cui i provvedimenti adottati nei suoi confronti siano un progetto di bene al quale egli possa aderire per assenso libero, giustificando in che modo detti provvedimenti valorizzano la condizione,

<sup>17</sup> Cf. M. LEGA - V. BARTOCETTI, *Commentarius in Iudicia ecclesiastica iuxta Codicem Iuris Canonici*, II, Roma, 1950, 928, n. 5; M. CONTE A CORONATA, *Compendium Iuris Canonici*, III, Torino, 1938, 302, n. 1393.

<sup>18</sup> Sul concetto di razionalità dialogica in relazione al processo canonico si permetta il rinvio a M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Roma, 6a ed., specialmente ai temi 5, 16, 31, 40. Detto principio valorizza la discussione giudiziale secondo quella che fu la primitiva prassi della Rota Romana dove il giudice indicava alle parti, sotto forma di atto extragiudiziale, le motivazioni prima di decidere in modo che i destinatari, conoscendo "*rationes dubitandi ... in facto vel in iure*", potessero informare meglio il tribunale; cf. G. CABERLETTI, *La motivazione nella sentenza canonica*, in P. GHERRI (ed.), *Decidere e giudicare nella Chiesa. Atti della VI Giornata canonistica interdisciplinare*, Città del Vaticano, 2012, 259.

<sup>19</sup> Cf. E. DI BERNARDO, *Il ruolo della logica nel contesto probatorio nell'accertamento dei fatti nel processo canonico*, in G. BASTI - P. GHERRI (edd.), *Logica e diritto: tra argomentazione e scoperta. Atti della V Giornata canonistica interdisciplinare*, Città del Vaticano, 2011, 291-328.

sua e degli altri soggetti coinvolti, quali interlocutori, protagonisti di un discorso comune che non emargina le ragioni del più debole<sup>20</sup>.

### 3. *Certezza morale*: Omnia inquirite

Se la prospettiva integrale della razionalità dialogica costituisce l'orizzonte più adeguato dell'obbligo di motivazione della sentenza canonica *coram partibus*, sui presupposti della decisione *coram iudice* è giusto riferirsi all'integrità di elementi da valutare razionalmente. È necessario avvertire che il concetto che esprime il principio "oltre ogni ragionevole dubbio" (art. 5 legge 46/2006 modificativa del comma 1 dell'art. 533 del c.p.p. italiano) non è presente in modo specifico nel sistema penale canonico, se non come principio accostabile al concetto di certezza morale. La certezza morale è però presupposto univoco per ogni tipo di causa canonica e possiede sufficiente autonomia rispetto ai criteri previsti dagli ordinamenti secolari circa i presupposti della decisione<sup>21</sup>.

L'espressione *certitudo moralis* non compare negli autori né tanto meno nei testi normativi dell'epoca classica. Il primo a utilizzarla fu Tommaso Sanchez nel secolo XVII prendendola dalla Scolastica che ha come punto di riferimento la definizione di certezza di Tommaso d'Aquino: quel fermo assenso dell'intelletto ad una verità che esclude ogni timore di errore<sup>22</sup>. Per i teologi moralisti della Scolastica la certezza morale si fonda su quelle regole pratiche della vita che una persona prudente utilizza per agire correttamente in senso morale; Sanchez osserva che è impossibile pretendere certezza metafisica per emettere il giudizio e avverte della sufficienza della certezza morale<sup>23</sup>.

Ciò non significa che nei testi normativi precedenti, il concetto di certezza morale fosse del tutto estraneo: il Decreto di Graziano ammonisce sull'impossibilità di emettere sentenza in caso di dubbio e fonda l'affermazione in due canoni che precedono alle sue parole, attribuiti uno al papa Evaristo, diretto ai vescovi di tutto il mondo, e l'altro al papa Eleuterio<sup>24</sup>. Si tratta di testi relativi ai giudizi di natura penale. Nel primo si avverte che "*nullum ante veram iustamque probationem iudicare aut dampnare debemus*", con la corrispondente esortazione ad evitare precipitazioni e ad indagare diligentemente. Nel secondo si sostiene addirittura il bisogno di una "*plena inquisitione*", che spesso esige di interrogare "*frequenter*" e di evitare di arrivare alla sentenza lasciando "*aliquid prætermisum*". In tal senso si compren-

<sup>20</sup> Cf. M. RIONDINO, *Giustizia riparativa e mediazione penale nel diritto canonico*, Roma, 2ª ed., 2012, 59; A. IACCARINO, *Nessuno resti escluso. La giustizia oltre i confini*, Città del Vaticano, 2013.

<sup>21</sup> Cf. G. DOSSETTI, *Processo matrimoniale canonico e logica giuridica*, in *Ius*, III, 1942, 245-258.

<sup>22</sup> Cf. C. IZZI, *La certezza morale nel giudizio canonico*, in *Decidere e giudicare nella Chiesa*, 210.

<sup>23</sup> Cf. T. SANCHEZ, *De Sancto matrimonii sacramento*, I, Venetiis, 1614, Lib. II disp. 45 n. 4.

<sup>24</sup> Cf. J. LLOBELL, *Historia*, 62.

de come il noto carattere secondario che il sistema canonico attribuisce a principi quali l'economia processuale, la certezza, e altri simili abbia origine antica<sup>25</sup>.

La certezza morale in ambito canonico non sarebbe sufficientemente compresa se ritenuta soltanto un'esigenza dell'istituzione processuale che in ambito penale autorizzi a provvedere in difesa di interessi collettivi disgiunti dalla persona del reo. Anzi, la finalità medicinale della pena posta da Innocenzo IV a giustificazione dell'obbligo di motivare le sentenze è richiamata da Graziano a proposito della necessità di superare i dubbi prima di decidere. Graziano prende in prestito un testo di S. Agostino nel quale si avverte dell'impossibilità di escludere qualcuno dalla comunione senza avere prove certe, nonostante detta misura penale abbia solo natura medicinale e non mortale<sup>26</sup>. In questo caso, quindi, la medicinalità della pena viene richiamata per non trovare in essa una ragione che possa diminuire la necessaria base oggettiva sulla quale deve riposare la decisione di imporre la sanzione. Per il superamento dei dubbi, Graziano offre altre regole interessanti, tra le quali è degna di nota quella sulla cura con cui devono essere interrogati i testi<sup>27</sup>.

Alla luce di ciò, all'espressione *cuncta rimari*, da noi accostata direttamente all'attività riguardante il momento di esprimere le motivazioni, corrisponde un'altra previa, riferibile agli strumenti di acquisizione della certezza: la necessità cioè di *omnia inquisire*. Rispetto alle fonti canoniche perciò, non può dirsi facilmente che la certezza morale, con la conseguente esigenza di superare il ragionevole dubbio sui fatti da indagare, possa essere ridotta alla sola dimensione soggettiva, agli aspetti cioè di natura etica che devono ispirare la coscienza del giudice al momento di decidere, senza alcun legame con l'accertamento oggettivo dei fatti<sup>28</sup>. Anzi, qualche canonista, interpretando la certezza morale come regola euristica vera, non dubita nel ritenerla un principio guida dell'intera attività giudiziale<sup>29</sup>. In realtà, pur

<sup>25</sup> Merita menzione la possibilità di presentare prove fuori termine pur di evitare di condannare un innocente, A. REIFFENSTUEL, *Ius canonicum universum*, II, tit. XXVII, n. 55.

<sup>26</sup> C. II, q. 1, c. 18. Sulla centralità della persona nell'ordinamento canonico, cf. P. GHERRI (ed.), *Diritto canonico, Antropologia e Personalismo. Atti della II Giornata canonistica interdisciplinare*, Città del Vaticano, 2008.

<sup>27</sup> C. IV, q. II-III, c. 3.

<sup>28</sup> Questa è la tesi proposta da J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the criminal trial*, New Haven-London, 2008, ampiamente commentata da A. Dal Ri jr., R. Orlandi e M. Pifferi in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 39, 2010, 727-761. Whitman unisce l'origine della regola all'incertezza sulla sorte dei condannati dall'Old Bailey negli anni in cui furono sospese le deportazioni in America (1783-1787); il problema della sua tesi non risiede direttamente nel considerare la regola del ragionevole dubbio come canone etico idoneo a esonerare i giurati dal dovere di condannare, ma piuttosto nel negare che il ragionevole dubbio sia anche una regola guida per l'accertamento oggettivo, sostenendo addirittura che la trasformazione della riferita regola in criterio euristico rischi di farla diventare fonte di arbitrio.

<sup>29</sup> Cf. Z. GROCHOLEWSKI, *La certezza morale come chiave di lettura delle norme processuali*, in *Ius Ecclesiae* IX, 1997, 418 ss.

senza confondere i piani, in ambito canonico è difficile affermare che ci possano essere scissioni tra la responsabilità morale e giuridica<sup>30</sup>.

Dal principio di certezza morale inteso come esigenza di accertamento oggettivo discendono alcune caratteristiche del sistema processuale canonico. Tra queste meritano speciale menzione l'accresciuto ruolo riconosciuto all'ufficio giudicante nella raccolta delle prove e le norme sulla prova indiziaria.

I poteri probatori del giudice sono formulati al c. 1452, 2 in termini di supponenza e vincolate all'obiettivo di evitare una sentenza ingiusta. A detta norma si attribuiscono due eventuali problemi: che il giudice presti un indebito aiuto alla parte negligente, col rischio di perdere in imparzialità<sup>31</sup>; e che finisca per invadere l'esclusiva iniziativa di parte sulla materia del processo nelle cause contenziose<sup>32</sup>. Si può dire che la formula del codice non è felice perché, vincolando l'iniziativa inquisitoria del giudice al rischio di produrre sentenze ingiuste, unisce due cose diverse: la richiesta della prova da un lato e, dall'altro, una sorta di intuizione previa sull'esito della stessa. Il timore di sentenza ingiusta non si può interpretare in tale ottica, difficilmente armonizzabile con l'imparzialità. L'unica interpretazione plausibile è quella che vincola l'iniziativa del giudice alle altre risultanze, non a suoi pregiudizi o conoscenze private<sup>33</sup>. In tal senso è opportuna la distinzione tra imparzialità, essenziale al giudizio, e la c.d. terzietà, concetto meno adatto al ruolo del giudice, almeno in relazione alla ricerca della verità<sup>34</sup>. Tale obiettivo rende ragionevole che egli possa e debba verificare, alla luce delle prove, se le parti hanno prodotto tutti i dati conoscitivi disponibili e che possa egli stesso attivarsi se ciò non è accaduto. Sarebbe insostenibile ritenere che chi ha la responsabilità di stabilire la verità non abbia le possibilità di acquisire i dati per l'accertamento dei fatti.

<sup>30</sup> Sul punto basti riferire la proibizione posta da una decretale di Gregorio VII ai giudici, vietando loro di risolvere senza avere prove certe, anche nel caso sappiano la verità, C. XI, q. III, c. 75.

<sup>31</sup> Cf. J. OCHOA, *I processi canonici in generale*, in AA.VV., *Il nuovo codice di diritto canonico*, Roma, 1983, 458-459, che ammonisce contro il rischio che il giudice diventi avvocato.

<sup>32</sup> Per tale rischio certi autori attribuiscono valore residuale al can. 1452, cf. P. MONETA, *Le parti in causa: diritti e limiti*, in AA.VV., *La procedura matrimoniale abbreviata*, Città del Vaticano, 1998, 9.

<sup>33</sup> Nessuna iniziativa del giudice può provenire da gratuite presunzioni di mendacità delle parti, prive di riscontri oggettivi, cf. M. J. ARROBA CONDE, *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, Lugano, 2008, 87.

<sup>34</sup> L'imparzialità qualifica l'essenza della funzione di giudice, ma si riferisce solo al dovere di decidere in modo uguale i casi uguali, cfr. M. J. ARROBA CONDE, *Deontologia e norme processuali*, in AA.VV., *Deontologia degli operatori dei tribunali ecclesiastici*, Città del Vaticano, 2011, 68; in tal senso non è fondato sostenere che l'imparzialità sia incompatibile con l'attribuzione al giudice di poteri istruttori autonomi. Sulla distinzione tra imparzialità e terzietà, cf. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 122. Che non sia corretto descrivere la posizione del giudice rispetto alla verità in termini di terzietà non significa che non sia imprescindibile, per la corretta dialettica processuale, la divisione rigorosa dei ruoli discorsivi che spettano al giudice e alle parti, cf. A. GENTILE, *Teoria del diritto e tecnica dell'argomentazione forense*, in *Politica del diritto XXXVIII* (2008), 461-480.

Sulla prova indiziaria o presuntiva il sistema canonico si orienta verso una visione al contempo analitica e unitaria; in effetti, sulle presunzioni giudiziali la norma canonica si esprime in termini di divieto, ma permette dedurre i fatti principali dall'accertamento di altri fatti strettamente connessi a quelli (can. 1586). Tali deduzioni non hanno valore di prova ma sono frutto della valutazione dell'insieme delle prove e, in ogni caso, non esimono dall'onere di provare i fatti principali controversi<sup>35</sup>. Questa visione equilibrata corrisponde alla miglior tradizione canonica sul valore delle prove, dove al permesso riconosciuto al giudice di non assoggettare la sua mente a una sola specie di prova<sup>36</sup> corrisponde l'obbligo di non farsi travolgere da prove singolari apparentemente eclatanti<sup>37</sup>.

Nello stesso solco si colloca la dottrina del Magistero sulla certezza morale; sul punto i canonisti richiamano i discorsi di Pio XII alla Rota Romana degli anni 1941 e 1942<sup>38</sup> e quello di Giovanni Paolo II dell'anno 1980<sup>39</sup>. Il diverso contesto nel quale si muove ogni Pontefice spiega le accentuazioni di ciascuno: in un contesto di eccessivo formalismo giudiziale, Pio XII richiama il possibile valore sufficiente degli indizi, esortando a non esigere più del necessario; nel contesto di eccessivo soggettivismo e relativismo sulle solennità processuali, Giovanni Paolo II richiama l'esigenza di verità oggettiva nel rispetto di un sano formalismo, evitando di sopravvalutare indizi isolati. Per l'interesse che possiede per il nostro argomento conviene segnalare che Pio XII, nel suo primo discorso, qualifica come "morale" quel fermo convincimento che "escluda ogni dubbio prudente, ossia fondato su ragioni positive" ossia "la valutazione del giudice contro la quale manca un ragionevole motivo di dubbio".

Nella moderna dottrina si propone di arricchire il concetto di certezza morale, normalmente intesa come lo stato d'animo soggettivo dell'autorità giudiziale, pur fondato in dati oggettivi, come avverte la dottrina del Magistero<sup>40</sup>. Si sostiene che tale oggettività debba risiedere, a sua volta, nell'applicare regole di valutazione oggettive sicché, fermo restando che la sentenza non deve offrire spiegazioni di natura psicologica, improprie del diritto, non è avventato ritenere inseparabili la dimensione oggettiva della certezza morale dall'idoneità della decisione ad essere convincente in coscienza per i destinatari<sup>41</sup>. Ciò esige di non emarginare nessun

<sup>35</sup> Cfr. M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 490-491.

<sup>36</sup> Così stabilisce Clementino III nella Decretale *In praesentia nostra*, X, I, IX, c. 6.

<sup>37</sup> In tal senso Celestino III nella Decretale *Praeterea quum*, X, II, XX, c. 27.

<sup>38</sup> Le fonti ufficiali dei discorsi di Pio XII sono *AAS* XXIII, 1941, 424; *AAS* XXIV, 1942, 338-343.

<sup>39</sup> La fonte ufficiale del discorso di Giovanni Paolo II è *AAS* LXXII, 1980, 172-178.

<sup>40</sup> Cf. C. IZZI, *La certezza morale nel giudizio canonico*, 228-232. Non è possibile applicare alla sentenza canonica l'idea di rivestire solo di buone ragioni i motivi della decisione, anche quelli non fondati; cf. PH. BRETON, *Convaincre sans manipuler. Apprendre à argumenter*, Paris, 2008.

<sup>41</sup> Cf. M. J. ARROBA CONDE, *Conoscenza e giudizio nella Chiesa*, in *Apollinaris* LXXXIV, 2011, 532; *Diritto processuale*, 524-525.

elemento presente negli atti, e di evitare di stabilire presunzioni sulla base di indizi che possano portare ad altre deduzioni diverse. In tal senso è condivisibile che la certezza morale, come la regola sul superamento del ragionevole dubbio, debba incidere anche nella tecnica motivazionale<sup>42</sup>. Nelle cause penali la certezza morale richiede di escludere ogni altra spiegazione ragionevole alternativa sugli indizi inerenti a tutti gli elementi da considerare.

Alla luce di quanto detto si può ritenere irrinunciabile e permanente tratto culturale del sistema canonico la convinzione secondo cui il principio sul superamento di ogni ragionevole dubbio non possa risolversi nell'adottare una soluzione che sia ragionevole al pari di altre, e che non abbia le garanzie di accertamento oggettivo che l'attività giudiziale consente meglio di altre procedure extragiudiziali. Malgrado ciò, per ragioni piuttosto funzionali e organizzative, negli ultimi anni è aumentato l'orientamento verso l'imposizione di sanzioni canoniche per via extragiudiziale. La legge canonica permette la via extragiudiziale per giuste cause ma la esclude per imporre le pene perpetue (can. 1342). La dottrina si mostra critica verso detto orientamento e richiama in ogni caso che, almeno nella valutazione dei fatti, il superiore debba seguire i criteri stabiliti nelle norme sui processi giudiziari<sup>43</sup>.

#### 4. *Libero convincimento*: ut cum iustitia et caritate diffiniatis

Alcuni canonisti intendono il libero convincimento come la dimensione soggettiva della certezza morale<sup>44</sup>. Detta spiegazione, pur ammissibile, non consente certamente di stabilire ipotesi di contraddizioni tra la dimensione soggettiva e quella oggettiva precedentemente indicata, perché il libero convincimento, quale principio che sin da tempi remoti prevale nella valutazione delle prove, non può derogare l'obbligo di superare il ragionevole dubbio che abbia base oggettiva e che, nei casi penali, incombe sulla pluralità di elementi da esaminare.

Questo obbligato equilibrio tra gli aspetti soggettivi (libero convincimento) e quelli oggettivi (certezza morale) che costituiscono i presupposti della sentenza

<sup>42</sup> Così si esprime Orlandi nel citato commento all'opera di Withman (o.c., 749); in termini simili mi ero espresso nell'articolo citato nella nota precedente (532) circa la qualità della motivazione, che ritengo consista in una saggia e accurata congiunzione tra la valutazione globale della causa e la valutazione dei mezzi di prova, applicando su ciascuno dei fatti principali e secondari emersi i criteri oggettivi di valutazione indicati dalla legge. Ho sempre richiamato tale indirizzo in tema di valutazione ma credo che ad esso si debba unire la redazione delle motivazioni in fatto, che esige di evitare ogni retaggio di giustificazione apodittica.

<sup>43</sup> Cf. M. RIONDINO, *Giustizia riparativa*, 38 e 178-184. G. PUNTILLO, *Decreto penale extragiudiziale canonico e diritto di difesa: contributi alla comparazione con l'ordinamento italiano*, Città del Vaticano, 2010.

<sup>44</sup> Cf. C. IZZI, *La certezza morale*, 225.

si può ritenere dato acquisito precocemente nel diritto canonico. Basti riferirsi al sistema probatorio che si deduce dalle Decretali; alcune fanno espressa menzione della discrezionalità del giudice nel valutare le prove secondo il grado di certezza che producono nel suo animo<sup>45</sup>; in altre si richiamano alcuni criteri oggettivi sui quali è ragionevole distinguere diversi gradi di certezza, come la fonte di cognizione dei fatti, la concordanza tra varie dichiarazioni, la prestazione o no del giuramento<sup>46</sup>, fino alla classificazione delle prove in piene e semipiene, sempre nell'orizzonte della coscienza del giudice<sup>47</sup>; in altre infine si ricorda che la libertà riconosciuta al giudice non lo esime dall'osservare le norme generali sulla prova e dall'attenersi esclusivamente alle prove allegate senza fare uso della sua scienza privata<sup>48</sup>.

Da quanto detto si evince che il principio del libero convincimento, anche nel diritto canonico, deve essere posto in relazione sia con la necessità che il giudice non affidi ad altro tipo di conoscenza la propria responsabilità nel decidere, sia con il superamento del sistema di prove legali in materia di valutazione, senza mai confondere il libero convincimento con l'arbitrarietà.

Rispetto all'impossibilità che il giudice scarichi la propria responsabilità su altri già Innocenzo III dichiarò *contra legem* la consuetudine di affidare la soluzione delle controversie a persone, rivestite di saggezza giuridica, ma non investite di potestà giudiziale, non essendo possibile sostituire la sentenza con pur rispettabilissime opinioni<sup>49</sup>. Oggi il problema si potrebbe presentare rispetto alla valutazione delle prove peritali: in ambito canonico si dispone espressamente che il giudice compia una valutazione intrinseca della perizia senza accontentarsi delle conclusioni cui sia giunto il perito, ma con l'obbligo di esprimere nella sentenza le sue valutazioni, non solo in caso di reiezione ma anche in caso di accoglimento dei risultati peritali<sup>50</sup>.

Sulle prove legali il canonista non può che condividere le opinioni della dottrina extracanonica più attenta, alla quale non sfugge la natura antiepistemica delle regole di prova legale: in effetti, proibire o imporre in modo assoluto di tener per veri determinati fatti, è di ostacolo alla considerazione che meritano le circostanze di ogni caso<sup>51</sup>. Malgrado ciò permangono tuttora alcune tracce di prove legali, tra le quali si includono, come regole positive comuni a più sistemi, l'efficacia probatoria

<sup>45</sup> È il caso della Decretale di Onorio III *Quum causam*, X, II, XIX, c. 13.

<sup>46</sup> Così è la Decretale di Celestino III *Praeterea quum*, X, II, XX, c. 27.

<sup>47</sup> Llobell avverte che detta classificazione non è opera delle decretali, dimostrando anche il valore soggettivo e non tariffato della distinzione tra prove piene e semipiene, cf. J. LLOBELL, *Historia*, 66.

<sup>48</sup> Si vedano rispettivamente la disposizione del Concilio Meldense *Canonum statuta*, X, I, II, c. 1, e quella di Clemente V *Saepe contigit*, Clem, V, XI, c. 2.

<sup>49</sup> Così nella Decretale *Ad nostram audientiam*, X, I, IV, c. 3.

<sup>50</sup> Cf. M. J. ARROBA CONDE, *La prova peritale e le problematiche processualistiche*, in AA.VV., *L'incapacità di intendere e volere nel diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2000, 397.

<sup>51</sup> Cf. M. TARUFFO, *La semplice verità*, 160-167.

della confessione giudiziale<sup>52</sup> e dei documenti pubblici<sup>53</sup>. Non mancano alcuni casi di regole di prova legale negativa, tra le quali la più frequente è il divieto incluso nel tradizionale principio *testis unus testis nullus*<sup>54</sup>. I tre casi indicati, uniti al divieto di ritenere veri i fatti dichiarati da una parte indotta da violenza, timore o errore (can. 1538), costituiscono le uniche prove legali esistenti nel processo giudiziale canonico.

Tali regole però non comportano vincoli assoluti. Così, i documenti pubblici fanno fede piena solo su ciò che costituisce il loro contenuto diretto e principale (can. 1541). Sulle confessioni giudiziali non si prevede in modo espresso che facciano prova piena, ma solo indirettamente, in quanto liberano dall'onere di provare il fatto confessato, tra l'altro soltanto nelle cause in cui sia in gioco un bene privato (can. 1535). Il divieto di ritenere per vero quanto detto da un unico teste prevede le eccezioni: quando si tratta di teste qualificato o quando le circostanze della persona o del caso inducano a valutare diversamente (can. 1573)<sup>55</sup>.

Ferma restando la migliore corrispondenza del sistema di prove libere agli obiettivi ultimi del diritto canonico, la moderna canonistica propone di definire le prove libere non tanto come quelle prove per le quali la legge affida al giudice il compito di attribuire il loro valore, ma piuttosto come quelle in cui la legge si limita ad indicare i criteri che il giudice deve seguire per assolvere tale compito<sup>56</sup>. Nonostante siano indicati in relazione alla prova testimoniale, i criteri di valutazione del can. 1572 possono essere ritenuti validi per la valutazione di ogni altra prova libera<sup>57</sup>. Tali criteri sono la condizione di chi dichiara, la fonte e il tempo della sua conoscenza, la fermezza o coerenza intrinseca alla sua dichiarazione e la concordanza con altri risultati probatori.

Da ciò si evince la differenza tra libero convincimento e convincimento arbitrario: quest'ultimo interpreta il primo come assoluto esonero del giudice di qualsivoglia criterio o vincolo razionale nella valutazione delle prove. Che le disposizioni del can. 1572 siano regole di natura razionale e logica non significa che non siano giuridicamente vincolanti rispetto al cammino che il giudice deve seguire per for-

<sup>52</sup> Sull'ordinamento civile, cf. L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, 305.

<sup>53</sup> Cf. M. J. ARROBA CONDE, *Le presunzioni nel processo: Le presunzioni legali alle prove e alla procedura*, in AA. VV., *Presunzioni e matrimonio*, Città del Vaticano, 2012, 152-157.

<sup>54</sup> Cf. M. TARUFFO, *La semplice verità*, 165.

<sup>55</sup> Tra le circostanze della persona merita attenzione l'eventuale qualifica professionale di un teste, specialmente nelle cause in cui deve intervenire un perito d'ufficio, al punto di poter risultare la testimonianza del riferito professionista una delle circostanze che autorizzano il giudice a fare a meno della perizia (c. 1680).

<sup>56</sup> Cf. M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 409-410.

<sup>57</sup> Ho avuto modo di spiegare le ragioni di ciò in altri lavori, per es., cf. M. J. ARROBA CONDE, *Le dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità matrimoniale*, 239-243.

marsi la sua libera convinzione sui fatti di causa, da accertare nel processo<sup>58</sup>.

Alla luce della riflessione precedente sulla storia e l'evoluzione dell'interpretazione del principio del libero convincimento nel diritto canonico, ritengo che nelle cause penali si possa considerare quale suo ambito di incidenza più pregnante quello della determinazione concreta della risposta penale da stabilire nel singolo caso, tenendo presente la pluralità di elementi coinvolti, senza emarginare la rilevanza che merita ciascuno. Ferma restando l'incidenza del libero convincimento sulla valutazione dei fatti del passato, per accertare l'esistenza del delitto, la responsabilità ineluttabile del giudice è chiamata in causa soprattutto in relazione agli elementi del futuro, a quelle ipotesi cioè in cui l'ordinamento, per raggiungere meglio gli obiettivi canonici integralmente considerati<sup>59</sup>, affida alla discrezionalità del giudice la decisione di sostituire la pena prevista nella legge per un'altra più idonea, rendere concreta una pena che la legge stabilisce in modo indeterminato, provvedere con una penitenza anziché con una sanzione in senso stretto, o sospendere l'esecuzione della pena (cann. 1343-1344).

In tali decisioni, secondo il libero convincimento, è illuminante il Decreto di Graziano quando riporta le parole del Papa Melchiade circa l'animo con cui i giudici devono esercitare il proprio ufficio: "*Primo semper omnia inquire, ut cum iustitia et caritate diffiniatis; neminem condemnatis ante iustum et verum iudicium; nullum iudicetis suspicionis arbitrio; sed primum probate, et postea caritativam proferre sententiam, et quos vobis non vultis fieri alteri nolite facere*"<sup>60</sup>.

## 5. Il principio del *favor veritatis*

I tre elementi esaminati sono rapportabili a un elemento comune che permette di cogliere integralmente la loro relazione: si tratta del principio del *favor veritatis*, ritenuto principio irrinunciabile in ogni riflessione sul diritto processuale canonico, che non può intendersi se non in rapporto al ruolo della verità come dinamica della vita ecclesiale<sup>61</sup>. La Chiesa è formata da coloro che accolgono la chiamata alla sequela di Colui che, proprio nel processo conclusosi con la sua condanna a morte, riassunse la sua missione in termini di "testimonianza della verità" (Giov. 18, 37). È quindi riduttivo intendere il tema della verità nella Chiesa in una prospettiva

<sup>58</sup> Cf. E. DI BERNARDO, *Accertamento razionale dei fatti nella fase probatoria*, Città del Vaticano, 2002, 162 ss.

<sup>59</sup> Cf. M. RIONDINO, *Giustizia riparativa*, 60-64; l'autore propone il ristabilimento della giustizia che identifica la Chiesa come finalità integrativa di ogni tipo di sanzione canonico.

<sup>60</sup> C. II, q. 1, c.13.

<sup>61</sup> Anche le norme processuali, pur possedendo uno spessore tecnico più definito, si debbono interpretare (come ogni legge canonica) in armonia con il ruolo che spetta loro nella vita e nella missione essenziale della Chiesa, cf. M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 27-33.

meramente etica, come se tutto si esaurisse nell'obbligo di dire la verità e nella proibizione di dire il falso, con le note eccezioni elaborate nei secoli per evitare altri esiti dannosi collegati alla diffusione della verità<sup>62</sup>. Nella comunità cristiana, conoscenza e testimonianza della verità, oltre che valori etici, sono dimensioni ecclesologiche con proiezione di portata strutturante: la Verità (con la maiuscola) è il contenuto della missione comune dei battezzati e, per tale ragione, è anche fondamento imprescindibile dei rapporti tra i fedeli, qualsiasi sia la personale condizione di ciascuno<sup>63</sup>.

Sarebbe paradossale che in un sistema comunitario, così saldamente ancorato al valore della verità, un servizio delicato come quello giudiziale non fosse disegnato verso la ricostruzione veritiera dei fatti, anzi, si modulasse sul pregiudizio delle presuntivamente inevitabili distorsioni dei singoli<sup>64</sup> o si adeguasse al solo obiettivo di minimizzare gli errori. In questioni gravi, quando si richiede discernimento e conoscenza approfondita dei fatti, non è coerente con l'essenza della vita e missione della Chiesa assumere modalità di intervento irragionevolmente esposte all'errore, che escludano, o limitino in eccesso la via della corresponsabilità nella ricerca della verità, affidandosi, senza imporre eccessivi vincoli, al convincimento raggiunto da chi deve decidere. Se nella Chiesa la verità non è mero valore etico, non si deve ritenere sufficiente la sincerità dei convincimenti ma l'accuratezza con la quale si provvede alla formazione di essi<sup>65</sup>. Così, un convincimento è veritiero quando è il risultato di un procedimento idoneo alla scoperta della verità che, di conseguenza, consente una decisione dotata di adeguata qualità<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Che la questione della verità nella Chiesa non si riduca a problema etico non significa sminuire la sua importanza; per il prof. Taruffo le deroghe eccezionali confermano l'esigenza che ogni sistema etico includa la verità tra i suoi valori primordiali, cf. M. TARUFFO, *La semplice verità*, 93.

<sup>63</sup> Il fatto che la Verità (con la maiuscola) non appartenga al mondo delle cose umane come quello della giustizia e del processo (cf. M. TARUFFO, *La semplice verità*, 82), non significa che tale fondamento ultimo non abbia incidenza nei rapporti processuali canonici, dovendosi tradurre in quella "veracità" che rende la verità "anima della giustizia" in quanto "chi è impegnato per la verità non può non rifiutare la legge del più forte che vive di menzogna", cf. BENEDETTO XVI, *Discorso ai membri del Corpo Diplomatico presso la S. Sede*, 9.1.2006, in *AAS XCVIII* (2006), 122.

<sup>64</sup> Da prospettiva opposta parte chi esamina le novità del CIC 1983 sul valore delle dichiarazioni delle parti, mettendo l'accento sulla loro insufficienza per la prova piena. Per una critica a tali posizioni, cf. M. J. ARROBA CONDE, *Le dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità matrimoniale*, in J. E. VILLA - C. GNAZI, *Matrimonium et Ius*, Città del Vaticano, 2006, 219-225; A. RIPA, *La novità mancata. Il valore probativo delle dichiarazioni delle parti dal Codice del 1983 alla Dignitas Connubii; il contributo della giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 2010.

<sup>65</sup> Tale accuratezza, insieme alla sincerità, è al vertice delle "virtù della verità" che reggono l'interlocuzione sociale: sul punto, cf. M. TARUFFO, *La semplice verità*, 93-94. Sulle regole della comunicazione razionale nel pensiero di Apel e Habermas, cf. S. PETRUCCIANI, *La giustificazione della giustizia*, in R. DOTTORI (ed.), *Autonomy of Reason?*, Wien-Berlin, 2009, 317 ss.

<sup>66</sup> La qualità della decisione dipende dalle ragioni addotte per giustificarla, sicché il procedimento per ricavare le ragioni deve, a sua volta, avere qualità, non solo per formare la convinzione ma

È poi fuori dubbio che, per la sua portata strutturale, non sia pensabile che, nel risolvere i conflitti che affliggono alla comunità ecclesiale, possa prevalere sulla conoscenza della verità dei fatti l'obiettivo di inviare messaggi esemplari a difesa dell'istituzione<sup>67</sup>. Se per la Chiesa è irrinunciabile la fiducia nella capacità di conoscere la verità, nel suo sistema processuale non può non assumersi che sia la corrispondenza con la realtà ciò che determina la verità o falsità degli enunciati che la descrivono<sup>68</sup>. Non si tratta di realismo ingenuo ma critico, e in tale prospettiva ha pieno spazio il concetto di verità oggettiva. Sul punto, la sfida più insidiosa è data dalla necessità di evitare di assumere atteggiamenti di fanatismo, intriso di verità assolute (alle quali si accede per via di privilegi concessi a pochi, che si sentono autorizzati a formularle in modo apodittico). Il fanatismo è l'antagonista della ragionevolezza dei metodi di ricerca della verità<sup>69</sup>. La verità, quale finalità del giudizio, non si esaurisce nel metodo processuale, ma dipende dai metodi che della verità si dia una conoscenza attendibile<sup>70</sup>.

In tal senso non sono appropriati certi concetti usati per qualificare la verità che deriva dall'attività giudiziale. Da ciò l'esigenza di una retta comprensione del *favor veritatis*, concetto con il quale si indica l'indirizzo epistemico costante che deve guidare il processo nella Chiesa<sup>71</sup>; sul punto vale pena fare due puntualizzazioni. La prima è che se la verità di un enunciato si determina dall'esistenza reale dell'evento che detto enunciato evoca, la verità è una sola e non ammette gradi: varierà solo il grado di conferma, che dipenderà dalle conoscenze disponibili. Sono i metodi di acquisizione delle conoscenze, nella misura in cui incidano nella quantità e qualità dei dati, il parametro di approssimazione alla verità<sup>72</sup>. Quindi, non la verità in sé, ma solo la sua conoscenza può dirsi relativa.

Ora, malgrado la conoscenza della verità sia relativa nel senso detto, dipendente cioè dagli argomenti posti a giustificazione del convincimento sulla verità dei vari enunciati, tale conoscenza potrà dirsi comunque oggettiva se la giustificazione del

per fornire dati reali che, perché tali, si possono addurre come base di una certezza potenzialmente intersoggettiva, cf. M. J. ARROBA CONDE, *Diritto processuale*, 405. Sono inscindibili l'accettazione della decisione dalla sua qualità intrinseca, e non si possono confondere *sic et simpliciter* i concetti di verità e certezza, nel senso che la certezza che fonda la decisione non si può esaurire in mera convinzione soggettiva: in tal senso, cf. M. TARUFFO, *La semplice verità*, 86, 106.

<sup>67</sup> Pur riconoscendo nella pena una funzione anche preventiva, l'obiettivo di esemplarità a scapito della verità è ancor meno accettabile nel processo penale, dove si richiede una procedura più attrezzata alla verifica dei fatti delittuosi, cfr. M. RIONDINO, *Giustizia*, 87, 157.

<sup>68</sup> Cf. A. LIVI, *Verità del pensiero. Fondamenti di Logica aletica*, Città del Vaticano, 2002.

<sup>69</sup> Cf. M. LYNCH, *La verità e i suoi nemici*, Milano, 2004, 34. M. TARUFFO, *La semplice verità*, 78.

<sup>70</sup> Cf. M. J. ARROBA CONDE, *Prova*, 65.

<sup>71</sup> Cf. M. J. ARROBA CONDE, *Principi di deontologia forense*, in AA.VV., *Il diritto di difesa nel processo canonico*, Città del Vaticano, 2006, 138-140.

<sup>72</sup> Cf. M. TARUFFO, *La semplice verità*, 82-83.

convincimento non si fonda su preferenze soggettive ma su regole oggettive vincolanti per tutti. Ciò significa che il principio di legalità del giudizio, non solo non si esaurisce nel decidere applicando la legge alla fattispecie, ma nemmeno nel mero rispetto delle forme processuali poste a garanzia del diritto di difesa; la legalità raggiunge la dimensione fattuale della controversia, la determinazione cioè dei fatti storici in base a regole idonee a esprimere il convincimento in proposizioni rappresentative della realtà e poste come base di motivazioni *in facto* controllabili<sup>73</sup>.

Diciamo perciò che nel processo canonico il *favor veritatis* implica il non arrendersi all'idea di una verità reale diversa dalla verità processuale, a causa dei limiti derivanti dalle norme che condizionano l'accertamento. Se per verità si intende la corrispondenza tra gli enunciati dei fatti e la realtà non ci sono due verità. Da ciò la seconda puntualizzazione: le regole di un sistema giudiziale, e certamente quelle del sistema canonico, non provocano la scoperta di una verità diversa da quella reale. Si potrà dire piuttosto che certe regole possono avere un ruolo controepistemico, non favorire cioè la scoperta dell'unica verità<sup>74</sup>.

Nei processi penali, l'esigenza di verità implica mantenere il rigore nell'analisi retrospettiva dei fatti sui vari elementi inerenti all'imputazione, assicurandosi in tal modo l'accertamento adeguato della colpevolezza, il rispetto dei limiti di garanzia che richiede un diritto penale del fatto e non della persona, evitando slittamenti verso esigenze punitive utili all'istituzione. Nel sistema canonico, per la centralità che in esso riveste la persona, la testimonianza della Verità di fronte al male impone ancora altro rispetto al giudizio di colpevolezza; tali ulteriori esigenze non consentono però di scindere in eccesso, nell'ambito penale, gli aspetti processuali dagli aspetti sostanziali.

La moderna dottrina, infatti, nell'offrire un'attualizzazione dell'interpretazione della potestà coattiva della Chiesa secondo il famoso canone del concilio di Trento<sup>75</sup>, non manca di segnalare l'inscindibile unione tra giustizia e verità. Se la verità non esime dal distinguere ciò che è bene da ciò che è male, un suo annuncio efficace non può non orientarsi verso quanto favorisca l'adesione alla verità, che rende liberi, attraverso la libera scelta della persona, e non attraverso mezzi negativi la cui efficacia si esaurisca nel timore<sup>76</sup>. Al tempo stesso, sulla base del Magistero più

<sup>73</sup> Così, la legalità non si discosta del concetto di certezza nel secondo dei significati che propone Letizia Gianformaggio, cioè "la prevedibilità dell'esito di un eventuale intervento di un organo con competenza giuridica decisionale", L. GIANFORMAGGIO, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, 158.

<sup>74</sup> Questo appunto critico alle posizioni degli esponenti del formalismo è presente da tempo nelle riflessioni del prof. Taruffo sulla prova; si vedano *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano, 1992.

<sup>75</sup> Sess. XIII, *Decreto de Reformatione*, cap. I; cf. M. RIONDINO, *Giustizia riparativa*, 25.

<sup>76</sup> Cf. M. RIONDINO, *Giustizia riparativa*, 108 e 157.

recente, la moderna dottrina non manca di avvertire l'insufficienza annessa alla comprensione della giustizia come *dare cuique suum*, perché simile interpretazione lascia irrisolto cosa sia quel suo da assicurare a ciascuno e ingrandisce l'idea che il male e l'ingiustizia siano realtà esterne al cuore di ogni essere umano per affrontare le quali sia sufficiente rimuovere le cause esteriori, reagendo contro gli altri. L'obiettivo di ristabilire la giustizia, quale espressione integrativa della finalità delle pene canoniche, non può disertare dall'esigenza di strutturarsi in chiavi rispondenti a una logica che confida nell'amore, alla pietà capace di sollevare il misero e alla gratuità della salvezza conseguita tramite Cristo<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> *Ib.*, 62-63.



LOREDANA GARLATI

“CONTRO IL SENTIMENTALISMO”.  
L’IMPIANTO INQUISITORIO DEL SISTEMA DELLE PROVE  
NEL C.P.P. DEL 1930

SOMMARIO: 1. Un’ideologia neppure tanto occulta. – 2. La regolamentazione delle prove nel codice del Trenta. - 2.1. La struttura del procedimento secondo il c.p.p. del Trenta: un rito misto con prevalenze inquisitorie. - 2.2. Quali e quante prove? – 3. Di alcuni principi generali: l’onere della prova. – 4. Prove e polizia giudiziaria. – 5. Prove alla prova. - 5.1 La perizia. - 5.2. La testimonianza. - 5.3. L’interrogatorio. – 6. Libero convincimento e libero arbitrio.

1. *Un’ideologia neppure tanto occulta*

Nell’affrontare una ricerca complessa, come quella sul sistema delle prove nel c.p.p. del 1930, occorre definirne preliminarmente i confini temporali e gli obiettivi.

Di codici processual-penali Rocco ne sono esistiti – lo ricordava Giuliano Vassalli – almeno due: quello originario, pensato dal ristretto *milieu* di giuristi che lo elaborarono; e quello che ha attraversato quasi mezzo secolo repubblicano subendo continue modifiche<sup>1</sup>. Questo saggio si occupa del ‘codice delle origini’, forgiato dal regime e applicato fino alla sua caduta, ancora privo delle modifiche introdotte nel 1944. Seguendone l’*iter* progettuale e le modalità attuative nel decennio successivo alla sua promulgazione sarà possibile coglierne da un lato le linee ispiratrici, dall’altro le interpretazioni dottrinali e gli orientamenti giurisprudenziali precedenti alle trasformazioni imposte dalla Costituzione e recepite dalla novella del ’55, che aprì la stagione definita, con formula felice, da Ennio Amodio del ‘garantismo inquisitorio’<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> G. VASSALLI, *Introduzione a L’inconscio inquisitorio. L’eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano 2010, 15.

<sup>2</sup> E. AMODIO, *Motivazione II* *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano 1977, 181. Lo stesso VASSALLI (*Introduzione*, cit., 16) rilevava come la formula, pur se da taluni usata con sarcasmo e ironia, rispondesse pienamente alla realtà dei fatti. Precisava l’insigne penalista: «Siamo di fronte ad una realtà innegabile: il garantismo inquisitorio è quello che ci ha retto per più di 30 anni, dal 1955 al 1988». Il pensiero di Amodio ha avuto poi modo di articolarsi e svilupparsi, tra gli altri, nei saggi *Valori costituzionali e riforme processuali nel continente europeo*, in *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso, V. Varano, Milano 1985, 749; *Il ripudio del giudice investigatore ereditato dal sistema francese (1981)*, in *Processo penale*,

Il codice del '30 nasce con un'ideologia precisa<sup>3</sup>, che si cercherà al termine della parabola fascista di minimizzare in nome della asserita prevalenza di finalità dottrinali, quasi dimenticando che, invece, «il fascismo si era dato un processo penale a sua propria immagine, testimonianza e metro delle condizioni in cui costringeva la società italiana»<sup>4</sup>. Dietro il paravento dell'indirizzo tecnico-giuridico<sup>5</sup> e della presunta neutralità e apoliticità del diritto si celava il carattere statocentrico del diritto pubblico che ne legittimava, teorizzandola, l'impronta inquisitoria: un'ideologia e un'impronta che non potevano non incidere sul tema delle prove.

Basta leggere la relazione del 1929 del Guardasigilli al progetto preliminare per comprendere la logica sottesa all'impianto codicistico, in generale, e probatorio, in particolare. Nel funambolico tentativo di dimostrare che il testo che si andava a varare era opera nuova che insieme demoliva e ricostruiva, Alfredo Rocco affermava che esso non interrompeva la continuità della tradizione giuridica italiana pur innovandola<sup>6</sup>, rassicurando così al contempo nostalgici liberali e ardenti fautori della Rivoluzione fascista.

Celebre l'espressione con la quale il Ministro liquidava la presunzione di innocenza e ogni altra tendenza favorevole ai delinquenti come frutto di un sentimentalismo aberrante e morboso che tanto aveva indebolito la repressione e favorito il dilagare della criminalità<sup>7</sup>. Concetto espresso anche da Manzini, estensore materia-

*diritto europeo e common law*, Milano 2003, 116. Da ultimo, dello stesso autore, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, [Collana per la storia del pensiero giuridico moderno], 93, Milano 2011, 333-45.

<sup>3</sup> Evidenzia la rottura ideologica (ma non tecnica) con il precedente codice del 1913, qualificato come 'liberale' e per questo incompatibile «con l'impronta dispotica del nuovo regime», P. FERRUA, *Dal codice di rito del 1913 al codice del 1930*, in *Diritto penale XXI secolo*, X, 2/2011, 445 e 446-51.

<sup>4</sup> M. SBRICCOLI, *Codificazione civile e penale*, ora in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, tomo II, Milano 2009, 991.

<sup>5</sup> Il tecnicismo che connotò i codici del 1930 era, in realtà, protagonista di un'involuzione, ed appariva destinato a perdere «progressivamente le ragioni che avevano ispirato Arturo Rocco nel 1910 per assumere il senso di quelle già da allora prefigurate da Vincenzo Manzini» (M. SBRICCOLI, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, ora in *Storia del diritto penale* cit., II, 1005).

<sup>6</sup> *Relazione del Guardasigilli al Progetto Preliminare di un nuovo Codice di Procedura Penale* [d'ora in poi R.P.P.], in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, Roma 1929, 7.

<sup>7</sup> R.P.P. cit., 7. È lo stesso 'morboso sentimentalismo' di cui era accusata la scuola classica, a dimostrazione di una qualche saldatura tra le teorie positiviste, nostalgicamente inquisitorie, e la concezione autoritaria propria del regime espressa nel tecnicismo giuridico. Si nota, infatti, una certa continuità di fatto e di uomini tra la scuola positiva e il codice del Trenta, generata sia dalla partecipazione di alcuni giuristi (quali Aloisi e Longhi) alla stesura del codice Finocchiaro-Aprile e al commento del codice Rocco, sia da una identità tra alcuni obiettivi enunciati dal rito positivista e «il *pathos* giustizialista del regime» (M.N. MILETTI, *Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie*

le di quel codice<sup>8</sup>, il quale, nel suo *Trattato* del 1931, sottolineava come il processo penale non rappresentasse una diatriba accademica per accertare astrattamente un punto controverso di diritto, né un'indagine etica tendente alla riprovazione o all'approvazione della condotta morale di un individuo, ma avesse come obiettivo fondamentale quello di realizzare la pretesa punitiva dello Stato contro l'imputato<sup>9</sup>. Al contrario, non vi era interesse alcuno – ad avviso del penalista friulano – alla proclamazione dell'innocenza o della rettitudine dell'incolpato. Egli difendeva tale assunto dalle zotiche declamazioni demagogiche rivolte contro il processo inquisitorio<sup>10</sup>: proclami, questi, frutto della fallita pseudo-democrazia, superficiale, parolai e confusionaria<sup>11</sup>.

Lo scopo del processo, secondo Manzini, doveva essere eminentemente pratico, attuale e giuridico, sganciato dal principio di presunzione di innocenza («nulla di più goffamente paradossale, irrazionale»<sup>12</sup> e «incongruente»<sup>13</sup>) che contrastava, a detta dell'autore, con la ragion d'essere del processo: «se si deve presumere l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perché dunque si procede contro di lui?». E, al tempo stesso, il processo non poteva essere diretto alla tutela dell'innocenza, perché ciò sarebbe equivalso a dire che i sospetti di colpevolezza che dal pubblico ministero si elevavano contro gli indiziati sarebbero stati destituiti di fondamento, così come non sarebbe stata giustificabile la detenzione preventiva (tema spinoso allora come oggi): «idee antiquate, fallaci ed ingiuste, che più o meno coscientemente provengono da quel modo di pensare che, se poteva essere giustificato nei regimi assoluti e sotto il dominio straniero, nel nostro libero Stato è non solo erroneo, ma altresì insensato e maligno»<sup>14</sup>. «Finché vi è un procedimento

*nel processo penale italiano*, in *Diritto penale XXI secolo*, X, 2/2011, 483-90). Sostiene Sbriccoli che, sebbene nel sistema penale fascista alcuni principi della scuola positiva vennero accolti, seppur letti in chiave autoritaria, privati della patina di un liberalismo *sui generis*, fu paradossalmente l'abbandono dei «più insidiosi cascami del positivismo penale» ad impedire che l'allontanamento dalla civiltà giuridica non si trasformasse in una disastrosa barbarie (SBRICCOLI, *Le mani in pasta* cit., 1014).

<sup>8</sup> È lo stesso Manzini ad affermare pubblicamente di aver provveduto alla stesura del c.p.p. in soli tre mesi, dopo averne ricevuto l'incarico da Rocco nel 1926, e di aver lavorato in solitudine, procedendo poi ad una revisione nel '29 alla luce delle osservazioni del Ministro (V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale secondo il nuovo codice*, vol. I, Torino 1931, 96, nt. 2). Su questo *codex unius auctoris* si veda M.N. MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio* cit., 63-66.

<sup>9</sup> MANZINI, *Trattato* cit., I, 175-7.

<sup>10</sup> MANZINI, *Trattato* cit., I, 31.

<sup>11</sup> MANZINI, *Trattato* cit., I, 178.

<sup>12</sup> MANZINI, *Trattato* cit., I, 180.

<sup>13</sup> MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova 1934, 57. Sul nesso tra le posizioni dottrinali relative alla presunzione di innocenza e i diversi orientamenti politici nonché le varie influenze delle 'scuole' penalistiche cfr. MILETTI, *La scienza nel codice* cit., 84-94.

<sup>14</sup> MANZINI, *Istituzioni* cit., 56. Manzini porta alle estreme conseguenze e a compimento l'attacco sferrato dalla Scuola positiva italiana, da Garofalo e Ferri in particolare. Il primo definiva la

in corso non vi è né un colpevole né un innocente, ma soltanto un indiziato», tuonava la Relazione sul progetto preliminare, in perfetta simmetria con il pensiero di Manzini<sup>15</sup>.

Bettiol, riconoscendo che la nuova legislazione penale rifletteva il mutato clima politico e che si andava gradatamente verso forme inquisitorie, nelle quali l'imputato, a fronte di un aumento dei poteri del giudice, perdeva parte delle garanzie prima riconosciutegli, squarciava la falsa affermazione avanzata dai giuristi del tempo secondo i quali il nuovo rito riequilibrava le posizioni tra Stato e presunto reo nel rapporto processuale. Precisava infatti l'autore che la pretesa punitiva dello Stato (formula ricorrente e proposta con insistenza dalla letteratura del tempo, da tenere distinta dall'azione penale<sup>16</sup>) comportava inevitabilmente la necessità di accertare con ogni mezzo di prova la presenza di quegli elementi di fatto che davano vita alla pretesa stessa<sup>17</sup>.

Senza mezzi termini, invece, Gabrieli scriverà di un legislatore del 1930 che «a torto ha abbandonato il principio di presunzione di innocenza» ben presente «nel codice del 1913 ispirato ai principi più liberali»<sup>18</sup>.

Ancora più pungente Grispigni, «uno degli autori di maggior spessore e brillantezza della fase finale del positivismo penale in Italia»<sup>19</sup>, per il quale il codice del '30, nella volontà di reagire a presunti eccessi di garantismo, era caduto «nel molto più deplorabile eccesso opposto, perché ha menomati i diritti della difesa»<sup>20</sup>.

Le mosse di disimpegno verso tale presunzione, cui corrispondeva un ampliamento di intervento del giudice, furono salutate con favore da buona parte della magistratura, che si vedeva finalmente liberata da certi lacci posti a protezione dell'imputato e mortificanti per il potere giudiziario.

Le argomentazioni della magistratura sono ben sintetizzate dal Presidente della Corte d'Appello di Bologna Copelli, il quale non si limitava a riprodurre quasi pedissequamente le parole della Relazione, ma contrapponeva alla difesa dei di-

presunzione d'innocenza fino a sentenza definitiva una trita formula vuota e assurda, auspicando un'estensione della carcerazione preventiva e una riduzione ai minimi termini della libertà provvisoria (R. GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in *La Scuola Positiva*, II, 1892, 199); il secondo, pur ammettendo l'esistenza di un qualche barlume di verità nella presunzione di innocenza, finiva tuttavia per considerarla illogica se applicata, ad esempio, ai recidivi (E. FERRI, *Sociologia criminale*, Torino 1900, 729-31).

<sup>15</sup> R.P.P. cit., 22.

<sup>16</sup> O. VANNINI, *Manuale di diritto processuale italiano*, Milano 1946, 24.

<sup>17</sup> G. BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo» nel diritto e nel processo penale*, in *Rivista italiana di diritto penale*, IX (1937), poi in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova 1966, 308-9.

<sup>18</sup> F.P. GABRIELI, *Istituzioni di diritto processuale penale con le recenti modificazioni legislative*, Roma 1946, 90.

<sup>19</sup> E. DEZZA, *Le reazioni del positivismo penale al codice Rocco*, in *Diritto penale XXI secolo*, anno X, 2/2011, 436.

<sup>20</sup> F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, Roma s.d., 42.

ritti individuali l'energica reazione della difesa sociale. «Da ciò l'ostracismo giustamente dato all'irrazionale e arcaico principio della *presunzione dell'innocenza dell'imputato* [...] causa costante dello spostamento d'equilibrio processuale a tutto favore del privato e a tutto pregiudizio della funzione punitrice dello Stato». Il legislatore fascista, a dire di Copelli, aveva così corretto il grossolano errore che vedeva nel Codice penale la legge che persegue i birbanti e nel codice di procedura la legge che protegge gli innocenti<sup>21</sup>.

Sono osservazioni espresse più o meno negli stessi termini da tutte le corti chiamate a pronunciarsi sul progetto: si rimarcava costantemente come il codice ripristinasse un rapporto armonico – infranto, viceversa, dalle passate gestioni politiche – tra la posizione del giudice e quella dell'imputato (così De Rubeis per la Corte d'appello di Catanzaro)<sup>22</sup> e mantenesse alto il prestigio della giustizia, evitando le superfluità, le cavillosità, le temerarietà processuali (in questo senso la Corte d'appello di Messina)<sup>23</sup>; si precisava che lo Stato fascista non era lo Stato patrimoniale, antagonista dell'interesse del singolo, ma lo Stato corporativo che delle energie dei singoli era moderatore, coordinatore e custode (espressione contenuta nella relazione della Corte d'Appello di Palermo)<sup>24</sup>.

Toni simili riecheggiano anche nelle osservazioni delle università: il mondo accademico si schierò quasi compatto a favore del progetto, tanto da arrivare ad affermare che i limiti da esso imposti all'abuso della difesa, divenuta il più delle volte non solo sterile ma «depravatamente teatrale», finivano per assumere un valore etico<sup>25</sup>.

Così si erano finalmente falciati tutti quegli istituti e quelle norme che costituivano un portato delle vecchie ideologie democratiche a garanzia del singolo contro lo Stato sopraffattore, come recitava l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano<sup>26</sup>.

Esce dal coro l'Ateneo maceratese, il quale, preoccupato per la pericolosa china imboccata, opponeva qualche formale riserva sull'effettività dello sbandierato riequilibrio fra Stato e individuo: «non dunque in omaggio allo aberrante sentimentalismo che la Relazione Ministeriale depreca e condanna, ma in omaggio agli interessi dello Stato, riteniamo che le garanzie dell'imputato debbono essere le più larghe possibili e che pertanto debbasì fare ogni riserva in confronto a quelle

<sup>21</sup> *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori* cit., vol. IX, Roma 1930, 8-13. Il *topos* di un codice penale riservato ai birbanti e di uno di procedura penale per i galantuomini si trova espresso da Enrico FERRI, in *Lavori parlamentari del nuovo codice penale italiano. Discussioni alla Camera dei deputati*, Torino 1888, 33. Sul punto dissentì R. GAROFALO, *Il codice per i galantuomini*, estr. da *Nuova Antologia*, 1902, 5-11.

<sup>22</sup> *Osservazioni* cit., 30.

<sup>23</sup> *Osservazioni* cit., 33.

<sup>24</sup> *Osservazioni* cit., 33. Gli esempi tuttavia si potrebbero moltiplicare, dal momento che concetti identici attraversano le posizioni espresse dalla magistratura dell'intera Penisola.

<sup>25</sup> L'affermazione rientra tra le valutazioni effettuate dall'Università di Bari (*Osservazioni* cit., 41).

<sup>26</sup> *Osservazioni* cit., 49.

prospettate modificazioni che sembrano scostarsi dagli esposti principi», come l'esclusione del difensore dalla fase istruttoria o l'attribuzione della qualifica di parte al pubblico ministero<sup>27</sup>, temi sui quali a breve torneremo.

Meno flebili le voci di dissenso levatesi dal mondo forense. Si temeva innanzitutto una compressione e uno svilimento del ruolo avvocatesco<sup>28</sup>. Timore corroborato da alcune valutazioni espresse su tale figura professionale<sup>29</sup>: da un lato l'avvocato fascista era considerato un ausiliario e un collaboratore della giustizia, come rammentato dal Segretariato del Partito Nazionale Fascista nel novembre del 1929, che invitava gli iscritti a non assumere la difesa di individui inequivocabilmente colpevoli di delitti ripugnanti o gravemente pericolosi per l'ordine sociale e politico; dall'altro non ci si faceva scrupolo di qualificare spregevole faccendiere quell'avvocato pronto a tradire il mandato di patrocinatore del diritto per divenire protettore della delinquenza<sup>30</sup>, recuperando pregiudizi e luoghi comuni sul ceto forense<sup>31</sup>.

L'impianto complessivo del codice dimostra che, nonostante l'asserito rispetto, il diritto di difesa era compromesso dalla struttura stessa del processo: il difensore doveva essere presente obbligatoriamente nel dibattimento, mentre era esclusa la sua partecipazione agli atti istruttori, che si configuravano come il momento cruciale nella formazione della prova, a dispetto dei proclami tesi a individuare nel dibattimento la fase più importante e decisiva del processo<sup>32</sup>.

Sono inoltre sufficienti le disposizioni relative alle modalità di esplicazione della difesa dibattimentale per certificare i limiti stringenti cui era soggetto il procuratore di parte. Una serie di vincoli erano stati introdotti in risposta ai supposti abusi dell'arte oratoria<sup>33</sup>. Per questa ragione, al difensore veniva contingentato il tempo

<sup>27</sup> Osservazioni cit., 46.

<sup>28</sup> Per una rapida panoramica cfr. Osservazioni cit., 68-165.

<sup>29</sup> La ridefinizione del ruolo dell'avvocato era iniziata all'alba del ventennio fascista, come ricostruito puntualmente da M.N. MILETTI, *Le ali ripiegate. Il modello di avvocato fascista nel codice di procedura penale italiano del 1930*, in *Acta histriae*, 16, 4, 2008, 619-36.

<sup>30</sup> MANZINI, *Trattato cit.*, vol. II, 427. Alla nt. 1, p. 427 della medesima opera si consulti la dichiarazione del segretario del Partito Nazionale Fascista, qui riprodotta parzialmente.

<sup>31</sup> R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna*, I: *Il medioevo*, Milano 2012. Le pagine che Manzini dedica alla figura del difensore sono illuminanti e si concludono con un giudizio di inutilità sulle trattazioni deontologiche, considerate per lo più incomplete. «Per condursi degnamente, il difensore non ha che da seguire i responsi della propria coscienza, i consigli dei suoi colleghi più reputati ed esperti e le regole della educazione morale. Il buon senso, la prudenza, la discrezione, la rettitudine, la civiltà sono cose che non si possono insegnare con un elenco di precetti o con la casistica» (V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Torino 1931, 431).

<sup>32</sup> FERRUA, *Dal codice di rito cit.*, 446; M.N. MILETTI, «*Uno zelo invadente*». *Il rifiuto della pubblicità istruttoria nel codice di procedura penale del 1930*, in *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti, Bologna 2008, 227-62.

<sup>33</sup> Così MANZINI, *Trattato cit.*, II, 468.

di intervento, che non doveva superare la soglia fissata dal giudice (presumendo così nel magistrato una sorta di prescienza del contenuto della difesa e mortificandone comunque il libero svolgimento)<sup>34</sup>: disposizione che, prima di essere abrogata nel 1944 con il d. lgs. lgt. n. 288, era già nei fatti caduta in desuetudine. Lo sfioramento del tempo comportava come sanzione la perdita della facoltà di parola, di cui si era privati ad opera dello stesso magistrato<sup>35</sup>.

L'art. 468, inoltre, vietava di proseguire l'arringa difensiva in una udienza successiva e al tempo stesso impediva al difensore di rifiutare di iniziare ad esporre le proprie argomentazioni quando mancassero due ore alla fine dell'udienza, ripristinando indirettamente in tal modo il preciso limite temporale di tre ore, presente nel progetto preliminare, che Rocco assicurava di aver voluto escludere<sup>36</sup>. Anche il riconoscimento, a pena di nullità, del diritto dell'imputato e del difensore di avere l'ultima parola non solo era subordinato alla richiesta della parte, ma doveva esercitarsi in un brevissimo lasso temporale e andava utilizzato per effettuare dichiarazioni riguardanti esclusivamente l'oggetto della difesa (art. 468, ult. cpv.), aggiungendo argomenti del tutto nuovi o confutando quelli esposti dall'avversario. Era invece esclusa la possibilità di servirsi di questa opportunità a chiusura del dibattimento per svolgere una nuova o più completa difesa<sup>37</sup>.

La rete che imbrigliava l'intervento del difensore mirava ad evitare ogni inutile perdita di tempo e a rendere il processo spedito. Secondo Rocco non vi era pregiudizio nel costringere l'avvocato a parlare in uno scorcio di seduta: la vanità dell'avvocato di farsi ascoltare per più tempo da più persone non doveva prevalere

<sup>34</sup> Si trattava di una modifica rispetto alla previsione del progetto iniziale, come espresso dallo stesso Ministro. Questi aveva ritenuto opportuno rinunciare alla precisa limitazione delle tre ore di tempo inizialmente proposta, rimettendo ogni valutazione alla discrezione del magistrato preposto al dibattimento, il quale doveva agire tenendo conto dell'importanza della causa e delle questioni da trattare. Su esplicita ammissione del Guardasigilli, aveva egli invece rifiutato di cedere alle pressioni di quanti chiedevano un ugual intervento nei confronti del pubblico ministero, rivelando, anche in questi piccoli accorgimenti, una sperequazione tra le due posizioni (*Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale* [d'ora in poi R.P.D.], in *Lavori preparatori* cit., vol. X, Roma 1930, 64). Plaude a questa scelta Longhi, per il quale fortunatamente il guardasigilli non si era lasciato sedurre dal suggerimento di equiparare la posizione del p.m. e quella del difensore: «è davvero il caso di ripetere qui che la uguaglianza si realizza trattando diversamente cose disuguali [...] per l'oratore della legge non occorrono davvero tutti quei freni di arresto che per gli oratori delle parti si rivelano invece indispensabili» (S. LONGHI, *La difesa nel nuovo codice penale*, in *Rivista Penale*, 1931, p. 231).

<sup>35</sup> Cfr. le ulteriori limitazioni sancite dall'art. 470 e le precisazioni del ministro (R.P.P. cit., 93).

<sup>36</sup> Silvio Longhi precisava come Rocco avesse abbandonato la limitazione *ad horas*, più comune e prevista nel Progetto preliminare, a favore di una restrizione "ad udienza". «Nella realtà le esortazioni alla brevità e l'invito a concludere non sono comandi ma opere vanee», semplici pause che finivano per dare, alla ripresa, nuova lena e quasi maggior linfa oratoria al difensore (LONGHI, *La difesa* cit., pp. 230-1).

<sup>37</sup> R.P.P. cit., 92.

sull'interesse pubblico alla celerità dei giudizi<sup>38</sup>.

Si irrideva quell'«arte» declamatoria di cui l'avvocato spesso si era avvalso nel passato<sup>39</sup>, trasformando il suo intervento in un'esibizione da commediante e soffocando gli elementi di fatto e di diritto sotto coltri di parole, confusi da una «logorrea cialtronesca e istrionica» e da una «retorica vuota e fraudolenta», manifestazione di una inferiorità intellettuale e morale volta a suscitare inutili sentimentalismi (l'espressione, come si vede, è ricorrente)<sup>40</sup>. Alla vecchia oratoria non rimanevano che le conferenze, «passatempi per intellettualoidi piccoli-borghesi, tediosissimi bensì, ma del tutto innocui per gli interessi pubblici e per quelli dei privati che hanno il buon gusto e la prudenza di evitarli»<sup>41</sup>.

I diritti processuali dell'imputato erano dunque piegati alla finalità della difesa sociale, poiché, dirà ancora una volta il buon Manzini, lo Stato fascista, a differenza dello Stato democratico-liberale, non considerava la libertà individuale come un diritto, quanto piuttosto come una concessione accordata nell'interesse della collettività<sup>42</sup>. In perfetta sintonia, Alfredo Rocco, nel 1925, aveva reso ancor più esplicito il concetto, sostenendo che alla formula delle dottrine liberali, democratiche e socialiste, per le quali la società è per l'individuo, il fascismo aveva sostituito la massima «l'individuo per la società», con la differenza, rispetto alle prime, che il fascismo non annullava l'individuo nella società: lo subordinava<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> R.P.P. cit., 92.

<sup>39</sup> Afferma Grisogni che il codice aveva giustamente represso gli eccessi scandalosi che costituivano una vergogna dei giudizi penali (F. GRISOGNI, *Sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, in *Scuola positiva*, 1930, 2).

<sup>40</sup> MANZINI, *Trattato cit.*, II, 470. Nella Relazione al progetto preliminare il Ministro ricollegava i rimedi escogitati per arginare una certa oratoria forense (intesa in senso dispregiativo e da contrapporre ad un'eloquenza sobria e austera) all'abolizione della giuria popolare: se con l'esistenza delle corti d'assise si poteva in qualche misura motivare la prolissità con la necessità di far comprendere ai giurati (digiuni di diritto e privi di competenze tecniche) i risultati del processo e le ragioni della difesa, la scomparsa della giuria popolare destituita di fondamento tali giustificazioni e restituiva all'argomentazione giuridica la prevalenza sull'esposizione narrativa: «Il giudizio non sarà più l'espressione monosillabica d'incontrollabili moventi psichici, bensì la manifestazione motivata d'una volontà informata all'elemento giuridico» (R.P.P. cit., 90). Cfr. MILETTI, *Le ali ripiegate cit.*, 626-9. Tuonava contro la precedente composizione della corte d'assise «morta per suicidio» per aver dimostrato «la sua assoluta insufficienza ad assolvere un compito per il quale era stata creata» F. PUJIA, *La nuova corte d'assise*, in *Rivista penale*, 1931, p. 238. Sulla trasformazione delle corti d'assise, da giuria popolare a collegio di assessori, si veda R. ORLANDI, *La riforma fascista delle corti d'assise*, in *L'inconscio inquisitorio cit.*, 225-40.

<sup>41</sup> MANZINI, *Trattato cit.*, II, 473.

<sup>42</sup> MANZINI, *Trattato cit.*, I, 183.

<sup>43</sup> Proseguiva Rocco sostenendo che la concezione fascista della libertà consisteva sì nel garantire all'individuo le condizioni necessarie per lo sviluppo delle sue facoltà, escludendo ogni forma di mortificazione della personalità individuale, «ma ciò non perché [lo Stato moderno] riconosca un diritto dell'individuo alla libertà superiore dello Stato, ma perché crede che lo sviluppo della personalità umana sia un interesse dello Stato... La libertà, pertanto, è data all'individuo e ai gruppi

Nel nuovo modello processuale, dunque, i principi del contraddittorio, dell'oralità, della difesa e della pubblicità venivano ridotti a meri orpelli. Si propagandava che il nuovo c.p.p., libero da formalismi, avrebbe consentito la vittoria della giustizia sostanziale su quella formale, tema ossessivo nella letteratura giuridica del tempo. Ma dietro il paravento della proclamata simmetria tra Stato e *reus* si celava, in modo neppure troppo velato, la volontà di approntare tutti gli strumenti perché gli interessi del primo prevalessero su quelli del secondo.

## 2. *La regolamentazione delle prove nel codice del Trenta*

Queste le linee ispiratrici in cui fu calata la disciplina delle prove, per comprendere la quale, tuttavia, non è sufficiente il mero riferimento alla regolamentazione legislativa.

Non basta infatti rifarsi alle disposizioni contenute nel II libro, quello dedicato all'istruzione formale, considerata la forma ordinaria del procedimento nella quale acquisire gli elementi probatori utili all'accusa (con la conseguenza che i precetti qui dettati si applicavano anche alle altre fasi qualora si trattasse di assumere la medesima specie di prova). Non è neppure possibile accontentarsi dello sterile elenco dei mezzi esperibili, anche se si tratta di una enumerazione capace di far discutere gli interpreti del tempo, divisi, ad esempio, sulla possibilità di ricomprendere tra le prove la perquisizione e il sequestro, da alcuni considerati strumenti volti alla raccolta e alla conservazione delle prove<sup>44</sup>, piuttosto che essere intesi essi stessi come mezzi di prova.

Alla domanda se si trattasse di un elenco tassativo e chiuso Florian dava risposta negativa, sostenendo che fosse ammesso ogni mezzo di prova non espressamente vietato dalla legge<sup>45</sup>. Per l'autore era la ricerca della verità materiale a escludere il requisito della tassatività: il codice del '30 si sarebbe limitato a disciplinare soltanto quelle prove che richiedevano particolari forme per essere assunte, rimettendo poi al giudice poteri amplissimi nella ricerca dei mezzi di prova, tanto da poter annoverare tra essi, ad esempio, la prova del sangue, quella dattiloscopica, cinematografica, fotografica, fonografica e così via<sup>46</sup>. Libera era la prova sia quanto all'oggetto che ai mezzi<sup>47</sup>.

nell'interesse sociale. Come tutti i diritti individuali, anche la libertà è una concessione dello Stato» (il passo è tratto dal celebre discorso tenuto a Perugia il 30 agosto 1925 da AL. ROCCO, *La dottrina del fascismo ed il suo posto nella storia*, Roma 1925, pp. 16-18, poi ripubblicato in ID., *Scritti e discorsi politici*, Milano 1928, III, 1099-1106).

<sup>44</sup> S. RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova 1956, 265.

<sup>45</sup> E. FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino 1939, 302.

<sup>46</sup> RANIERI, *Manuale* 1956 cit., 250.

<sup>47</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., p. 288.

Recuperando una terminologia forgiata nell'età di mezzo, vi era chi distingueva tra prova generica e specifica<sup>48</sup>, una contrapposizione che per taluno poteva servire alla pratica, ma priva di base scientifica<sup>49</sup>. La prima sorgeva da elementi di carattere oggettivo, i quali, cadendo sotto la immediata percezione del giudice, influivano direttamente sulla formazione del convincimento. Tali erano ad esempio la perizia, l'interpretazione, il sequestro e la perquisizione (per quanti li consideravano mezzi di prova), l'ispezione giudiziale, da compiersi nel periodo istruttorio ed esperibile nei confronti di luoghi, cose e persone.

La prova specifica scaturiva invece da elementi soggettivi, operanti come fonte mediata di accertamento e di convincimento in quanto non percepiti dal giudice direttamente. Vi si annoveravano la ricognizione, intesa però da Manzini, più che come mezzo di prova, quale atto istruttorio informativo diretto ad assodare un presupposto e a valutare la credibilità di un elemento di prova; la testimonianza, l'interrogatorio dell'imputato, il confronto, rispetto al quale il codice del '30 manteneva il divieto già presente nel rito del '13 (che a sua volta aveva derogato all'art. 245 del c.p.p. del 1865) di fare cenno alle impressioni riportate dal giudice circa l'atteggiamento assunto dalle persone intervenute all'atto<sup>50</sup>.

Si distingueva inoltre tra prova positiva, atta a dimostrare l'esistenza di un fatto, e negativa, diretta ad attestare l'inesistenza di un fatto diverso da essa<sup>51</sup>, come proponeva l'art. 479, 2° comma, quando, in tema di proscioglimento, differenziava il difetto della prova positiva («manca del tutto la prova che il fatto sussiste o che l'imputato lo ha commesso») dalla presenza della prova negativa («vi è la prova che

<sup>48</sup> Ma altre sono le distinzioni proposte, «con risultati utili più alla teorica che alla pratica», come quella tra prove reali (in cui il mezzo di prova è una cosa, come un'arma, una ferita, un cadavere cc..) e personali (l'attività di una persona); tra prove storiche (tale sarebbe la testimonianza *de visu*, dove il mezzo di prova è rappresentativo dell'oggetto da provare) e critiche (gli indizi, in cui il mezzo di prova è tale da fornire notizie utili per dedurre il fatto da provare); dirette (se il mezzo di prova consente al giudice di accertare da sé il fatto da provare) e indirette (se il fatto da provare è conosciuto dal giudice attraverso altri fatti che lo rappresentano, come avviene nella perizia o nella testimonianza). Cfr. RANIERI, *Manuale* 1956 cit., 251.

<sup>49</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, III, Torino 1932, III, 151. Nella contrapposizione tra prova generica e specifica si avverte l'eco della tradizionale distinzione tra inquisizione generale e speciale propria del processo inquisitorio del maturo diritto comune: l'inquisizione generale mirava ad accertare l'effettiva perpetrazione di un reato (si esplorava, in altre parole, l'esistenza generica del delitto) e preparava la strada a quella speciale, che si apriva quando, raccolti sufficienti elementi contro un soggetto, si dirigeva la ricerca ad accertarne l'effettiva responsabilità: dall'appuramento del delitto si passava a quello del colpevole.

<sup>50</sup> Per la Cassazione invece qualunque circostanza poteva essere presa in considerazione: anche il contegno tenuto dall'imputato durante l'interrogatorio (Cassazione, 1ª sezione, 3 maggio 1939, in *Giustizia penale*, 1941, IV, 107). Cfr. anche FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 304.

<sup>51</sup> Sulla prova legale negativa e le sue origini cfr. P. RONDINI, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, Milano 2012.

il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso»)<sup>52</sup>.

Scorrendo la letteratura del tempo si percepisce una sorta di neutralità di giudizio: in tema di prova l'apporto interpretativo degli autori è quasi nullo, limitandosi essi ad una mera esegesi e ad un'asettica esposizione, in conformità ai canoni del tecnicismo giuridico, che comprimeva la dottrina entro lo schema del commentario. Diverso il discorso per la manualistica post bellica, e soprattutto per la visione carneluttiana delle prove, che rompe con l'impostazione tradizionale per offrire una nuova lettura, opinabile, certo, ma feconda di spunti di discussione, a partire dall'idea di prova non come dato statico ma dinamico, còlta nel suo divenire e distinta tra prova storica e critica.

Nella dottrina degli anni '30-'40 ci si richiama più che altro ai principi della lealtà o probità processuale<sup>53</sup>, di legittimità della prova, di immediatezza<sup>54</sup>, formule condivisibili nella loro astrattezza dogmatica, ma enunciate senza un guizzo di riflessione critica, e soprattutto sorvolando sulle ricadute immediate. Tali assunti, a detta dei maggiori studiosi del tempo, operavano soprattutto durante la fase istruttoria, la più complessa dell'intero procedimento secondo Aloisi.

Per tutte queste considerazioni, se si vuole penetrare a fondo la natura del regime probatorio accolto nel c.p.p. del '30, occorre scandire i diversi momenti in cui rilevava il concetto stesso di prova e ricostruire i segmenti di cui l'*iter* procedurale si componeva.

### 2.1. *La struttura del procedimento secondo il c.p.p. del Trenta: un rito misto con prevalenze inquisitorie*

Il rito del 1930, come è noto, distingueva tra una fase preliminare, destinata alla ricerca degli elementi occorrenti per l'inizio dell'azione penale (e che, recuperando una classica terminologia inquisitoria, si definiva processo informativo)<sup>55</sup>; l'istruzione vera e propria, a sua volta ripartita in formale e sommaria, avente per

<sup>52</sup> La prova negativa, ossia la dimostrazione dell'incolpevolezza, di regola non è possibile, preciserà Manzini, tanto che il pretenderla rappresenterebbe nella maggior parte dei casi un assurdo logico e una manifesta iniquità (MANZINI, *Trattato* cit., III, 148).

<sup>53</sup> In virtù di questo principio, i soggetti protagonisti del rapporto processuale erano chiamati a cooperare per l'attuazione della volontà della legge, tanto che il dovere di ricerca della verità imponeva di subordinare l'interesse individuale ad una sentenza favorevole all'interesse generale di avere una sentenza giusta, come dirà, tra gli altri, Eduardo MASSARI (*La probità processuale come dovere giuridico*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1932, 237). Cfr. anche GABRIELI, *Istituzioni* cit., 260.

<sup>54</sup> Il principio dell'immediatezza, che a detta di Gabrieli dominava il campo della prova in tutte le fasi del procedimento, si traduceva nella «integrale e diretta percezione, da parte del giudice, delle prove che devono concorrere a formare il suo convincimento. Al principio dell'immediatezza si possono ricondurre tutte le disposizioni le quali prescrivono che la prova deve essere assunta dal magistrato ovvero deve essere eseguita alla sua presenza e sotto la sua direzione» (GABRIELI, *Istituzioni* cit., 262).

<sup>55</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 217; U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano 1932, 268.

oggetto la valutazione degli elementi in base ai quali decidere se si dovesse o meno far luogo al giudizio; e il dibattimento, in cui avveniva la discussione delle prove e la pronuncia di una sentenza su di esse fondata.

È soprattutto sulla fase istruttoria, totalmente segreta<sup>56</sup>, che occorre soffermarsi.

La differenza tra istruzione formale e sommaria risiedeva non già, come vorrebbe il senso delle parole, in una maggior semplicità o rapidità della procedura, ma nel soggetto agente: giudice istruttore o pubblico ministero. Questi poteva procedere all'istruzione sommaria quando la prova fosse, a suo insindacabile giudizio, evidente<sup>57</sup>. La prova, in questo caso, non incideva ai fini del giudizio finale, ma rilevava nella scelta, mai neutra nelle conseguenze, della tipologia di rito da esperire: il p.m., infatti, quasi come organo di smistamento, si rendeva arbitro del destino del processo, avviandolo per una strada anziché per un'altra.

Realizzando la divisione tra sommaria e formale si era scelto di abbandonare il principio della separazione delle funzioni processuali, contraddicendo l'apoteigma invalso nella dottrina francese di un pubblico ministero uno e indiviso<sup>58</sup>, e si era introdotto uno dei più gravi vizi di costruzione del processo penale: infatti p.m. e giudice istruttore, con rilevante promiscuità funzionale, nella fase istruttoria cogestivano in segreto la raccolta delle prove nei confronti dell'imputato per assicurare una speditezza che non sempre si conciliava con le forme solenni del giudizio<sup>59</sup>.

Ad attenuare il senso di contaminazione tra funzioni si sottolineava che l'istruzione sommaria rappresentava l'eccezione (secondo la prescrizione dell'art. 389) e quella formale la regola (nei casi stabiliti dall'art. 295), ma era altresì vero che in quella formale toccava al p.m. investire il giudice istruttore dell'azione penale mediante richiesta (art. 296, 1° comma), vincolandolo sull'obbligatorietà di avvio, ma non circa il titolo di reato, che il g.i. poteva modificare secondo le risultan-

<sup>56</sup> La segretezza dell'istruzione «ha funzione di garanzia così per la regolare condotta del processo scritto e per la necessaria indipendenza del magistrato, come per la tutela del buon nome dei cittadini che può essere gravemente offuscata dalla propalazione delle accuse che formano oggetto del procedimento istruttorio» (ALOISI, *Manuale* cit., 284). Un modo, prosegue l'autore, per impedire sia la fuga di notizie sia per evitare processi mediatici: «la cronaca dei giornali quotidiani non sarà più nera o troppo nera come finora era stata con detrimento inevitabile della onorabilità di singoli cittadini che possono anche essere innocenti». Non sarebbe forse ingeneroso scorgere nelle parole dell'Aloisi anche un modo per depurare i giornali delle notizie in grado di turbare l'animo della popolazione italiana, una sorta di censura per non intaccare il clima di ottimismo e di ordine imperante nella patria fascista. La segretezza, per Manzini, era condizione imprescindibile per la scoperta dei colpevoli e per la raccolta delle prove (MANZINI, *Trattato* cit., III, 42).

<sup>57</sup> Cassazione, 1ª sezione, 29 febbraio 1932, in *Giustizia penale*, 1933, IV, 50.

<sup>58</sup> De Marsico riteneva che i caratteri dell'unità e indivisibilità fossero stati sostituiti, nel codice, dai criteri della dipendenza gerarchica e della specificazione delle competenze (A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli 1952, 71).

<sup>59</sup> Così G. DEAN - R. FONTI, *La giurisdizione penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. I: *I soggetti e gli atti*, parte I: *I soggetti*, Torino 2009, 3.

ze istruttorie. Prima di questo momento, inoltre, il p.m. poteva compiere atti di investigazione e di conservazione; durante l'istruzione poteva avanzare richieste, assistere agli atti e prenderne visione in ogni stato del procedimento (art. 303). In altre parole, il p.m. prima del processo aveva funzioni di polizia giudiziaria *ex art.* 232<sup>60</sup> (una disposizione che mostra forse al meglio la tendenza all'ipertrofia della funzione del procuratore, finendo per attribuire alle fase preliminare investigativa i caratteri di un'istruttoria anticipata); nel processo svolgeva un'attività inquirente e requirente che diveniva esecutiva con l'esaurimento del processo stesso<sup>61</sup>.

L'azione consultiva del pubblico ministero finiva tuttavia per degenerare in giurisdizione per il carattere ibrido che egli incarnava<sup>62</sup>, assommando in sé, in senso lato, il ruolo di giudice (anche se la Relazione al progetto definitivo avvertiva che nessuno avrebbe osato sostenerlo<sup>63</sup>), di accusatore e di parte. Una parte che si voleva imparziale<sup>64</sup>, formula paradossale, secondo Carnelutti<sup>65</sup>, la cui intrinseca contraddizione in termini era artificiosamente superata da De Marsico, il quale asseriva che il concetto di parte fosse squisitamente giuridico e non espressione empirica di partigianeria<sup>66</sup>. Si trattava di una parte al tempo stesso *sui generis*, come sostenuto da Manzini<sup>67</sup> e ribadito nella Relazione al progetto definitivo<sup>68</sup>, tale in senso formale (in quanto interveniva nel processo per il soddisfacimento di un interesse altrui)<sup>69</sup>, pubblica, che non si contrapponeva a quella privata, ma la

<sup>60</sup> «La funzione della polizia giudiziaria va considerata nel p.m., che ne è il soggetto principale e dirigente» (MANZINI, *Istituzioni* cit., 148).

<sup>61</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 87; VANNINI, *Manuale* cit., 56; S. RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova 1957, 206-10.

<sup>62</sup> Tale natura 'spuria' del p.m., dipendente dal potere esecutivo, e al tempo stesso un po' parte e un po' magistrato (e in quest'ultima veste indipendente), era già stata contestata con riferimento al rito del 1865 da L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1895, 215. Nella Relazione al progetto definitivo del c.p.p. del Trenta si ammetteva che erano state avanzate richieste per togliere al p.m. il carattere di parte, ma esso «è troppo insito nella realtà della funzione, perché io possa indurmi a disconoscerlo», si giustificava il Ministro (*R.P.D.* cit., 22).

<sup>63</sup> *R.P.D.* cit., 22.

<sup>64</sup> L'imparzialità discendeva dal fatto che le pretese del p.m. erano dirette all'attuazione del diritto obiettivo, di un interesse pubblico e non personale.

<sup>65</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma 1946, 160.

<sup>66</sup> DE MARSICO, *Lezioni* cit., 33.

<sup>67</sup> MANZINI, *Trattato* cit., II, 228, anche se la formula è presente già nell'ed. del *Trattato* del 1912.

<sup>68</sup> *R.P.D.* cit., 22. Era viva anche la discussione se il p.m. fosse organo giurisdizionale (G. VASSALI, *La potestà punitiva*, Torino 1942, 175), amministrativo (ALOISI, *Manuale* cit., 147 e sgg.; ALTAVILLA, *Manuale* cit., 137) o, come sostenuto da Giuseppe Sabatini, organo di giustizia, indipendente dal potere esecutivo e parte del potere giudiziario (GIUS. SABATINI, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, Napoli 1943), in contrasto con quanti sostenevano che il p.m. fosse dipendente dal governo dal momento che esercitava le sue funzioni sotto la vigilanza del Ministro di Giustizia, ed era «parte dell'ordine e non del potere giudiziario» (RANIERI, *Manuale* 1957 cit., 202). Cfr. anche MANZINI, *Istituzioni* cit., 146.

<sup>69</sup> Così MANZINI, *Trattato* cit., II, 228, in contrasto con la precedente dottrina, che vedeva nel

sovrastava (segno, scriverà Carnelutti, della persistente immaturità del sistema e di un'improprietà nominale che celava una gran confusione di idee)<sup>70</sup> e che, infine, aveva il dovere di ossequio alla verità e alla giustizia, dal momento che agiva nell'interesse dello Stato come ogni pubblico ufficiale<sup>71</sup>.

I poteri del p.m si dilatavano invece nell'istruzione sommaria, dove l'azione penale era da lui promossa mediante richiesta del decreto di citazione a giudizio (art. 396)<sup>72</sup>. Qui il p.m. fruiva di tutte le facoltà istruttorie proprie del g.i., come si è detto, senza che ciò finisse per alterarne la natura di parte, dal momento che egli non agiva «per fini personali, bensì per uno scopo eminentemente pubblico e che di conseguenza ha interesse ad agire soltanto quando tragga la convinzione della colpevolezza da elementi obiettivi, accuratamente vagliati»<sup>73</sup>.

In breve, il p.m. poteva compiere tutti gli atti (avessero questi ad oggetto l'accertamento della prova generica o quello della prova specifica) che spettavano al g.i. nell'istruzione formale (*ex art.* 391), tranne quelli che gli erano espressamente vietati (quindi, al pari del g.i., poteva limitare la libertà personale dell'imputato, decidere per il rinvio a giudizio o per il proscioglimento, compiere esperimenti giudiziari, perquisizioni domiciliari, ricognizioni, perizie, assunzione di interrogatorio dell'imputato e così via). Solo nel caso in cui la durata della custodia preventiva fosse superiore ai quaranta giorni senza che il p.m. avesse fatto richiesta di decreto di citazione a giudizio o di sentenza di proscioglimento, l'istruzione sommaria si trasformava in formale o si addiveniva alla scarcerazione dell'imputato, con conseguente accertamento dei motivi del ritardo dell'azione del p.m. e di una sua eventuale responsabilità *ex art.* 272, 2° comma.

Inoltre, la violazione della forma di istruzione, ossia la non osservanza dell'obbligo imposto dagli artt. 295 e 389 di procedere ora con rito formale ora con quello sommario a seconda dei presupposti di partenza, non comportava nullità, risolvendosi in un mero spostamento di attribuzioni tra organi giudiziari egualmente abilitati a compiere quegli stessi atti istruttori, sottolineandosi in questo modo ancor di più la promiscuità cui si faceva prima cenno.

p.m. una parte in senso sostanziale, che interveniva per soddisfare un interesse proprio (così, ad es., F. SIRACUSA, *Il pubblico ministero*, Torino 1929, 104 e sgg.; LUCCHINI, *Elementi cit.*, 214-5).

<sup>70</sup> CARNELUTTI, *Lezioni cit.*, I, 159.

<sup>71</sup> Precisa Ranieri che il p.m. e l'imputato erano sia parti nel processo che parti rispetto all'azione che vi era dedotta, a differenza di quanto avveniva nel rito civile, in cui si era soliti distinguere tra le due posizioni (RANIERI, *Manuale 1957 cit.*, 171).

<sup>72</sup> Il codice del Trenta recupera sul punto la nomenclatura del 1865 («ma con più esattezza», puntualizza Manzini), abbandonando invece quella del codice del 1913 che aveva preferito l'espressione *citazione diretta*. «Non si tratta, invero, di citazione diretta al giudizio, dal momento che prima deve esserci un'istruzione, seppure sommaria» (V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Torino 1932, 228, nt.1).

<sup>73</sup> GABRIELLI, *Istituzioni cit.*, 247-8.

L'ultimo segmento processuale era costituito dal dibattimento, contrassegnato dai requisiti dell'oralità e della pubblicità. Il giudice del dibattimento decideva non solo in base a prove assunte oralmente davanti a lui, ma avvalendosi anche dei verbali di atti compiuti da altri soggetti in un momento anteriore al procedimento<sup>74</sup>. La disarmonica architettura del processo del '30 comportava, a detta di Manzini, che la semplice lettura dell'atto in cui la prova era contenuta (spesso il modo ordinario di procedere) diveniva «il mezzo con cui si oralizzano, cioè si rendono conformi ai principi del dibattimento, gli atti scritti»<sup>75</sup>, con conseguente «mortificazione della struttura accusatoria del dibattimento», a testimonianza, una volta di più, dello spirito autoritario della riforma fascista<sup>76</sup>.

In questo modo le prove, formatesi in uno stadio anteriore, si riversavano tali e quali nel dibattimento, che perdeva così la propria centralità<sup>77</sup>, ed erano alla mercé di un giudice prevenuto dalla lettura del fascicolo<sup>78</sup>. Una caratteristica che indurrà ad affermare che nel rito del '30 tornava ad avvertirsi, come nel lontano passato, più il fruscio della carta che il suono delle parole<sup>79</sup>.

L'utilizzabilità dibattimentale degli atti raccolti nell'istruttoria finiva per vanificare la separazione delle fasi processuali (autonome e al tempo stesso concatenate tra loro fino a formare un meccanismo complesso) e forgiava un'idea di unità dell'intero procedimento in cui, tuttavia, la fase precedente al giudizio era talmente preponderante da trasformare il dibattimento in una mera e il più delle volte spenta riproduzione di quanto già trasfuso negli atti<sup>80</sup>, quasi fosse «una sorta di semplice controllo di giudizi cristallizzatisi in momenti anteriori»<sup>81</sup>.

Manzini ribadiva con forza che il c.p.p. del '30 si ispirava ad un modello misto,

<sup>74</sup> «Nel sistema del nostro processo – precisa Florian – bisogna distinguere: in genere, nella prima fase del procedimento, nell'istruzione, prevale il metodo della scrittura [...]. Invece, nel dibattimento, quando tutto si avvia alla sintesi riassuntiva spesso drammatica, prevale l'oralità, che rappresenta il metodo normale» (E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino 1932, 66).

<sup>75</sup> MANZINI, *Trattato* cit., IV, 346.

<sup>76</sup> P. FERRUA, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano 1981, 264-5.

<sup>77</sup> In questo senso F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, 169.

<sup>78</sup> G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia Giuridica*, I, Roma 1989, 7.

<sup>79</sup> Il concetto di oralità nel processo del 1930 è ben espresso da Ferrua, il quale evidenzia come la polivalenza concettuale, assunta nella terminologia giuridica da tale espressione, richieda di specificarne la possibile accezione. Orali erano ai sensi dell'art. 138 del c.p.p. le deposizioni rese dai testimoni e dall'imputato, nel senso che costoro erano tenuti a rendere dichiarazioni "a viva voce", senza ricorrere ad altre forme di comunicazione. Al tempo stesso «l'art. 138 c.p.p. e le norme che ammettono la lettura in giudizio delle deposizioni istruttorie non si trovano in un rapporto di regola-eccezione, ma semplicemente operano in sfere distinte, seppur tra loro coordinate: l'uno concerne il momento di formazione della prova testimoniale; le altre attengono alla diversa problematica dell'acquisizione in dibattimento delle prove elaborate negli stadi anteriori del processo» (FERRUA, *Oralità del giudizio* cit., 279-81).

<sup>80</sup> G. CONTI - A. MACCHIA, *Indagini preliminari*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIV, Roma 1989, 1.

<sup>81</sup> M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, 416.

con prevalenza del tipo inquisitorio nell'istruzione e del tipo accusatorio nel giudizio, nel quale l'imputato non era mero oggetto dell'investigazione e dell'accertamento giudiziale, come avveniva nell'inquisitorio, ma non era neppure completamente libero contraddittore in grado di lottare ad armi pari contro l'accusatore, come accadeva nel paradigma accusatorio<sup>82</sup>.

A ben guardare, però, i profili fin qui evidenziati sembrano mettere in discussione l'effettività del sistema misto, tale solo da un punto di vista formale<sup>83</sup>: i poteri di iniziativa probatoria del p.m. (che, come si è visto, godeva anche del monopolio dell'azione penale) e del giudice istruttore, uniti alla possibilità per l'autorità giudicante di decidere sulla base di atti scritti (sacrificando così anche il principio di immediatezza della prova), denunciano al contrario il prevalente carattere inquisitorio del rito.

## 2.2. Quali e quante prove?

Per fondare su basi più solide quest'ultima osservazione valgono alcune sottolineature.

Nella fase istruttoria, in logica ottemperanza alla sua segretezza, l'imputato non era assistito dal difensore<sup>84</sup>: proprio come sostenuto nell'archetipo inquisitorio, i giuristi del tempo in cui maturò la codificazione fascista invitavano a distinguere l'istituto della difesa da quello del difensore, precisando che solo la presenza di quest'ultimo risultava incompatibile con le esigenze delle indagini istruttorie e ribadendo come per la difesa fosse sufficiente la presenza dell'indagato<sup>85</sup>.

Il principio del contraddittorio su cui si reggeva il processo del 1930 si sostanziava

<sup>82</sup> Così MANZINI, *Trattato* cit., II, 278. «Io ritengo tuttavia, per una serie di considerazioni d'ordine generale, che questi vecchi schemi, pur conservando un notevole valore dommatico, abbiano perduto molta della loro primitiva importanza. Il procedimento penale si avvia verso l'adozione di un nuovo tipo, schiettamente italiano qual è il processo tecnico» (ALOISI, *Manuale* cit., 15). Per una rilettura della contrapposizione tra accusatorio/inquisitorio cfr. da ultimo E. DEZZA, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, in *Diritti individuali* cit., 101-16; P. COSTA, *Il modello accusatorio in Italia: fra 'attuazione della Costituzione' e mutamenti di paradigma*, ivi, 151-60.

<sup>83</sup> Esplicito Florian, quando afferma che il nuovo rito appare come un ritorno al processo inquisitorio della Chiesa piuttosto che un'eco lontana del processo accusatorio romano (FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 300).

<sup>84</sup> Sul dibattito mai sopito sull'ammissibilità della presenza del difensore nella fase istruttoria cfr. M.N. MILETTI, *Ombre d'inquisizione. L'intervento della difesa nell'istruttoria penale italiana (1865-1913)*, in *QF*, 36 (2007), 902-55. Non mancano giustificazioni sociologiche a tale scelta, come evidenzia Alosi, secondo il quale la difesa si era risolta, nel codice del '13, in un privilegio per pochi agiati, mentre per la maggioranza della popolazione, sprovvista di mezzi economici adeguati, le norme del Finocchiaro-Aprile erano rimaste lettera morta. Così come non erano risparmiate critiche di ordine tecnico, precisando che il frazionamento imposto all'attività difensiva (nel senso di permettere al difensore di assistere solo a certi atti durante la fase istruttoria) finiva per far sfuggire allo stesso avvocato la visione d'insieme (ALOISI, *Manuale* cit., 288-90).

<sup>85</sup> Sugli interventi successivi alla caduta del fascismo cfr. C. STORTI, *Magistratura e il diritto di difesa nell'istruzione penale: il dibattito sui periodici giuridici (1955-1965)*, in *Diritti individuali* cit., 179-98.

nella massima *audiatur et altera pars*, ossia nel fatto che il giudice, nel suo compito di accertamento della verità, doveva sentire l'accusa e la difesa, mediante il concorso del pubblico ministero e dell'imputato, chiamato a difendere se stesso. Secondo una certa dottrina, infatti, il contraddittorio non implicava la necessità di un dibattito diretto tra accusa e difesa, ma presupponeva semplicemente la libera contrapposizione degli elementi di accusa e di discolta, che ben si realizzava nella fase dell'interrogatorio, con un istruttore garante di imparzialità nella raccolta delle prove: era infatti durante l'interrogatorio che si rendevano noti all'imputato gli elementi di prova sussistenti contro di lui e lo si invitava a giustificarsi indicando le prove a suo favore<sup>86</sup>.

Poche e precise parole di Gabrieli sembrano però suggerire scenari diversi: «l'istruzione formale ha prevalente carattere inquisitorio, perché è escluso il contraddittorio e perché l'attività istruttoria è demandata esclusivamente al giudice. Tale carattere si è accentuato rispetto al codice del 1913, perché nel codice del 1930 è stato escluso l'intervento *della difesa* [corsivo mio] anche per quegli atti rispetto ai quali era prima consentita (perizia, esperimenti giudiziali, ricognizioni, perquisizioni domiciliari)»<sup>87</sup>. Si può notare come la sottile distinzione tra difesa e difensore venga qui superata, a riprova di quanto essa fosse artificiosa.

Il codice del '30 recupera spesso, come a proposito della questione appena esaminata, l'eredità del farraginoso testo del 1865<sup>88</sup>: il rigido principio della segretezza viene ripristinato, eliminando quelle deroghe – peraltro anch'esse piuttosto timide, se confrontate con i primi progetti Finocchiaro-Aprile – che il codice del '13, «adeguandosi a notevoli correnti dottrinarie, che si ricollegavano ad una concezione liberale delle garanzie dell'imputato»<sup>89</sup>, aveva introdotto.

«È quasi superfluo avvertire come tale segretezza sia razionalmente giustificatissima data la necessità di indagare senza fornire all'imputato notizie che possano offrirgli il mezzo di sviare le ricerche, di cercare false prove, di preparare difese artificiali, di prevenire comunque l'opera del giudice»<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> Cfr. per tutti MANZINI, *Trattato* cit., I, 200.

<sup>87</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 218. Cfr. MANZINI, *Trattato* cit., IV, 155.

<sup>88</sup> Non a caso, Lucchini individuò nella *zavorra inquisitoria* uno dei principali difetti del codice del 1865 (L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino 1866, 254. Sul punto cfr. E. DEZZA, *Il primo codice di procedura penale del Regno dell'Italia unita*, in *Codici penali Codice di procedura penale del Regno d'Italia 1859-1889*, s.l., 2011, LI-CI, in particolare per la citazione qui richiamata si veda XCIII). Quel codice unitario, nato come un'affastellata revisione del testo del 1859, aveva già suscitato le veementi reazioni di Francesco Carrara, che vedeva nella sua distruzione l'unico modo per garantire il progresso della società civile (M.N. MILETTI, *La giustizia penale*, in *Enciclopedia italiana di scienze lettere e arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, vol. III, Roma 2012, 467-9).

<sup>89</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 218.

<sup>90</sup> MANZINI, *Trattato* cit., IV, 156. Ciò finiva per far risultare persino d'intralcio la partecipazione attiva del difensore alla ricostruzione della vicenda probatoria Cfr. *R.P.P.* cit., 59.

E così si opera una discrasia fra costituzione della difesa, obbligatoria e attuata durante l'istruzione, fin dal primo interrogatorio dell'imputato, ed esercizio della difesa, facoltativa nella fase istruttoria e comunque mai esperibile attraverso un patrocinatore.

Anche in questo caso si avvertono suggestioni del passato: ad esempio, nel codice austriaco del 1803, modello adamantino di impianto inquisitorio, si riteneva superfluo l'avvocato, dal momento che la difesa dell'indagato era assunta direttamente dal magistrato, mallevadore di verità. Non sono distanti dalla visione asburgica le espressioni di Rocco quando afferma che l'assistenza del difensore agli atti istruttori configura un atto di sfiducia verso il giudice, che «nello Stato democratico-liberale rappresenta una delle tante applicazioni del principio generale individualistico di diffidenza verso le Autorità. Ma che nello Stato Fascista non può essere ammesso, perché contrasta con i principi fondamentali del Regime»<sup>91</sup>.

Sarà questo un tema ampiamente dibattuto nel Convegno di Bellagio del '53<sup>92</sup>, dove Pisapia metterà in luce che per affrontare seriamente il problema dell'intervento della difesa nell'istruttoria si sarebbe dovuto procedere ad una radicale riforma della struttura del processo<sup>93</sup>. I numerosi interventi sul punto, che non si ha qui modo di riprendere, si dipanavano dalla necessità di operare una preventiva scelta tra modello accusatorio o inquisitorio: solo dopo aver compiuto un'opzione così determinante si sarebbe potuto ragionare di conseguenza sul ruolo della difesa, del difensore e del giudice, con un Carnelutti tormentato<sup>94</sup> e un Battaglini fermo sulle posizioni del passato<sup>95</sup>, fino all'intervento radicale di Giovanni Conso che, sulla scia della proposta di Carnelutti, riteneva teoricamente risolutiva l'unificazione dell'istruttoria<sup>96</sup>.

Per di più nell'istruzione sommaria, che segnava «il culmine della degenerazione inquisitoria»<sup>97</sup>, non era nemmeno chiaro quando cessasse l'attività preliminare di polizia giudiziaria per dare inizio al rito<sup>98</sup> (diversamente da quanto avveniva nel rito formale, in cui il passaggio dalla fase degli atti preliminari all'istruzione era fissato chiaramente dalla legge e aveva luogo con la richiesta del p.m. al g.i. di procedere all'istruzione formale).

Quindi, «a formare le prove destinate ad entrare nel quadro decisorio era [...] direttamente il pubblico ministero, ossia la controparte dell'imputato [...]. La so-

<sup>91</sup> R.P.P. cit., 59.

<sup>92</sup> *Atti del Convegno Nazionale di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale*, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa sociale, Milano 1954, 317-33.

<sup>93</sup> *Atti cit.*, 70 e 88-91.

<sup>94</sup> *Atti cit.*, 81-2.

<sup>95</sup> *Atti cit.*, 83.

<sup>96</sup> *Atti cit.*, 91-2.

<sup>97</sup> FERRUA, *Dal codice di rito cit.*, 451.

<sup>98</sup> GABRIELI, *Istituzioni cit.*, 216.

stituzione del pubblico ministero al giudice nella formazione delle prove supera nella scala delle perversioni processuali il modello inquisitorio»<sup>99</sup>.

Inoltre il 3° comma dell'art. 74 attribuiva al p.m. il potere di archiviare direttamente le denunce, le querele, le istanze manifestamente infondate, senza chiedere l'autorizzazione al giudice, prendendo anche in questo caso le distanze dal codice del '13. La modifica fu argomentata osservando come il controllo dell'istruttore si fosse rivelato, nei fatti, del tutto illusorio<sup>100</sup>.

Taluni insinuarono che il 3° comma dell'art. 74 si prestasse alla manovra politica di bloccare *ab origine* il processo penale laddove questo s'indirizzasse contro esponenti del partito al potere o soggetti da questo protetti<sup>101</sup>. L'ordine di archiviazione esauriva il procedimento penale, senza lasciare traccia alcuna nel casellario giudiziale, pur se l'imputato fosse stato colpito da un ordine di cattura.

Una certa preoccupazione sulla facoltà di archiviazione è rivelata da Francesco Pantaleo Gabrieli, il quale neppure troppo velatamente segnalava quanto fosse labile il confine tra esercizio di un diritto e arbitrio. Per ovviare a quest'ultimo, egli richiamava un generico, quanto universalmente valido, rispetto dei limiti imposti dalla legge: uno di questi consisteva nella manifesta infondatezza del rapporto, referto, denuncia ecc.<sup>102</sup>, tanto che Manzini poteva sostenere che il potere di archiviazione non solo non contraddiceva ma addirittura confermava il principio di necessità e di legalità del procedimento penale<sup>103</sup>.

L'infondatezza, pregiudiziale ad ogni altra questione circa la promovibilità dell'azione, poteva risultare o in linea di fatto (ad es. l'inconfutabilità dell'insussistenza materiale del fatto) o in quella di diritto (il fatto, anche nel caso in cui ne fosse provata l'esistenza, non era previsto dalla legge come reato)<sup>104</sup>. E non poteva essere confusa con motivi di opportunità (politica, morale ecc.) di procedere. «La legge, conferendo il potere d'archiviazione, ha voluto soltanto evitare il compimento d'atti inutili»<sup>105</sup>.

<sup>99</sup> FERRUA, *Dal codice di rito* cit., 451.

<sup>100</sup> R.P.P. cit., 21. Traspone dalla Relazione definitiva che qualche perplessità fosse emersa sul punto: si precisava infatti che, pur essendo stata generalmente lodata la riforma introdotta dall'art. 74, non erano mancate proposte per la conservazione dello *status quo*, con argomentazioni che, a detta di Rocco, non avevano convinto (R.P.D. cit., 23).

<sup>101</sup> Respinge con fermezza ogni sospetto Aloisi, strenuo difensore del diritto (che anzi per l'autore è un dovere) di archiviare da parte del p.m. (ALOISI, *Manuale* cit., 27). Carnelutti riteneva invece la formulazione dell'art. 74 (la norma prevedeva che il p.m. ordinasse la trasmissione degli atti all'archivio) «una frase di gergo, senza finezza né precisione [...] trasmettere gli atti all'archivio equivaleva, in fondo, a gettare il documento, contenente la notizia, nel cestino» (F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma 1947, 46).

<sup>102</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 84-5.

<sup>103</sup> MANZINI, *Trattato* cit., IV, 12.

<sup>104</sup> ALOISI, *Manuale* cit., 27.

<sup>105</sup> MANZINI, *Trattato* cit., I, 210 e IV, 12.

Doveva inoltre essere una infondatezza manifesta: per questo motivo, prima dell'archiviazione, il p.m. poteva compiere, oltre ad atti di polizia giudiziaria, anche atti istruttori o disporre circa la libertà personale dell'imputato, dal momento che l'archiviazione poteva essere decretata nell'istruzione formale fino a che non vi fosse stata richiesta al giudice istruttore di procedere con rito formale (artt. 296 e 74) e nell'istruzione sommaria finché non vi fosse stata richiesta del decreto di citazione al presidente della corte di assise o del tribunale (artt. 396 e 74)<sup>106</sup>.

Ma, alla fine, ciò che rilevava era che la valutazione dell'evidenza fosse rimessa esclusivamente al criterio discrezionale del p.m., senza sindacato giurisdizionale né facoltà di reclamo del privato.

Nel 1944 la disposizione venne modificata, con una formula che Carnelutti non esitò a definire goffa se non indecorosa<sup>107</sup>. E così, pur riconoscendo i numerosi inconvenienti cui l'art. 74 aveva dato vita, soprattutto in un clima politico malsano in cui non pochi pubblici ministeri avevano trasmesso all'archivio notizie di reato nient'affatto manifestamente infondate, il rimedio introdotto di avvalersi del controllo del giudice non sembrava offrire migliori garanzie. In un sussulto di reminiscenza manzoniana, Carnelutti invitava a diffidare dei poteri taumaturgici della legge e a ricercare il rimedio ai mali non nelle norme ma negli uomini, nella loro educazione e rigore morale<sup>108</sup>: considerazione che rovesciava il canone illuministico secondo il quale era meglio vivere sotto buone leggi che sotto buoni principi.

Alla luce di quanto fin qui evidenziato, il nodo gordiano del tema delle prove nel rito del '30 è cercare di capire quando esse si formassero, il modo di acquisirle e di vagliarle, ma, ancor prima, si tratta di specificare a quale prova s'intende riferirsi: a quella necessaria ad avviare l'azione, ad archiviare, a spiccare un mandato di cattura, a rinviare a giudizio, a determinare una pronuncia di condanna, di assoluzione o di proscioglimento per insufficienza di prove?

Se dunque i mezzi di prova sono i medesimi, quante declinazioni sono possibili, quanta diversa forza devono assumere nei diversi momenti processuali?

Dice bene Florian: la prova circola lungo ed entro tutto il processo e pervade

<sup>106</sup> Precisa Aloisi che in entrambi i casi il criterio adottato era unico: il p.m. poteva esercitare il diritto di archiviazione fino a quando il rapporto processuale non fosse stato costituito nella sua interezza, cosa che avveniva con l'intervento del giudice. Fino a quel momento, sostiene il presidente di sezione della Cassazione, tutti gli atti esperiti, anche processuali, erano esclusivamente atti del pubblico ministero. «L'istruzione è sua e quindi è logico che ne possa disporre» (ALOISI, *Manuale* cit., 29-30).

<sup>107</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 49. Il decreto legislativo n. 228 del 1944 recitava: «Il P.M., qualora reputi che per il fatto non si debba promuovere l'azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto. Il giudice istruttore, se non ritiene di accogliere la richiesta, dispone con ordinanza l'istruttoria formale. Nel caso preveduto nel comma precedente il pretore provvede parimenti con decreto, informandone il procuratore del Re, il quale può richiedere gli atti e disporre invece che si proceda».

<sup>108</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 50.

tutte le sue fasi. Potranno variare eventualmente certe formalità, ma non il contenuto<sup>109</sup>. Ad avviso del penalista veneziano, inoltre, occorre distinguere tra oggetto di prova (ciò che si deve accertare nel processo), organo di prova (la persona fisica che nel processo reca o per mezzo della quale è recata la cognizione dell'oggetto di prova, come ad esempio un teste) e mezzo di prova, ossia l'atto mediante il quale si acquisisce la conoscenza del fatto di prova, come avviene con una deposizione<sup>110</sup>.

A chi è indirizzata la prova? A tutti i soggetti processuali, sostiene Florian, e non solo, come nel passato, al giudice. Ciò contraddiceva il vecchio aforisma per il quale *judici fit probatio*, non più accettabile<sup>111</sup>, secondo Florian, in un'epoca in cui il processo era concepito come rapporto giuridico fra più soggetti, ognuno dei quali interessato alla prova<sup>112</sup>.

Gli elementi per la prima volta contestati dall'accusa e le prove iniziali nascono insieme e parallelamente procedono. Da qui l'ampio campo della prova appare subito all'orizzonte del processo. In particolare assume un ruolo centrale l'art. 299, per il quale il giudice istruttore ha l'obbligo di compiere tutti gli atti necessari per l'accertamento della verità, caricando il processo, e in particolare la fase di acquisizione probatoria, di afflatti etici, ma al tempo stesso utilizzando una formula emblematica capace di esprimere la cifra culturale del legislatore fascista.

### 3. Di alcuni principi generali: l'onere della prova

Di grande delicatezza appare innanzitutto il tema dell'onere della prova, consistente nell'obbligo attribuito ad un soggetto processuale di provare ciò che afferma per evitare che rimanga privo di valore giuridico.

Se di regola tale onere spetta all'accusa, nel processo penale delineato dal c.p.p. del 1930 la questione non sembra avere una chiara soluzione: il giudice doveva tenere conto di tutti gli elementi positivi e negativi emergenti dalle varie fasi della procedura e da chiunque forniti, per poi raccogliarli, coordinarli e porli a base del proprio convincimento.

La dottrina fece del tema dell'onere della prova la cassa di risonanza per smar-

<sup>109</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 276.

<sup>110</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 277.

<sup>111</sup> La formula latina poteva corrispondere a verità in un tempo in cui, imperando il processo inquisitorio, ogni atto processuale si concentrava nel giudice. «Non può dirsi altrettanto oggidi» (FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 295).

<sup>112</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 295. «L'impostazione data dal Florian nello studio della sistematica delle prove si mantenne a lungo d'attualità vista l'incidenza del tema sulla dinamica tra modello inquisitorio e modello accusatorio di processo penale: l'individuazione di tutti i soggetti del processo come destinatari della prova era una scelta incompatibile con un modello inquisitorio» (P. CAMPONESCHI, *Florian, Eugenio*, in *DBI*, 48, Roma 1997, 326-8).

care il processo penale da quello civile, sottolineando come fosse da rifuggire una concezione privatistica della questione.

Interverrà in modo puntuale sul tema «uno strenuo difensore dei principi del diritto penale liberale durante la crisi che dal 1933 alla fine della guerra ha scosso le fondamenta stesse del pensiero penalistico»<sup>113</sup>, ossia Giuseppe Bettiol. L'autore sosteneva che nell'ambito penale non vi fosse ripartizione dell'onere tra le parti, ossia tra p.m. e imputato.

Al primo incombeva l'intero onere sostanziale, nel senso che era il p.m. a dover provare la presenza di tutti quegli elementi di fatto sui quali si fondavano la pretesa punitiva e l'inesistenza di elementi ostativi al sorgere della stessa, dimostrando non solo che l'imputato era autore del fatto ma anche che a suo favore non militavano circostanze di giustificazione o di esclusione di colpevolezza o di non punibilità<sup>114</sup>. Un principio logico e di buon senso più che una regola giuridica, suggeriva Manzini<sup>115</sup>. Da ciò conseguiva che l'accusa non era da respingersi nell'ipotesi in cui non si fosse fornita la piena prova, né che la prova incombesse esclusivamente sull'accusatore: non solo il p.m., ma anche il giudice avevano il compito di dimostrare la fondatezza delle imputazioni, senza rimettersi alla diligenza e all'abilità di altri<sup>116</sup>.

La regola dell'onere della prova non riguardava pertanto *chi* dovesse provare, ma *ciò* che doveva essere provato o meglio il *modo* attraverso il quale un fatto processualmente rilevante andava provato<sup>117</sup>.

Per Bettiol, l'onere sostanziale della prova nel processo penale era stabilito a svantaggio dell'organo dell'accusa e a favore dell'imputato. «Mentre i fatti costitutivi della pretesa punitiva devono essere positivamente accertati ai fini di una sentenza di condanna, per ammettere la presenza di un fatto impeditivo o estintivo non occorre che il fatto sia positivamente accertato, ma basta che sia fallita la prova della sua inesistenza». In tal modo egli ricollegava il tema dell'onere della prova a quello della formula, accolta nel c.p.p. del 1930, *in dubio pro reo*<sup>118</sup>.

<sup>113</sup> G. MARINUCCI, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni Trenta*, in *QF*, 37, 2008, 325.

<sup>114</sup> BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 315.

<sup>115</sup> *Onus probandi incumbit ei qui asserit*, ricorda MANZINI, *Trattato* cit., III, 148.

<sup>116</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 149.

<sup>117</sup> BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 314.

<sup>118</sup> L'autore respinge anche categoricamente l'idea che la formula *in dubio pro reo* mostri una sorta di *favor delinquentis* in contrasto con lo spirito della legislazione fascista. Per Bettiol il dubbio del giudice non poteva fittiziamente considerarsi alla stregua di una certezza, perché una modificazione del motivo informatore delle norme non comportava necessariamente una trasformazione dei criteri di applicazione delle norme stesse. La regola *in dubio pro reo* non aveva nulla a che vedere con determinati presupposti di carattere politico, come dimostrava il suo accoglimento in legislazioni anteriori alla Rivoluzione francese, sbandierata spesso dai commentatori di regime quale sentina di illegalità o emblema di una catastrofe per il diritto (BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 307-17).

Quest'ultimo era considerato dai più un principio relativo all'interpretazione e alla valutazione della prova<sup>119</sup>: ciò, a detta di Florian, finiva per far rientrare dalla finestra quella presunzione di innocenza che sembrava cacciata dalla porta<sup>120</sup>, complice per di più l'art. 473. La norma disponeva che nel caso in cui, in fase di votazione per la formazione della sentenza, si fossero manifestate più di due opinioni, i voti dei giudici favorevoli alla pena più grave si univano a quelli espressi da quanti si erano pronunciati per la pena gradatamente più prossima alla più grave, fino a che si fosse venuta a formare una maggioranza. In ogni altro caso, quando su una questione si raggiungeva una parità di voti, prevaleva l'opinione più favorevole all'imputato.

Sembrava così sostenersi che in un codice frutto di precise ideologie politiche restava comunque spazio per regole dall'impronta liberale, forse per rendere meno indigesta quella sempre più marcata deriva inquisitoria verso la quale il codice spingeva.

Per Bettiol, invece, la dibattuta formula dell'*in dubio pro reo* non era regola legale di prova, poiché non riguardava l'interpretazione delle leggi, ma la decisione del giudice nel dibattimento (ossia, nel dubbio, il giudice aveva il dovere morale, non l'obbligo giuridico di attenersi alla conclusione meno sfavorevole all'imputato). L'art. 473, pertanto, non avrebbe fondato, secondo Bettiol, una presunzione di innocenza, come immaginava Florian, né tanto meno lo avrebbe fatto la regola dell'*in dubio pro reo*<sup>121</sup>. Quest'ultima si limitava ad esprimere le conseguenze che il giudice doveva trarre dalla mancata prova di un fatto processualmente rilevante (prosciogliendo l'imputato), senza che ciò intaccasse le fondamenta del sistema processuale. Se, ad onta di ogni attività inquisitoria compiuta, il magistrato si trovava in una situazione di incertezza, chi doveva assumere i rischi della mancata prova del fatto? L'imputato o l'organo di accusa?

Nel conflitto tra due interessi, quello dello Stato alla repressione penale e quello dell'indagato alla libertà individuale, era quest'ultimo a dover prevalere quando il magistrato dubitasse che il primo fosse veramente fondato. Non era questa una soluzione liberale, precisava con insistenza Bettiol per fugare ogni timore dei 'novatori' e per rimarcare le distanze rispetto alle precedenti tendenze 'politico-giuridiche'<sup>122</sup>. Era un esito che

<sup>119</sup> Bettiol evidenzia come nel diritto (e in quello processuale in particolare) ci si muova sempre nel campo del 'probabilistico' e che anche quella certezza che coincide con il convincimento del giudice è adesione ad una verità dei fatti dal momento che non esistono ragioni per far dubitare della verità del contrario, tenendo però presente che «il giudizio del magistrato è sempre un giudizio problematico e mai un giudizio logico assertorio (BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 310).

<sup>120</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 298.

<sup>121</sup> BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 313.

<sup>122</sup> Si riporta qui di seguito una delle molteplici sottolineature, tese a dimostrare la discontinuità tra passato e presente, a riprova dell'intento di Bettiol di chiarire che, per quanto taluni istituti o precetti sembrassero un'eredità del codice del 1913, in realtà rispondevano ad una logica completamente diversa, fino a sostenere l'impossibilità di eliminare concetti che, seppur ricollegati all'età liberale, avevano in realtà origine consuetudinaria. Afferma Bettiol: «Non vi è traccia di liberalismo nella nuova legislazione

trovava possibilità di accoglimento anche in un codice di procedura penale autoritario, come quello del 1930, senza che ciò ne scardinasse o contraddicesse i postulati di fondo.

#### 4. *Prove e polizia giudiziaria*

L'origine di molti difetti del sistema probatorio del codice processual-penale Rocco si annidava nel ruolo e nell'operato della polizia giudiziaria<sup>123</sup> che, a dire del Ministro, era stata sottoposta dal precedente codice a impedimenti e controlli capaci di paralizzarne ogni attività<sup>124</sup> e a cui il nuovo rito restituiva invece dignità: l'operato della polizia giudiziaria costituiva «la fase più importante del processo informativo» ed era svolta da «benemeriti pubblici ufficiali, assidui quanto preziosi ausiliari del magistrato»<sup>125</sup>. La libertà di apprezzamento e di azione che il c.p.p. del '30 ripristinava si estendeva fino a prevedere una sorta di immunità processuale: gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non potevano infatti essere perseguiti per fatti integrativi materialmente di un reato riconducibili all'esercizio della loro funzione coercitiva<sup>126</sup>.

Significativa in questo senso è, ad esempio, una sentenza del maggio del 1932 della 2<sup>a</sup> sez. della Cassazione, per la quale la perquisizione personale compiuta dalla polizia giudiziaria con *eccessivo rigore* non perdeva il suo carattere di legalità qualora il pubblico ufficiale non avesse usato la necessaria diligenza e sempre che la perquisizione fosse diretta all'«impossessamento» di una prova<sup>127</sup>. La sentenza, mostrando un chiaro distinguo tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova, affermava la validità ed utilizzabilità della prova ottenuta anche quando il mezzo per raggiungerla non avesse integrato criteri di diligenza, in perfetta coerenza con la finalità, qui più volte enunciata, di un processo diretto ad assicurare alla giustizia i colpevoli e che, in nome di questo supremo fine, riconosceva ai suoi protagonisti la più ampia libertà di azione.

Così, a fronte di una norma che per taluni moralizzava tutto il sistema probato-

italiana perché talune coincidenze di carattere formale tra un codice ispirato alle ideologie liberali e un codice fascista non devono far dimenticare che il motivo informatore delle norme è in ciascuna delle due legislazioni diverso e diverse sono quindi le loro giustificazioni razionali» (BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 307).

<sup>123</sup> Da non confondere con la polizia di sicurezza: quella giudiziaria, infatti, era chiamata a svolgere attività di repressione, intervenendo solo a seguito di violazione della legge penale e al fine di scoprire i colpevoli; la polizia di sicurezza era invece impegnata in un'attività di prevenzione.

<sup>124</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 276.

<sup>125</sup> ALOISI, *Manuale* cit., 269.

<sup>126</sup> Un'ampia digressione si ritrova in ALOISI, *Manuale* cit., 32-7.

<sup>127</sup> *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 1394-7. In un altro caso, si precisava come l'atto di ricognizione compiuto dagli ufficiali di polizia giudiziaria senza l'osservanza delle prescritte formalità fosse valido, dal momento che l'art. 225 c.p.p. le richiedeva per quanto possibili (Cassazione, 1<sup>a</sup> sezione, 14 gennaio 1933, in *Giustizia penale*, 1933, IV, 866).

rio vietando l'uso processuale di scritti anonimi (art. 141), una serie di pronunce ribadiva che non era preclusa alla polizia giudiziaria disporre indagini sulla scorta di una delazione anonima<sup>128</sup>.

Fermo restando che una denuncia anonima costituiva pur sempre una *notitia criminis*, sulla cui base il p.m. poteva non già avviare un procedimento penale, ma procedere ad investigazioni sui fatti denunciati, l'art. 141 stabiliva che gli scritti anonimi non potevano essere uniti agli atti del procedimento, né se ne poteva fare un uso processuale, a meno che non costituissero corpo del reato o provenissero dall'imputato: bastava quest'ultima precisazione a legittimare un'indagine della polizia giudiziaria volta a tale accertamento. Nel caso di esito positivo, lo scritto, non più anonimo, poteva essere usato processualmente<sup>129</sup>.

Affermare, come faceva l'articolo in questione, che l'anonimo non potesse essere unito agli atti non significava che non potesse essere esaminato, dal momento che il giudice non era in grado di escludere *a priori* la provenienza del documento dall'imputato. Scopo dell'articolo era di impedire che il documento anonimo acquistasse *sic et simpliciter* rango probatorio, mentre il divieto di unire lo scritto anonimo agli atti processuali tendeva ad impedire che esso in qualche modo influisse sulla formazione del convincimento del giudice<sup>130</sup>.

Era questa l'interpretazione che alla fine si era imposta, anche sulla scia della lettura offerta dallo stesso Guardasigilli e dal Manzini, in sede di elaborazione del codice, per porre fine ad una serie di obiezioni mosse all'interno della Commissione Parlamentare, divisa tra il voler l'anonimo sempre falso e calunnioso e il ritenere la formulazione della norma contraddittoria e pericolosa: la soluzione intermedia adottata dal codice, di un atto che non figura nel processo scritto ma serve al giudice istruttore o al p.m., rischiava di creare *dossier segreti*<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> V., ad esempio, Cassazione, 1<sup>a</sup> sezione, 27 maggio 1932, in *Giustizia penale*, 1932, IV, 928. Una soluzione accolta con favore da Francesco Pantaleo Gabrieli. Questi insisteva sul fatto che, se le indagini della polizia svolte in base allo scritto anonimo ad essa trasmesso pervenivano ad accertare e a raccogliere altri elementi legittimi di prova, l'autorità giudiziaria si poteva giovare di detti elementi (GABRIELI, *Istituzioni cit.*, 118).

<sup>129</sup> Si trattava dell'ennesima situazione in cui «non è possibile una separazione netta tra polizia e pubblico ministero, nel senso che questi possa, sì, trasmettere la denuncia anonima alla pubblica sicurezza, ma poi disinteressarsene. Disporre indagini di polizia giudiziaria non significa "fare uso processuale": e questo, e non altro, è il divieto posto dall'articolo 141» (GABRIELI, *Istituzioni cit.*, 118). È però significativa una pronuncia della Cassazione in cui da un lato si insisteva sul fatto che non era precluso alla polizia giudiziaria disporre indagini sulla scorta di una delazione anonima, dall'altro si enunciava che la violazione del divieto di ogni uso processuale degli scritti anonimi non importava nullità (Cassazione, 1<sup>a</sup> sezione, 27 febbraio 1933, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 598 e in *Giustizia penale*, 1933, 985).

<sup>130</sup> Così GABRIELI, *Istituzioni cit.*, 118.

<sup>131</sup> *Atti della Commissione parlamentare*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, XI, Roma 1930, 94-8.

L'unico strumento in grado di attribuire valore probatorio ad elementi (ad es. una lettera minatoria o un libello famoso) che, in quanto non sottoscritti, non ne possedevano intrinsecamente alcuno, era la perizia: si subordinava così la spendibilità degli scritti anonimi ad una certezza raggiunta mediante operazioni tecniche.

La p.g. era sì chiamata a svolgere le investigazioni preliminari (prendendo notizia dei reati, assicurando le prove, ricercando i colpevoli e raccogliendo quant'altro potesse servire all'applicazione della legge penale, secondo quanto recitava l'art. 219), ma queste finivano per assumere un incisivo ruolo probatorio. E proprio la raccolta delle prove nella fase investigava (non a caso nell'art. 219 non ricorreva il termine *ricerca*, ma *assicurazione* delle prove) poneva a confronto due necessità contrapposte e ugualmente importanti: da un lato l'urgenza di non disperdere gli elementi probatori, dall'altro il pericolo di travalicare i confini operativi assegnati alla polizia.

L'art. 225 riconosceva agli ufficiali di polizia giudiziaria la possibilità di procedere a sommario interrogatorio dell'arrestato, a sommarie informazioni testimoniali e ai necessari atti di ricognizione, ispezione e confronto sia in caso di flagranza sia quando vi fosse urgenza di conseguire le prove del reato e di conservarne le tracce. Simili prerogative sollevavano qualche perplessità in una parte della dottrina, per la quale si trattava di compiti spettanti in via esclusiva al giudice in ragione della sua imparzialità, condizione prima per assicurare la veridicità delle deposizioni rese ed escludere ogni pericolo di abuso.

Processi clamorosi, si ricorderà nel Convegno di Bellagio del 1953, avevano offerto lo spunto a critiche, anche aspre, sui metodi adottati dagli organi di polizia giudiziaria nelle indagini dirette a scoprire gli autori del reato, tanto da rendere improcrastinabile una riforma della legislazione processuale che fosse comunque scevra da pregiudizi nei confronti dell'operato della polizia e tenesse in debito conto il prezioso contributo offerto in ogni tempo nella lotta contro «quel tremendo male sociale che è il delitto»<sup>132</sup>.

A prescindere da ciò, sembrava trapelare un certo pudore o un disagio da parte del legislatore di fronte alla gravità dei poteri concessi alla polizia giudiziaria. Ne è una spia linguistica la preferenza concessa alla formula 'sommarie informazioni', usata con riferimento alle deposizioni testimoniali, piuttosto che il più esplicito termine interrogatorio: un espediente lessicale dietro il quale celare, vanamente, l'essenza vera dell'atto. In un prudente ordinamento del processo, lamenterà Carnelutti, dovrebbe essere interdetto alla polizia l'esame dei testimoni oltre gli stretti limiti necessari: «una cattiva abitudine della polizia giudiziaria è quella di voler compiere da sé un'istruzione preliminare da presentare poi al pubblico ministero o al giudice, con che essa usurpa poteri non suoi»<sup>133</sup>.

La polizia giudiziaria, invece, secondo le disposizioni del c.p.p. del 1930, aveva la

<sup>132</sup> Atti cit., 44.

<sup>133</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, IV, Roma 1949, 17.

possibilità di procedere ad una vera istruzione preliminare, anticipando più o meno tutto quello che più tardi avrebbe fatto il pubblico ministero. L'esperienza infatti insegnava che una testimonianza formatasi una prima volta, e documentata, difficilmente avrebbe potuto essere mutata<sup>134</sup>. Il processo veniva dunque plasmato in sede di indagini di polizia: la vera piaga del sistema erano proprio le sommarie informazioni, dal momento che in istruttoria si richiedeva (per non dire si imponeva) che imputato e testimoni ripetessero quanto già dichiarato, per esempio, al maresciallo dei carabinieri.

Gli atti qui indicati erano svolti dagli ufficiali di polizia giudiziaria di propria iniziativa, avvalendosi di tutte le potestà necessarie per il loro compimento: oltre all'arresto in flagranza, alla raccolta degli elementi di prova generica (il fatto) e specifica (gli autori e i compartecipi), la polizia era chiamata ad assicurare il corpo e le tracce di reato, ad effettuare accertamenti, rilievi segnaletici (tra questi la dattiloscopia, ossia l'individuazione delle impronte digitali<sup>135</sup>), fotografici, intercettazioni o impedimenti di comunicazioni telefoniche, o altre operazioni tecniche *ex art.* 223, potendo costringere con la forza qualunque persona, in particolare l'indiziato di reato, ad assoggettarsi a quanto ritenuto indispensabile per l'esecuzione dei rilievi stessi, in particolare all'antropometria, da imporre anche coattivamente per giungere all'identificazione personale.

Forte della sua matrice positivista, Aloisi non mancava di sottolineare come il contributo della polizia giudiziaria dovesse diventare sempre più tecnico e scientifico: grande dispiego di mezzi idonei e particolari capacità soggettive rappresentavano il perfetto connubio per una efficace lotta contro il crimine. «L'argomento è tra quelli che più attrae: tutti sentiamo che il successo della lotta contro il delitto dipende e dipenderà sempre più in avvenire dal progresso dei mezzi tecnici, con i quali sapremo accertare il delitto e identificare il delinquente»<sup>136</sup>: una sorta di profezia del ruolo preponderante (ma non sempre decisivo) delle cd. prove scientifiche.

<sup>134</sup> Puntualizza Aloisi che comunque l'attività della polizia giudiziaria era di semplice informazione preliminare, essendo proibito il compimento di una vera e propria istruzione, affidata agli organi di giustizia: «e perciò quando dagli stessi ufficiali ed agenti siasi adempiuto all'obbligo di riferire all'Autorità giudiziaria il risultato delle indagini e delle prove raccolte, può dirsi terminato quel lavoro di preventiva assicurazione della prova che spetta precisamente alla polizia giudiziaria e deve subentrare il lavoro di controllo e di elaborazione che è compito dell'Autorità giudiziaria» (ALOISI, *Manuale cit.*, 276).

<sup>135</sup> In una sentenza del 1937 si ribadiva come l'apprezzamento del valore probatorio delle impronte digitali importasse un'indagine di fatto sottratta al sindacato della Corte di Cassazione. Interessante la motivazione: «Comunque, non può affermarsi che gli accertamenti dattiloscopici forniscano una prova soltanto sussidiaria, la quale, in mancanza di altro, debba interdire il giudice di formarsi un suo convincimento. La legge penale non assegna limiti a detto convincimento né distingue tra prove indiziarie o dirette, e prove principali o secondarie, potendo tutte ugualmente servire alla ricerca della verità e dare al giudice la certezza del fatto che occorre stabilire» (Cass., 2ª sezione, 15 novembre 1937, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1939, 1040-46).

<sup>136</sup> ALOISI, *Manuale cit.*, 271.

Rilevava stupito Carnelutti che il codice si era premurato nell'art. 226 di porre delle precise restrizioni in capo alla polizia giudiziaria in tema di prova documentale (vietandole di aprire un plico postale o telegrafico o di sequestrare corrispondenze esistenti presso gli uffici, anche se rappresentassero corpo di reato)<sup>137</sup>, mentre non aveva a sufficienza sottolineato (e forse non aveva voluto farlo) l'eccezionalità del potere di raccogliere le informazioni testimoniali. Perché consentirlo, ad esempio, nel caso di flagranza? Una situazione che, se poteva giustificare l'immediato arresto dell'imputato, non legittimava una raccolta di prove anticipata rispetto all'intervento del giudice, dal momento che la flagranza riguardava la certezza del reato, non il pericolo di dispersione delle prove, come precisato dall'art. 225 che distingueva tra le due posizioni.

Ma soprattutto la blanda formula dell'urgenza di raccogliere le prove (fondamento e presupposto dell'iniziativa di polizia) apriva spiragli di ampio intervento, anziché restringerli come avrebbe dovuto<sup>138</sup>. A ben guardare l'urgenza, anziché carattere di eventualità, finiva per assumere quello della 'necessità': il rischio di perdita di elementi probatori non poteva mai essere escluso. Ne conseguiva, in pratica, che, indipendentemente dall'importanza del fatto, l'istruzione cominciava con le sommarie informazioni raccolte nell'ambiente della polizia giudiziaria e lì spesso vi prendeva lo stampo definitivo.

Sempre nel convegno di Bellagio si riconobbe come nella prassi la polizia raccogliesse in ogni caso l'interrogatorio dell'imputato. E si auspicò che, al contrario, tali informazioni, private dell'intrinseco valore probatorio, fossero riferite dagli agenti e dagli ufficiali in via testimoniale, attribuendo alla sola autorità giudiziaria il potere di interrogare l'indagato, con una serie di ricadute a cascata sul fermo di accertamento.

In quella sede congressuale si formarono due tendenze: vi era chi propendeva per la radicale abolizione dell'interrogatorio della p.g. come mezzo di prova (tra questi ritroviamo Giuliano Vassalli<sup>139</sup>), denunciando nei fatti l'avvenuto tradimento dello spirito dell'art. 225 (l'eccezione si era trasformata in regola), e chi riteneva che tale interrogatorio dovesse essere mantenuto con una serie di garanzie (tra questi possiamo annoverare Francesco Carnelutti, autore tuttavia di una proposta foriera di numerose polemiche<sup>140</sup>).

<sup>137</sup> Si trattava, a detta di taluni, di una limitazione diretta a circondare delle maggiori garanzie possibili il segreto epistolare, a sua volta tutelato dal codice penale.

<sup>138</sup> CARNELUTTI, *Lezioni cit.*, II, 79-80.

<sup>139</sup> *Atti cit.*, 58-9.

<sup>140</sup> Per Carnelutti occorre vietare che i rapporti e gli atti di polizia cadessero sotto gli occhi del giudice in fase dibattimentale. Pratica pericolosissima, dirà il giurista, quella di confrontare le deposizioni rese in udienza con quelle rilasciate in sede istruttoria e alla polizia: il giudice non avrebbe dovuto sapere nulla di quanto accaduto prima (*Atti cit.*, 51). Una proposta che suscitò tuttavia le

Carnelutti, in realtà, aveva nel passato manifestato non poche perplessità sul punto. Pur definendo il codice un testo lastricato di buone intenzioni, egli vi aveva rilevato la sopravvivenza di pratiche coercitive volte ad estorcere la confessione nella fase preliminare del processo: «il rispetto della libertà dell'imputato, in particolare quando chi lo interroga sia convinto ch'egli nasconde la verità e tanto più se lo scoprirla costituisca per lui un successo personale, esige nell'interrogante un'alta educazione morale, che negli agenti e spesso anche negli ufficiali della polizia giudiziaria, allo stato attuale della civiltà, è difficile pretendere o, almeno, trovare»<sup>141</sup>.

Nuvolone, in una posizione quasi intermedia, proponeva di disporre che la confessione resa davanti agli ufficiali di polizia giudiziaria acquistasse valore di prova soltanto in quanto confermata ai magistrati<sup>142</sup>. Non mancava chi, come Lelio Basso, sosteneva che il problema non fossero solo gli interrogatori violenti di polizia (che egli poteva affermare d'aver sperimentato di persona), ma il costume della magistratura che obbligava in qualche misura l'imputato a mantenersi nei binari del primo interrogatorio di polizia<sup>143</sup>.

Di contro, si sosteneva che l'imputato, reo confesso davanti alla polizia, era solito ritrattare non appena si rendeva conto della debolezza delle prove raccolte contro di lui, attribuendo la sua prima confessione a violenze o pressioni esercitate sulla sua persona. Pertanto, di fronte al divario tra verbale della polizia e ritrattazione, il giudice aveva il dovere di insistere e di richiamare l'imputato<sup>144</sup>.

## 5. Prove alla prova

### 5.1. La perizia

Nell'impossibilità di dare conto in maniera compiuta ed approfondita dei numerosi profili attinenti al tema delle prove, mi limiterò ad accennare a specifici aspetti relativi ai singoli mezzi probatori.

Un capitolo a sé meriterebbe la questione della perizia<sup>145</sup>, che taluni ritenevano, più che una prova vera e propria, un elemento sussidiario per la valutazione di una

veementi opposizioni di quasi tutti i presenti al Convegno del '53, i quali obiettarono che la soluzione carneluttiana violava il principio del libero convincimento e ancorava ancor di più il giudice all'interrogatorio svolto dalla polizia.

<sup>141</sup> CARNELUTTI, *Lezioni cit.*, II, 237.

<sup>142</sup> *Atti cit.*, 60.

<sup>143</sup> *Atti cit.*, 54.

<sup>144</sup> *Atti cit.*, 63.

<sup>145</sup> Cfr. A. BORETTINI, *La perizia nel processo penale*, Padova 1940.

prova<sup>146</sup>, o un'indagine tecnica diretta ad illustrarne il valore<sup>147</sup>. Altri, come Florian, la consideravano non un generico aiuto offerto al giudice nell'accertamento dei fatti, né un mezzo di prova subordinato, ma mezzo di prova vero e proprio, diretto a portare alla cognizione del giudice un oggetto di prova<sup>148</sup>.

È una disputa appassionata quella che verte sulla definizione giuridica della perizia, una discussione che non risparmia neppure gli elementi di differenziazione tra perizia e testimonianza.

Se tanto il testimone quanto il perito deponevano in base a percezioni sensorie e ad un giudizio astratto da essi compiuto intorno a tali percezioni, la perizia, tuttavia, per i più, non era assimilabile alla testimonianza, dal momento che il testimone esponeva al giudice impressioni o elementi rappresentati e mnemonici relativi al passato, od osservazioni ricevute, mentre il perito riportava induzioni derivate oggettivamente, secondo massime logiche e di esperienza, da fatti accertati<sup>149</sup>.

Per altri la mera distinzione tra un testimone, chiamato a narrare fatti e non a esprimere un giudizio, e un perito, che esprime giudizi ma non narra fatti, è fallace: «quando, ad esempio, il giudice vuol sapere se l'imputato, in un certo momento, era ubriaco, può valersi d'un testimone o d'un perito, i quali entrambi gli esprimono un giudizio, spesso con le medesime parole»<sup>150</sup>. La vera differenza risiede invece nel fatto che il perito osserva, mentre il teste è osservato e che il perito è soggetto di un potere, il teste di un dovere. «Il vero è che, tra perizia e testimonianza la differenza è macroscopica quando, nel processo, il perito si procura delle esperienze mentre le esperienze del testimone sono acquisite fuori dal processo; ma quando, dopo aver osservato, è osservato a sua volta, cioè sottoposto a interrogazione, il perito dal testimone non si distingue più [...]. Come questi egli è frugato dal giudice: il quesito peritale non differisce dall'interrogazione testimoniale se non in quanto precede anziché seguire l'esperienza del perito»<sup>151</sup>.

O ancora, il teste riferisce su cose comuni avvenute in concreto; il perito su cose per conoscere le quali è necessario un corredo di specifiche cognizioni tecniche. Per questo il perito è persona fungibile, il teste no<sup>152</sup>.

Al di là delle considerazioni tradizionali, per le quali il giudice aveva la facoltà,

<sup>146</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 280; VANNINI, *Manuale* cit., 92.

<sup>147</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 287. Per Carnelutti il perito deduce o fornisce gli elementi per dedurre per incarico del giudice e per questa ragione egli è un mezzo di integrazione dell'attività del giudice, giungendo così ad escludere il valore probatorio della perizia, dal momento che il perito opererebbe nel campo della «posizione della regola d'esperienza», mentre le fonti di prova servirebbero per «la posizione del fatto» (F. CARNELUTTI, *La prova civile*, 2 ed., Roma 1947, in particolare 70-82).

<sup>148</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 348.

<sup>149</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 286; RANIERI, *Manuale* 1956 cit., 261.

<sup>150</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 179.

<sup>151</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 180.

<sup>152</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 348-9.

non l'obbligo, di disporre la perizia nelle sole ipotesi in cui vi fosse necessità di cognizioni specifiche di determinate scienze ed arti<sup>153</sup>, qui preme evidenziare la soppressione della figura del perito di parte prevista dal codice del 1913<sup>154</sup> a favore di un soggetto la cui investitura era ad appannaggio esclusivo del giudice istruttore. Alle parti era invece consentito ricorrere ad un consulente tecnico, nominato a loro spese entro tre giorni dalla notifica di avvenuto deposito della perizia in cancelleria. L'intervento del consulente a perizia avvenuta precludeva alla parte di partecipare all'esame tecnico attraverso un esperto di fiducia: è evidente come nella fase istruttoria l'imputato fosse davvero sprovvisto di tutele di fronte alla costruzione del castello accusatorio.

Non già perito, ma difensore, il consulente non poteva assistere alla perizia o prendere visione degli atti istruttori; gli era invece permesso esaminare i pareri, la relazione e i verbali peritali e di averne copia. Inoltre gli si permetteva di svolgere osservazioni scritte riguardanti la perizia ufficiale, da depositare, a cura dei difensori, nella cancelleria del giudice cinque giorni prima dell'inizio del dibattimento.

Proprio in ragione della sua natura, non era richiesto al consulente di parte alcun giuramento (a differenza di quanto disposto per i periti), dal momento che, in quanto difensore, non era tenuto all'obbligo della veridicità, ma solo ad un impegno morale e professionale di non esporre circostanze false, il che «non implica necessariamente anche l'obbligo di esporre il vero, quando questo può nuocere al suo assistito»<sup>155</sup>.

Si nota, quindi, che il c.p.p. del 1930 non opera una mera modifica terminologica, ma di sostanza, come emerge anche dalle conseguenze di tale impostazione: a questo consulente-difensore tecnico, che compiva affermazioni senza il vincolo del giuramento, il magistrato doveva prestare fede negli stessi limiti in cui credeva all'avvocato.

Come rileva Florian, il consulente tecnico si trovava in una situazione di inferiorità, «difetto al quale dovrebbe portarsi senza indugio riparo, giacché la pratica non di rado ci mostra che il consulente tecnico, malgrado tutto, riesce a scoprire e correggere eventuali errori del perito, servendo così agli scopi della giustizia penale»<sup>156</sup>.

Nuovamente le carte si mescolano quando si afferma che il p.m., il quale è parte, patrocinando direttamente la propria causa nel caso di istruzione sommaria, «assu-

<sup>153</sup> Rimarca Gabrieli che con tale formula si limitava implicitamente il campo della perizia, «per cui a tutto quello che esorbita dai predetti confini il magistrato deve sopperire con la propria cultura» (GABRIELI, *Istituzioni* cit., 281), ferme restando le ipotesi in cui fosse la legge a vietare espressamente la perizia (v. nt.164). Ribadiva la Cassazione che il non uso di una simile facoltà (rimessa al prudente arbitrio del giudice) non costituiva motivo di nullità (nel caso di specie, era stata rigettata istanza di perizia psichiatrica: Cassazione, 1<sup>a</sup> sezione, 23 dicembre 1931, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 217-21).

<sup>154</sup> Scelta salutata con favore da GABRIELI, *Istituzioni* cit., 279-80.

<sup>155</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 338.

<sup>156</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 365.

me esso medesimo il perito nell'istruzione sommaria e non ha difensori di alcuna specie»<sup>157</sup>; nell'istruzione formale invece il p.m. può assistere alle operazioni peritali, che si svolgono sotto la direzione del giudice, proponendo istanze e richieste.

La sommatoria di funzioni in capo al p.m. rende palese lo sbilanciamento che si realizza nella fase istruttoria, sede naturale deputata alla perizia<sup>158</sup>, dal momento che, di regola, nel dibattimento non si eseguivano perizie nuove, ma si utilizzavano i risultati di quelle acquisite nella fase precedente, mediante la mera lettura delle relazioni peritali, ammessa incondizionatamente, e prevedendo l'intervento personale dei periti solo per chiarimenti, sottratti tuttavia ad ogni discussione.

Conferma questa linea una pronuncia della Cassazione, la quale ribadiva che il disporre la perizia nel dibattimento costituiva provvedimento eccezionale, ammesso soltanto quando risultassero gravi e fondati indizi che la rendevano necessaria. Tale valutazione spettava insindacabilmente al giudice di merito: principio ribadito di fronte a possibili contestazioni e obiezioni che individuavano nella perizia un mezzo di ricerca e, pertanto, per la sua funzione, sottratto al potere discrezionale del giudice, sia nel momento in cui questi decideva di usarlo sia nelle fasi successive alla sua formazione<sup>159</sup>.

De Marsico più di altri evidenzia la stortura del sistema che, nell'intento di eliminare le interminabili polemiche fra periti a cui aveva dato luogo il codice Finocchiaro-Aprile, aveva finito da un lato per attribuire autorità esclusiva al parere tecnico di una sola persona, individuata dal giudice senza garanzia alcuna di competenza, dall'altro per ridurre a ruolo ancillare l'operato del consulente tecnico di parte<sup>160</sup>. L'unilateralità nella formulazione dei quesiti da sottoporre al perito riduceva l'investigazione scientifica il più delle volte ad una formalità che diminuiva la funzione del contraddittorio e negava la complessità dell'esperienza tecnica<sup>161</sup>.

Perfino la Commissione parlamentare aveva consigliato di consentire al consulente tecnico di assistere alla perizia con limitate facoltà di sottoporre osservazioni e richieste al perito<sup>162</sup>, senza però ottenere soddisfazione, per fedeltà a quella ferrea logica che demarcava gli spazi del perito, sorta di giudice tecnico, e del consulente tecnico, vero e proprio difensore: come il difensore non poteva assistere alla

<sup>157</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 280.

<sup>158</sup> Sebbene non vi fossero disposizioni che esplicitamente ammettevano o escludevano la possibilità di nominare consulenti tecnici nella istruzione sommaria, non vi erano ragioni per negare questa opportunità, in virtù del principio generale secondo il quale nell'istruzione sommaria si osservavano le norme stabilite per l'istruzione formale per quanto applicabili.

<sup>159</sup> Cassazione, 1ª sezione, 28 luglio 1933, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 111.

<sup>160</sup> DE MARSICO, *Lezioni* cit., 40. Sulla stessa linea GRISPIGNI, *Diritto processuale* cit., 42.

<sup>161</sup> Il perito, nominato d'ufficio dal giudice con il criterio della specializzazione tra persone da lui reputate idonee, non poteva essere ricusato dalle parti, le quali, a loro volta, erano sufficientemente garantite dalla possibilità di controllo esercitato dai propri consulenti.

<sup>162</sup> *Atti della Commissione parlamentare* cit., 165.

perizia, identica preclusione doveva valere anche per il consulente.

Era stato esplicito Rocco nella relazione, allorché aveva affermato che il problema della perizia non era tanto legato ad una difficoltà nel dettare le norme processuali («tutti i sistemi sinora adottati dalla legislazione italiana e straniera sarebbero buoni»), quanto da difetti umani, riferibili alla lealtà e alla veridicità dei periti («l'insincerità dei periti si risolve in un inganno teso alla giustizia: in un delitto»). L'unico rimedio per ovviare a tali vizi consisteva, per il Ministro, nel sottrarre agli esperti di parte la qualifica di periti, dal momento che «oggi, come è indubitato, i periti principalmente interessati a travisare la verità sono quelli di parte»<sup>163</sup>.

Vivace dibattito suscitò l'esclusione di perizie per stabilire la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in generale le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche<sup>164</sup>. Con tale disposizione si voleva evitare l'introduzione nel processo di conoscenze dai risultati incerti<sup>165</sup>, espressione di un palpabile scetticismo del legislatore verso indagini psicologiche a fatica riconosciute come dotate dei requisiti di scientificità<sup>166</sup>. È qui trasfuso il fardello ideologico della prolusione sassarese di Arturo Rocco, che mirava a recuperare il più schietto senso giuridico del penale, liberato da ogni possibile aderenza e contiguità con le cd. materie ausiliarie, dall'antropologia alla psicologia (solo nel momento in cui era possibile intendere la psichiatria come espressione dell'arte medica essa poteva essere tollerata): chiaro sbarramento all'incursione nel rito fascista delle dottrine positivistiche, che avevano elevato proprio la perizia a «simbolo dell'erosione del diritto ad opera di altri saperi»<sup>167</sup>, lasciando così «irrealizzato il sogno di un processo penale interamente improntato all'analisi bio-psichica del delinquente»<sup>168</sup>. Una mèta alla quale la scuola positiva aveva lungamente teso<sup>169</sup>.

<sup>163</sup> R.P.P. cit., 62.

<sup>164</sup> Oltre alle tre ipotesi qui indicate (previste dagli artt. 108 e 133 c.p.), la legge vietava espressamente la perizia, ex art. 314 c.p.p., nei casi di abitualità (artt. 102.104 c.p.) e professionalità nel reato (art. 105 c.p.). Se il giudice ordinava la perizia psichiatrica, proponeva al perito anche il quesito sulla pericolosità dell'imputato, sempre che l'accertamento di tale circostanza fosse prescritto dalla legge per l'applicazione di una misura di sicurezza. Ma accanto alla perizia psichiatrica avrebbe dovuto prendere posto, a detta di taluni, anche quella psicologica, «giacché interessa conoscere nel nostro campo non solo i pazzi ben definiti ma anche gli individui che possono non esserlo» (FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 361).

<sup>165</sup> Così BORETTINI, *La perizia* cit., 139.

<sup>166</sup> Di parere ovviamente opposto FLORIAN, per il quale l'antropologia criminale, la psicopatologia forense, la medicina legale, la psicologia giudiziaria «sono scienza viva e palpitante» (FLORIAN, *Principi* cit., 17).

<sup>167</sup> M.N. MILETTI, *La follia nel processo. Alienisti e procedura penale nell'Italia postunitaria*, in *Acta histriae*, 15, 1 2007, 329.

<sup>168</sup> MILETTI, *La follia* cit., 342.

<sup>169</sup> Sulle speranze degli esponenti della scuola positiva di levare il processo a banco di prova delle loro teorie e di reimpostare «il rito penale attingendo alle scienze antropologiche e sociologiche» cfr. M.N. MILETTI, *Ritorno all'inquisizione* cit., 455-92.

Estromesso l'ausilio di un perito, era il giudice, *peritus peritorum*<sup>170</sup>, che tornava a farla da padrone in questo non facile campo. Ogni qual volta si rendeva necessario ricavare elementi di prova indagando l'animo e la mente umana, il giudice operava da sé. Ciò dimostrava come non fosse necessario il possesso di specifiche competenze in ambiti attinenti alla sfera della personalità dell'imputato: una opzione che tuttavia costituiva, a detta di alcuni, un evidente errore «in quanto non è dimostrato che in tutti questi casi non sia necessario l'intervento di un tecnico per l'accertamento della verità»<sup>171</sup>.

Tornava quindi a brillare la fiducia nelle capacità introspettive del giudice, che la retorica positivista aveva tentato di appannare quando «aveva cominciato a dipingere il processo penale non più come indagine sul delitto, ma come analisi della personalità del delinquente»<sup>172</sup>.

Non a caso, fortemente deluso sarà Grispigni, uno fra i maggiori esponenti della scuola positiva criminologica italiana. Egli lamentava come da un lato non si chiedesse al magistrato alcuna conoscenza delle discipline riguardanti il profilo bio-psichico dell'imputato, ma al tempo stesso gli si vietasse il ricorso ad esperti, vanificando i progressi negli studi sulla personalità<sup>173</sup>. Cieca ottusità, dal momento che il giudice era chiamato non solo ad applicare delle pene, ma anche delle misure di sicurezza, adeguate alla pericolosità sociale (ma accertata da chi?) del reo<sup>174</sup>. Tale gravissima limitazione – aggiungeva Florian – rischiava di vulnerare la prova proprio in quella nuovissima materia delle misure di sicurezza, che risultavano così una scommessa vinta a metà, visto il mancato coordinamento tra disposizioni sanzionatorie e meccanismi di accertamento della responsabilità<sup>175</sup>.

Si discuteva inoltre sul potere della Cassazione di annullare una decisione del giudice di merito fondata su errori di ordine scientifico o su deduzioni contrarie alla comune e diffusa esperienza. Un paio di pronunce avevano infatti invalidato, per difetto di motivazione, sentenze che escludevano nell'imputato il vizio di mente in contrasto con la conclusione di due perizie giudiziali, senza che il giudice

<sup>170</sup> «Non già nel senso che si pretenda di attribuirgli una capacità tecnica superiore a quella dei periti (il che sarebbe manifestamente contraddittorio), ma in quanto ha la capacità di valutare le conclusioni dei periti in relazione all'oggetto della prova e agli scopi del processo» (MANZINI, *Trattato* cit., III, 316).

<sup>171</sup> RANIERI, *Manuale* 1956 cit., 261-2.

<sup>172</sup> MILETTI, *La follia* cit., 323.

<sup>173</sup> GRISPIGNI, *Diritto processuale* cit., 42.

<sup>174</sup> Insiste Grispigni sul fatto che non bastasse il libero convincimento di una persona, anche la più onesta ed intelligente, ma che fosse necessario il giudizio di un esperto; anche alla luce della dimostrata fallacia delle testimonianze quali fonti di prova si era reso sempre più necessario l'impiego di mezzi tecnici per l'accertamento oggettivo dei fatti, che solo una persona adeguatamente preparata poteva maneggiare (GRISPIGNI, *Diritto processuale* cit., 27).

<sup>175</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 353-4.

fosse stato in grado di contrapporre alla perizia argomentazioni convincenti<sup>176</sup>.

La questione poneva problemi spinosi, sia sul limite posto dalle indagini scientifiche alla libertà del giudice, sia sull'indiretto riconoscimento alla Cassazione del potere di ingerirsi nell'indagine di fatto, poiché i principi della scienza psichiatrica, non consacrati nella legge, non costituivano una norma giuridica<sup>177</sup>. Soprattutto era possibile ricavare dalla pronuncia l'indicazione che, se il giudice aveva il potere di valutare il parere dell'esperto, non poteva però sostituirsi ad esso.

Per Florian il giudice era vincolato alle risultanze della perizia: «fu certamente una esagerazione del metodo del libero convincimento quella di rendere il giudice indipendente dal responso peritale; il che scredita il lavoro del perito»<sup>178</sup>.

## 5.2. La testimonianza

Incuriosisce, con riguardo alla prova testimoniale, un cospicuo numero di sentenze in tema di testimonianza dei prossimi congiunti (agli effetti penali lo erano gli ascendenti e i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti), i quali in via generale avevano facoltà di astenersi dal deporre, tranne nel caso in cui fossero denunciati, querelanti, parti civili o quando il reato fosse stato commesso in danno di un altro prossimo congiunto dell'imputato o di uno dei computati (art. 350)<sup>179</sup>. A meno che – precisava la norma codicistica – la prova del reato non si potesse ottenere altrimenti: l'interesse pubblico si riteneva in questo caso prevalente su qualsiasi considerazione di sentimento, di riguardo o di opportunità. Le varie pronunce sul tema puntualizzavano l'insindacabilità della valutazione del giudice di merito su tale 'impossibilità probatoria'.

Per di più talune sentenze, dopo aver ribadito che i prossimi congiunti avevano la capacità di deporre come testimoni *ex art. 348* e godevano della facoltà di astenersi *ex art. 350* (una vera eccezione al principio dell'obbligo di testimoniare), puntualizzavano che non vi era nullità se il giudice, quantunque ne ricorressero gli

<sup>176</sup> Cassazione, 15 dicembre 1936, in *Giustizia penale*, 1937, II, 181 e 3 gennaio 1937, in *Giustizia penale*, 1937, IV, 448; Cassazione, 2ª sezione, 3 giugno 1940, in *Giustizia penale*, 1941, IV, 334.

<sup>177</sup> Questione dibattuta in E. ONDEI, *Alcuni aspetti del controllo di legittimità sul giudizio di fatto*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1939, 1039-46.

<sup>178</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 364.

<sup>179</sup> «Tale è la legge che ci governa: ma tale non sembra essere, se la funzione del processo penale non fosse gravemente fraintesa, la legge che ci dovrebbe governare», sintetizza Carnelutti. Al principio ispiratore dell'art. 350, per il quale *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, qui interpretato in senso estensivo, secondo la convinzione che rivelare un delitto è esporre chi l'ha commesso a un grave e inevitabile danno della libertà e dell'onore, occorre invece opporre l'idea che «il grave nocimento nella libertà e nell'onore è che il delitto sia stato commesso, non che sia rivelato ai fini della sua punizione, che vuol dire ai fini della redenzione del reo» (CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 174).

estremi, non avesse informato gli interessati di una simile possibilità<sup>180</sup>.

In questo mancato avvertimento, apparentemente innocuo, si cela un atteggiamento prevaricatore e gelosamente custode della supremazia acquisita dallo Stato rispetto all'individuo, unito alla volontà di introitare dichiarazioni di scienza quasi irrinunciabili. Si nota un certo parallelismo con la soppressione dell'obbligo, imposto al giudice dal codice del 1913, di avvertire l'imputato che, nonostante il suo eventuale rifiuto di rispondere, si sarebbe proceduto oltre nell'istruzione<sup>181</sup>.

Allo stesso tempo, non era vietato (e questa litote pare esprimere una non casuale cautela) tenere conto delle dichiarazioni stragiudiziali rese dai prossimi congiunti dell'imputato ad estranei o alla stessa polizia giudiziaria e da questi riferite in qualità di testimoni al dibattimento<sup>182</sup>, indicando il soggetto da cui l'affermazione proveniva<sup>183</sup>. Si risolveva così, in senso affermativo, la mai sopita polemica sull'utilizzabilità delle testimonianze *de auditu* o *de relato* che aveva incendiato le pagine delle pratiche criminali del tardo diritto comune<sup>184</sup>. La Suprema Corte riteneva che i prossimi congiunti, divisi tra il recar danno ad un proprio parente o sottrarsi all'obbligo di dire la verità, superavano ogni possibile conflitto di coscienza nel momento in cui

<sup>180</sup> L'art. 350 c.p.p. sanciva che il giudice, se ne fosse il caso, *doveva* avvertire le persone predette della facoltà di astenersi dal deporre, facendo menzione dell'avvertimento nel processo verbale. Alla luce di una mera esegesi del testo normativo, risultava in capo al giudice un obbligo, e non una mera facoltà, di avvisare i congiunti della possibilità di sottrarsi alla deposizione, qualora, su basi discrezionali, egli ne rilevasse gli estremi. La trasgressione dell'obbligo, tuttavia, non solo non produceva conseguenze sull'autorità giudiziaria, ma rendeva comunque utilizzabili le dichiarazioni rese da soggetti che, se avvertiti, avrebbero anche potuto scegliere di non fare affermazioni di alcun tipo. Sul punto cfr. MANZINI, *Trattato* cit., III, 224. «L'obbligo dell'avvertimento è caduto», ribadiva invece la giurisprudenza, a differenza di quanto previsto dal codice abrogato. Prosegue la corte nel suo ragionamento asserendo che l'art. 350 imponeva sì detto obbligo, ma aggiungeva al tempo stesso le parole "se ne è il caso" (Cassazione, 2ª sezione, 23 maggio 1934, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 357).

<sup>181</sup> Cfr. sul punto L. GARLATI, *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, a cura di M.N. MILETTI, Milano 2006, in particolare 337-56.

<sup>182</sup> Significativa, perché espressione di una difforme presa di posizione rispetto al costante orientamento giurisprudenziale di utilizzare sempre e comunque le dichiarazioni dei prossimi congiunti rese alla polizia giudiziaria, è la sentenza della Cassazione, 24 marzo 1943, in *Rivista penale*, 1945, 146. La Suprema Corte riteneva nulla la sentenza di condanna pronunciata sulla sola base delle deposizioni stragiudiziali rese dai congiunti (nel caso la moglie e il fratello dell'imputato) ritenendo le stesse "prove irrualmente acquisite". Per di più i parenti non erano stati avvertiti della facoltà di astensione.

<sup>183</sup> Cassazione, 1ª sezione, 11 aprile 1932, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1933, 323; Cassazione, 2ª sezione, 10 febbraio 1933, in *Rivista penale*, 1933, 1471 e in *Annali di diritto e procedura penale*, 1933, 712.

<sup>184</sup> Pacifica la posizione di Carnelutti, per il quale, se il testimone narra non ciò che egli ha veduto, ma ciò che gli altri gli hanno narrato di aver veduto, si realizza una testimonianza della testimonianza perfettamente valida (CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 2178).

decidevano di dire la verità fuori dal processo, palesando circostanze che avrebbero potuto invece tacere, avendone dalla legge il permesso. Per questo, nessun ostacolo si frapponeva alla possibilità di tener conto di tali dichiarazioni, seppure riferite in udienza da altri.

Lo stesso valeva per le sommarie informazioni raccolte dalla p.g. e trasfuse nei verbali e nei rapporti di polizia, liberamente valutabili dal giudice. In questo modo si aggravava, ancora una volta, un divieto di legge attraverso un artificio logico: bastava infatti che una fonte di prova vietata comparisse in un atto processuale per costituire oggetto di libera valutazione da parte del giudice<sup>185</sup>.

In base ad un ragionamento più diretto Gabrieli sosteneva la legalità del riferimento, da parte di ufficiali di polizia giudiziaria, alle notizie e informazioni ottenute, nel corso delle prime indagini, da quei prossimi congiunti dell'imputato detentori della facoltà di astenersi dal deporre in giudizio<sup>186</sup>. Ed è ancor più esplicito Manzini quando afferma che, «se ai detti congiunti interessava non fare alcuna dichiarazione, dovevano tacere con tutti, mentre la legge non può tener conto dei loro capricci e pentimenti»<sup>187</sup>.

Voce dissenziente è quella di Florian, per il quale i terzi non dovrebbero riferire le informazioni apprese dai prossimi congiunti, anche se «la giurisprudenza è andata quasi sempre in contrario avviso»<sup>188</sup>.

Oltre a questo profilo, una sentenza del '35 mostra con chiarezza lo sbilanciato rapporto tra prova formatasi in fase istruttoria e momento dibattimentale, laddove afferma la possibilità di dare lettura nel dibattimento delle deposizioni testimoniali rese in istruttoria da persona che risulti assente dal Regno, senza che occorra verificare se il teste abbia oppure no la possibilità di tornare o se abbia o meno la volontà di farlo. Si tratta della specificazione di un principio normativo più generale, secondo il quale dei testimoni assunti anche senza giuramento nell'istruzione dal giudice, dal p.m o, su richiesta del magistrato, da ufficiali di polizia giudiziaria, poteva essere chiesta, anziché la citazione, la lettura delle dichiarazioni in dibattimento (e il medesimo criterio valeva per l'interrogatorio dell'imputato)<sup>189</sup>.

Così come, se da un lato si affermava l'illegalità della deposizione di testimoni su voci correnti in quanto incontrollabili nell'origine e nella consistenza (diversa-

<sup>185</sup> Cassazione, 24 febbraio 1934, in *Giustizia penale*, IV, 1934, c. 622. In altri casi la Corte ricorse ad un diverso espediente, modificando la natura delle dichiarazioni rese da soggetti che in un secondo momento si erano avvalsi della facoltà di non deporre: da prove testimoniali queste venivano declassate a meri indizi e, come tali, sempre valutabili dal giudice (Cassazione, 18 novembre 1932, in *Giustizia penale*, IV, 1933, c. 749).

<sup>186</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 261. Il principio dell'ammissibilità di deposizioni *de relato* è accolto come massima generale e non solo con riferimento alle deposizioni dei prossimi congiunti.

<sup>187</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 223.

<sup>188</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 327.

<sup>189</sup> Cassazione, 2ª sezione, 19 giugno 1935, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1936, 67-8.

mente dalle deposizioni, perfettamente legali, su fatti di pubblica notorietà)<sup>190</sup>, dall'altro la violazione del divieto di interrogare il testimone su queste voci correnti non produceva nullità.

Si distingueva invece nettamente la posizione dell'imputato da quella del testimone laddove si sanciva che gli imputati di uno stesso reato non potevano essere assunti, a pena di nullità, come testimoni, anche se fossero stati prosciolti, a meno che il proscioglimento non fosse stato pronunciato in giudizio per non aver commesso il fatto (art. 348). Le deposizioni di un coimputato avevano carattere di interrogatorio e non di testimonianza e la stessa regola valeva per le dichiarazioni di imputati di un reato connesso.

La regola si giustifica alla luce del fatto che la prova testimoniale trova la propria ragion d'essere nella presunzione di verità della deposizione resa da chi non abbia un interesse personale nel fatto, presunzione destinata a venir meno nei confronti di correi o di autori di reato connesso. Il soggetto prosciolto, infatti, «può avere interesse ad occultare la verità per il timore di provocare nuovi mezzi di prova che autorizzino, a suo carico, la riapertura dell'istruzione», e lo stesso dicasi per il condannato, «interessato a deporre il falso per mettere in essere nuovi elementi di prova al fine di poter chiedere la revisione del processo. Ma a prescindere da questi motivi, vi è sempre il timore legittimo che permanga nelle persone suddette un sentimento di solidarietà con gli imputati dello stesso reato [...] timore che scuote sensibilmente la presunzione della loro credibilità»<sup>191</sup>.

Allo stesso tempo, però, il divieto *ex* art. 348 non impediva al giudice di trarre elementi utili ai fini probatori dalla deposizione stessa: affermare che la deposizione del coimputato non aveva valore di testimonianza non significava che essa dovesse considerarsi inesistente. Il giudice poteva svolgere deduzioni logiche o coordinare quanto dichiarato dal coimputato con altre frazioni di prova per ricavare indici critici di giudizio.

Anche la giurisprudenza di Cassazione diede ampio spazio a tale apprezzamento discrezionale, ritenendo che l'art. 348 non vietasse al giudice di desumere argomenti convincenti dalle parole del coimputato, ma, al contrario, seppur con una certa prudenza, gli riconoscesse piena libertà di apprezzamento degli elementi emersi dagli interrogatori: «il divieto di assumere come testimonianza il coimputato non è di ostacolo alla facoltà del giudice di trarre dall'interrogatorio dell'imputato

<sup>190</sup> La giurisprudenza aveva cercato di distinguere, con esiti non sempre felici, tra notorietà e voce corrente: la seconda, incontrollabile, era assimilata al pettegolezzo; la prima invece poteva costituire oggetto di valutazione perché attendibile, essendo penetrata nella convinzione sociale come fatto vero (Cassazione, 19 giugno 1933, in *Giustizia penale*, IV, 1934, c. 344; 29 gennaio 1932, in *Giustizia penale*, IV, 1932, c. 946).

<sup>191</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 311.

un'attendibile prova della colpevolezza del medesimo o di altri coimputati»<sup>192</sup>.

In questo modo, le dichiarazioni dei coimputati assurgevano a fonte di convincimento del giudice in quanto atti processuali liberamente vagliabili dal giudice: la lettera della norma era salva, ma lo spirito tradito. Sebbene si ribadisse che le parole in questione non equivalevano ad una testimonianza<sup>193</sup>, di fatto esse venivano assunte come tali.

Infine, se da un lato spettava in via esclusiva e incensurabile al giudice esprimersi sull'attendibilità dei testi<sup>194</sup>, tanto da poter decidere di avvalersi della deposizione di persone generalmente considerate non affidabili, come le dichiarazioni rese da fanciulli alla polizia giudiziaria<sup>195</sup>, le regole sulla valutazione della testimonianza consentivano al magistrato di trarre elementi probatori su cui formare il proprio giudizio anche dal rifiuto del teste di deporre: la sottrazione a tale obbligo aveva 'potenzialità espressiva' e nessuna disposizione di legge vietava di tenerne conto<sup>196</sup>.

### 5.3. L'interrogatorio

L'interrogatorio dell'imputato, autentico perno del processo, poteva aver luogo durante tutto l'arco del procedimento: nella fase di polizia giudiziaria, subito dopo l'arresto, nell'istruzione formale e nella sommaria, nel dibattimento e in fase di esecuzione.

Dubbia la sua natura: mezzo di prova<sup>197</sup>, strumento di difesa dell'imputato<sup>198</sup> o fonte di prova<sup>199</sup>?

Per Massari l'interrogatorio costituiva una prova a sé, inconfondibile con ogni altra; per Florian era sia mezzo di difesa che di prova, aspetti inscindibili, come si argomenta dall'obbligo imposto al giudice istruttore *ex art.* 368 d'investigare su quanto detto dall'imputato<sup>200</sup>, mentre, per Manzini, se l'imputato confessava, l'interrogatorio, pur mantenendo il carattere formale di istituto di difesa, perdeva

<sup>192</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 312.

<sup>193</sup> Cassazione, 21 maggio 1937, in *Giustizia penale*, IV, 1937, c. 618; 8 novembre 1935, in *Rivista penale*, 1936, 1216.

<sup>194</sup> Cassazione, 2 dicembre 1938, in *Rivista penale*, 1939, 105.

<sup>195</sup> Cassazione, 5 dicembre 1941, in *Massimario della Rivista penale*, 1942, 106.

<sup>196</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 277.

<sup>197</sup> Non ha dubbi in questo senso G. FOSCHINI, *L'imputato. Studi*, Milano 1956, 54.

<sup>198</sup> Per Bettiol l'interrogatorio consiste in un'attività diretta a sollecitare l'imputato affinché adduca argomenti contrari all'accusa (G. BETTIOL, *La correlazione tra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano 1936, 102). Sull'interrogatorio quale mezzo di difesa cfr. Gu. SABATINI, *Principi di diritto processuale penale*, Città di Castello 1931, 373-5; VANNINI, *Manuale* cit., 102 (per il quale l'interrogatorio è un mezzo di prova indiretto e mezzo di contestazione); MANZINI, *Trattato* cit., IV, 342.

<sup>199</sup> Per Altavilla l'interrogatorio è mezzo di difesa, mezzo di prova e fonte di prova (E. ALTAVILLA, *Manuale di procedura penale*, Napoli 1934, 238).

<sup>200</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 315.

quello sostanziale, trasformandosi in un elemento di prova indiziaria<sup>201</sup>; posizione condivisa da Gabrieli<sup>202</sup>. De Marsico rifiutava invece l'idea che esso fosse atto di istruzione e di difesa dell'imputato, premessa delle altre prove che in base all'interrogatorio si raccoglievano, e rivendicava, piuttosto, a quest'ultimo lo *status* di mezzo di prova<sup>203</sup>, in ciò confortato dalle elaborazioni svolte da Carnelutti.

Se è vero che nel dibattimento era prescritto l'obbligo di procedere all'interrogatorio dell'imputato *ex art.* 441, tanto per l'istruttoria quanto per il dibattimento tale previsione era corredata da nullità relativa, per cui poteva anche omettersi se il p.m. o il difensore o l'imputato non lo avessero richiesto. Un'anomalia non plausibile, che dimostra ancora una volta come ogni regola, attraverso la sapiente combinazione dei dati codicistici, potesse trovare una smentita o un forte ridimensionamento<sup>204</sup>.

Ma, come era proprio della logica inquisitoria, anche il codice del 1930 ribadiva la centralità della parola dell'imputato, considerato 'principe delle prove': «egli non costituisce soltanto la *res iudicanda*, ma entra pure a comporre la *res iudicans*; in altre parole è insieme la materia e uno strumento del giudizio [...]. Non v'è nel processo penale una prova più preziosa della testimonianza dell'imputato»<sup>205</sup>. La considerazione ripercorre vecchie strade che volevano l'imputato *testis contra se*, al tempo stesso fonte e mezzo di prova e che vedevano nella confessione non solo un *coronamento della prova* ma anche il *principio dell'espiazione*<sup>206</sup>. Ricorrono con frequenza termini simili nelle *Lezioni* carneluttiane: espiazione, pentimento, redenzione (si badi, non emenda). Espressioni senz'altro influenzate dalle convinzioni religiose dello studioso, il quale mostra, in queste pagine, un'evidente oscillazione tra desideri di apertura e ferma difesa di impostazioni inquisitorie. Si sarebbe forse già potuto presagire da questi scritti che affidare a Carnelutti la presidenza della commissione incaricata di progettare la riforma del processo negli anni '60 ne avrebbe determinato il fallimento: troppo distanti le posizioni del giurista dalle istanze montanti nella processual-penalistica del tempo, come lascia intendere, col consueto

<sup>201</sup> MANZINI, *Trattato* cit., III, 372.

<sup>202</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 328.

<sup>203</sup> A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli 1938, 199-200.

<sup>204</sup> Cfr. FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 315-6.

<sup>205</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 235.

<sup>206</sup> Da questa affermazione trae spunto una lunga riflessione di Carnelutti – che veleggia verso lidi insidiosi – circa l'uso della tortura in tempi remoti. Nelle sue *Lezioni* l'autore, pur plaudendone l'abolizione come segnale di civiltà, cerca in qualche modo di attenuare quell'alone di barbarie che la circondava, precisando che essa non fosse solo mezzo per conoscere la verità (questo sì, impiego e finalità crudeli), ma perseguisse anche uno scopo penitenziale: più che la prova, con la tortura si cercava il pentimento. Un errore, aggiunge l'autore, dal momento che il pentimento, quale atto di libertà, non può essere ottenuto con la coercizione fisica, ma pur sempre «un errore meno grave che non sia oggi, quando a mezzi coercitivi per ottenere la confessione dell'imputato si ricorre con il solo scopo di ottenere una prova» (CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 237).

garbo, Vassalli, protagonista indiscusso di quella e delle stagioni a venire<sup>207</sup>.

Tornando al nostro tema, Massari, in un lungo saggio dedicato alla probità processuale come dovere giuridico, sostiene il diritto dell'imputato a mentire<sup>208</sup>, in pieno contrasto con quella ricerca e con quell'onere di verità che invece Foschini poneva in capo all'indagato<sup>209</sup>. Massari, sostenendo che il codice espressamente indicava i casi di mendacio punibile, riteneva – in base ad un'implicita ma rigorosa applicazione del principio di legalità – che vi fosse libertà laddove vi era silenzio della legge. Pertanto, fuori dei casi previsti, la legge non vietava all'imputato di essere reticente o anche di mentire.

L'art. 367, riconoscendo all'imputato la facoltà di non rispondere, palesava la scelta della legge di non riconnettere a tale contegno alcuna conseguenza di disfavore. Soluzione isolata, come dimostra la dottrina del tempo<sup>210</sup>, così come lo era la tesi secondo la quale, se non si poteva ipotizzare un vero e proprio diritto alla bugia in capo all'indagato, occorreva riconoscere che il suo obbligo di dire la verità rivestiva un valore meramente etico e morale, a differenza di quanto accadeva agli altri soggetti di prova<sup>211</sup>.

Su questa scia, la dottrina ricavava dalle norme codicistiche l'impossibilità di considerare l'imputato come testimone in causa propria o in un reato connesso, in virtù di un aspetto dogmatico del processo che impedisce una sovrapposizione tra funzioni distinte ed autonome, quali quella di parte (l'imputato) e di soggetto di prova. Secondo Massari, occorreva distinguere tra la dichiarazione di colui la cui responsabilità era oggetto di accertamento da parte del giudice e la dichiarazione di scienza (di carattere cogente) di colui che forniva al giudice l'accertamento: un

<sup>207</sup> VASSALLI, *Introduzione* cit., 11.

<sup>208</sup> E. MASSARI, *La probità processuale come dovere giuridico*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1932, 237-45.

<sup>209</sup> FOSCHINI, *L'imputato* cit., 52.

<sup>210</sup> Valga per tutti l'affermazione di Aloisi, per il quale l'imputato, durante l'interrogatorio, ha l'obbligo di rispondere e di dire la verità, esplicita negazione del diritto di mentire. «A noi desta sorpresa» – prosegue l'autore – «che si sia potuto seriamente sostenere che l'imputato abbia viceversa il diritto di non rispondere al giudice e, peggio ancora, di mentire per difendersi. Eppure questo fu l'orientamento legislativo di tutte o quasi tutte le legislazioni processuali penali sorte sotto l'influenza di quell'individualismo ad oltranza che oggi costituisce per noi un ciclo storico completamente superato [...]. Se il silenzio è tollerato, la menzogna è punita» (ALOISI, *Manuale* cit., 21-2). «Secondo noi di un diritto di non rispondere o peggio ancora di mentire, non può assolutamente parlarsi»: ancora più categorico FOSCHINI, *L'imputato* cit., 51.

<sup>211</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 261 e 330. Per Carnelutti sussiste un obbligo in capo all'imputato di dire la verità, così come per il testimone. Tale obbligo avrebbe il potere di aiutare l'indagato a vincere la naturale riluttanza a rivelarsi sincero: «se dunque nella fase attuale della legislazione un dovere dell'imputato di rispondere secondo verità all'interrogazione del giudice non esiste, noi non possiamo ritenere questa fase come il punto di arrivo nella evoluzione del diritto penale» (CARNELUTTI, *Lezioni* cit., 169).

ibridismo che basta da solo a spiegare la perplessità degli studiosi<sup>212</sup>. Per non parlare del fatto che vi sarebbe per l'imputato un interesse profondo che renderebbe l'attestazione sospetta ogni oltre dire<sup>213</sup>.

Non così per Carnelutti, che svolge le proprie considerazioni muovendo da presupposti alquanto atecnici. Sostiene infatti l'autore che l'imputato è il testimone principale, perché, quando confessa, narra di aver commesso il reato<sup>214</sup>.

Tale premessa giustifica per Massari l'assenza di giuramento posto a carico dell'imputato: una diversa opzione sarebbe stata moralmente in contrasto con la libertà di parola assicurata a questi, ma anche con l'economia dei mezzi di prova qualora si ritenesse che il soggetto chiamato a prestarlo non fosse vincolato all'obbligo di dire la verità. Il giudice doveva rimanere libero nell'apprezzare tali dichiarazioni, dal momento che l'interesse imperioso e incoercibile dell'imputato ad assicurarsi l'impunità lo induceva a dire tanto il vero quanto il falso ed era pertanto impossibile assoggettare il giudice ad una dichiarazione giurata priva del carattere fondamentale proprio della testimonianza<sup>215</sup>.

Si avverte qui l'eco di dottrine lontane, espresse da Beccaria nel suo celeberrimo *pamphlet*, dove si denunciava l'assurdità del giuramento imposto a chi nutrive il massimo interesse ad essere falso, mettendo l'imputato di fronte alla terribile scelta di essere un cattivo cristiano o di concorrere alla propria rovina<sup>216</sup>. Una soluzione positivizzata per la prima volta nell'art. 6 della *Leopoldina* e nella *Norma interinale* di Giuseppe II, risalenti al medesimo 'glorioso' (per il penale) 1786 ed ispirate dalla identica matrice ideologica.

Sottilmente critica la posizione di Carnelutti, per il quale la differenza tra il trattamento riservato all'imputato e quello del testimone «non può non sorprendere qualsiasi intelletto spregiudicato: perché mai al secondo e non al primo si impone di dire la verità? Perché all'imputato e non al testimone si riconosce il diritto di tacere o di mentire?». Secondo il giurista questa disparità si fondava su una errata concezione della pena, concepita come un male anziché come un bene: «si pensa che l'imputato si esponga a un male confessando e che perciò gli nuoccia far conoscere anziché nascondere il reato [...]. Se per fornire al giudice la prova, non ci si fida della libertà del terzo, tanto meno si può dar credito a quella dell'imputato»<sup>217</sup>.

<sup>212</sup> E. MASSARI, *Convieni considerare l'imputato come un testimone in causa propria?*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1933, 850.

<sup>213</sup> FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 313 e 326.

<sup>214</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 216.

<sup>215</sup> MASSARI, *Convieni considerare l'imputato come un testimone* cit., 851.

<sup>216</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni - L. Firpo, Milano 1984, § XVIII, p. 70.

<sup>217</sup> CARNELUTTI, *Lezioni* cit., II, 169.

## 6. Libero convincimento e libero arbitrio

Come emerge da queste note, è la libertà di apprezzamento discrezionale il nocciolo duro del sistema probatorio elaborato nel 1930. Superati sia il sistema di prove legali che il principio *juxta alligata et probata*<sup>218</sup>, restava rimesso al potere insindacabile del giudice l'apprezzamento sulla utilità o meno di assumere un testimone al dibattimento, rigettando eventuali istanze della difesa, o di limitare le liste dei testimoni depositate dai difensori *ex art.* 415. Si trattava di una riduzione obbligatoria per il giudice nell'ipotesi in cui ricorressero precise circostanze (testimonianze non ammissibili per legge o non pertinenti), ma anche qualora il numero dei testi apparisse sovrabbondante: un'operazione che finiva con il condizionare fortemente la formazione della prova. Il decreto di riduzione, infatti, motivato (ma la motivazione non doveva necessariamente consistere nella specificazione della ragione della riduzione, «essendo sufficiente un semplice accenno alle necessità o all'opportunità della medesima»<sup>219</sup>), non veniva notificato alle parti, che potevano prenderne conoscenza in cancelleria<sup>220</sup>, ed era inoppugnabile, anche se revocabile<sup>221</sup>.

Il convincimento formato sulla base dell'esame delle risultanze tecniche, documentali, dalla inchiesta orale e da ogni fonte di prova era incensurabile, tanto che la Suprema Corte poteva intervenire solo nel caso di processo d'indagine inficiato da vizio logico o da erronei criteri di diritto. La difesa dell'intima convinzione aveva indotto il legislatore a fissare rigidi confini al proprio intervento: il codice doveva limitarsi a indicare le prove e le modalità di assunzione; la convinzione del giudice restava invece libera perché indipendente dal numero e dalla qualità delle prove. Il principio del libero convincimento, benché ne mancasse un'apposita formulazione, «traspira da tutto il sistema»<sup>222</sup>: un principio troppo spesso sbandierato come apoteosi dell'autonomia logica del decidente, ovvero come prerogativa d'un sistema probatorio intriso di ideali liberali ed avverso all'autoritarismo delle prove legali, e che merita invece qualche riflessione.

Un'attenta analisi dei modelli probatori rivela come certi preconcetti siano ormai da smantellare. Perché se il sistema delle prove legali, spesso presentato come simbiotico col modello inquisitorio, finiva in alcuni casi per aprire spazi di garanzia

<sup>218</sup> «Il sistema delle prove legali o prove privilegiate, che imponeva al giudice una specie di logica ufficiale, era stato da un pezzo condannato dalle nostre leggi di procedura e al principio della verità legale, inerente a codesto sistema, era stato sostituito quello della verità reale» (ALOISI, *Manuale cit.*, 205).

<sup>219</sup> MANZINI, *Trattato cit.*, III, 248.

<sup>220</sup> Cassazione, 1<sup>a</sup> sezione, 15 giugno 1932, in *Rivista penale*, 1933, 1060; 20 gennaio 1934, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 491.

<sup>221</sup> Cassazione, 2<sup>a</sup> sezione, 13 ottobre 1933, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, 445.

<sup>222</sup> FLORIAN, *Diritto processuale cit.*, 309.

all'imputato, il malinteso modo di concepire il libero convincimento nel codice del 1930 finì per giustificare ogni deviazione da percorsi procedurali già debolmente tracciati, come se «il libero convincimento potesse sterilizzare la violazione delle norme»<sup>223</sup>. La trionfale messa al bando delle prove legali e l'euforica esaltazione della piena libertà espressiva del giudice non nascondono le tante perplessità sull'*an* e sul *quomodo* nella formazione degli elementi probatori da valutare.

Lo stesso Grispigni dirà che, se il principio del libero convincimento rappresentava un indubbio, rilevante progresso, non metteva però al riparo dal pericolo che la sovranità del giudice nel valutare le prove si convertisse – nelle mani d'un magistrato incapace o incompetente – in sovranità dell'ignoranza<sup>224</sup>.

Il feticcio della verità materiale<sup>225</sup> (equiparata da Vannini alla verità reale<sup>226</sup>), la cui ricerca incarna lo scopo del processo penale, diveniva il momento centrale dell'accertamento e rendeva indifferente la legalità del metodo probatorio, sacrificato alla discrezionalità del giudice. L'ampliamento di quest'ultima comportava l'inevitabile metamorfosi della regola del libero convincimento in arbitraria interpretazione delle regole del procedimento probatorio. Esso perdeva così la funzione di garanzia di civiltà assegnatagli dall'illuminismo franco-italiano e dalla scuola classica<sup>227</sup>, per divenire strumento coercitivo entro un sistema autoritario. L'unico limite alla discrezionalità del giudice nella libera valutazione della prova era dato dalla certezza e dall'evidenza della stessa, ma, senza voler creare sofismi inutili, verrebbe da chiedersi: se la prova è già certa ed evidente dove si esprime allora l'apprezzamento del giudice?<sup>228</sup>

Non bastano le rassicurazioni della dottrina che *libero* non significa *arbitrario*. Si tenta, ad esempio, di spiegare che, al contrario, il giudice non incontrava altro vincolo nella valutazione delle prove che la coscienza della responsabilità delle proprie funzioni, un insieme di doveri intellettuali, etici, sociali<sup>229</sup>. Il convincimento – aggiungevano ancora i suoi fautori – non andava inteso quale sommatoria

<sup>223</sup> A. SCALFATI, D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II: *Prove e misure cautelari*, Parte I: *Le prove*, Torino 2009, 8.

<sup>224</sup> GRISPIGNI, *Diritto processuale* cit., 27.

<sup>225</sup> «Nel campo della giustizia penale [...] non è ammissibile che la verità resti, in tutto o in parte, fuori o contro la sentenza del giudice, a meno che questa parte di verità inesplorata non coincida con quella che l'irrimediabile angustia degli umani mezzi d'indagine non riesce, e non può riuscire talora, a raggiungere» (DE MARSICO, *Lezioni* cit., 173).

<sup>226</sup> VANNINI, *Manuale* cit., 22.

<sup>227</sup> La citazione è di A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, in *La prova penale*, trattato diretto da A. Gaito, vol. I: *Il sistema della prova*, Torino 2008, 37.

<sup>228</sup> Non risolve il bisticcio teorico neppure Manzini, per il quale «l'evidenza non ha bisogno di prova, perché è essa medesima prova. Provare l'evidente è impresa da idioti»; ma al tempo stesso il giurista friulano è costretto a spiegare, in modo non del tutto convincente, perché vi sono numerosi articoli del codice che prendono in considerazione l'evidenza della prova (MANZINI, *Trattato* cit., III, 152).

<sup>229</sup> DE MARSICO, *Lezioni* cit., 174.

materiale delle prove acquisite ma come risultante della logica coordinazione di tutti gli elementi raccolti per la ricerca del vero. Giustificazioni non persuasive, giacché la vera cifra del sistema probatorio è data non dal fraseggio retorico ma dalle applicazioni pratiche.

Neppure conforta che il principio del libero convincimento trovasse garanzia nell'obbligo della motivazione, «pietra angolare e criterio di orientamento nella scelta e nella valutazione delle prove»<sup>230</sup>, così che il giudice ricavava il proprio apprezzamento dai fatti esaminati e non da elementi psicologici interni. Si tratterebbe – rifletteva ancora, in questo senso, Manzini – d'un parametro intermedio tra due eccessi, vale a dire l'obbligo per il magistrato di giudicare *juxta alligata et probata* e quello che lo autorizza invece a decidere *secundum conscientiam*<sup>231</sup>.

Ad ulteriore contenimento delle potenziali insidie insite nel criterio *de quo*, Vannini precisava che il tema del libero convincimento non doveva intendersi in modo sentimentale, come voce dell'anima che tranquillizza la coscienza del giudice, quanto piuttosto come razionale e sistematico apprezzamento degli effettivi elementi di prova<sup>232</sup>. Dal suo canto, la Cassazione aveva ribadito che non bastava una convinzione di colpevolezza dell'imputato radicata nella coscienza del giudice per legittimarne la condanna: occorre prove dichiarate e dimostrate<sup>233</sup>.

Vero invece che tale sistema tendeva ad essere integrato e via via sostituito dalla ricerca e dalla valutazione scientifica dei dati sperimentali<sup>234</sup>, così come non va sottaciuto che autorevoli correnti dottrinali auspicavano il ripristino, entro certi limiti, del sistema delle prove legali.

Al giudice si riconosceva il potere di liberarsi degli ostacoli frapposti alla dimostrazione della verità, superando gli intralci normativi posti dal procedimento probatorio. Secondo Bettiol il libero convincimento garantiva la ricerca della verità materiale meglio del sistema legale, in cui più elevata era la possibilità di errore, dal momento che nel secondo il giudice era tenuto a scegliere una valutazione operata *a priori* dal legislatore anche nell'ipotesi in cui egli non fosse personalmente convinto della attendibilità dei risultati raggiunti<sup>235</sup>. La fiducia nella razionalità del giudice finì per far trattare quasi con sospetto le pur scarse norme in materia di

<sup>230</sup> DE MARSICO, *Lezioni* cit., 174.

<sup>231</sup> MANZINI, *Trattato* cit., I, 187-8.

<sup>232</sup> VANNINI, *Manuale* cit., 90.

<sup>233</sup> Cassazione, 2<sup>a</sup> sezione, 5 aprile 1938, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1939, 291.

<sup>234</sup> Si era giunti a formulare l'assunto che la libertà del giudice di apprezzare si collocava in una prospettiva inversa ai progressi della scienza (BORETTINI, *La perizia* cit., 101). Espressamente Florian sosteneva che nell'obbligatorietà del giudizio peritale potrebbe forse riscontrarsi un pallido riflesso delle prove legali; «ma noi non dobbiamo fare del dogmatismo, o peggio, del bigottismo processuale» (FLORIAN, *Diritto processuale* cit., 364).

<sup>235</sup> BETTIOL, *La regola «in dubio pro reo»* cit., 311.

prova, come ampiamente illustrato da Massimo Nobili in un noto volume<sup>236</sup>.

Osservazione interessante, che per di più si lega ad una questione da sempre complessa nel sistema probatorio: il valore e il peso degli indizi, struttura – di fatto – portante e al tempo stesso problematica della prova legale. La dottrina, come sappiamo, cercò in vari modi e vanamente di imbrigliare in apparentemente rigide classificazioni l'incidenza degli indizi ai fini del giudizio.

La più recente letteratura storico-giuridica dedicata allo studio del processo penale e dei sistemi di prova evidenzia come nell'archetipo inquisitorio la gestione degli indizi consentisse al libero convincimento di insinuarsi nel blocco delle prove legali fin quasi a scardinarlo, e come, nel contempo, essa presenti risvolti delicati anche in un processo fondato sulla certezza morale del giudice. L'indizio, di per sé incerto ai fini della prova<sup>237</sup>, racchiude un *quid* che isolatamente considerato è inerte, ma che può diventare operativo non appena lo si connetta con altri elementi, costringendo il giudice ad un'operazione di induzione con cui trarre da un fatto noto un fatto ignoto<sup>238</sup>.

È evidente che il codice non poteva dettare disposizioni che indicassero al magistrato «la via da seguire nella ordinazione degli elementi probatori raccolti» o nell'utilizzo degli indizi (che non si esita a definire prova più che fonte di prova), e che invece rimettesse alle «leggi della logica non scompagnata dalle leggi della psicologia»<sup>239</sup> la capacità di guidare l'autorità giudiziaria nella costruzione dell'accusa. Proprio la «prova indiziaria»<sup>240</sup> rischiava di rendere il convincimento del giu-

<sup>236</sup> NOBILI, *Il principio* cit., 221-266.

<sup>237</sup> Dirà Manzini che la forza probante degli indizi sotto l'aspetto puramente logico è nulla, in quanto il sillogismo di cui si compone è dato da due premesse di cui una problematica (la premessa maggiore, fondata sull'esperienza o sul senso comune) e l'altra assertoria (la premessa minore, consistente nella circostanza indiziante accertata in fatto). Non si può pertanto trarre una conclusione provata, ma nel diritto processuale la forza probante degli indizi è pari a quella di ogni altro elemento di prova (MANZINI, *Trattato* cit., III, 366-67).

<sup>238</sup> Appare significativo che alcuni autori annoverino la confessione, mezzo di prova a carico e che, di regola, scaturisce dall'interrogatorio dell'imputato, tra gli indizi e che sia tale (senza mutarsi in testimonianza) anche quando contiene la chiamata di correo (art. 389). «La confessione perché possa funzionare come circostanza indiziante dev'essere giudiziale» (GABRIELI, *Istituzioni* cit., 277): una concezione totalmente differente rispetto ad un passato remoto che considerava la confessione *regina probationum*, come sottolinea Manzini, per il quale essa è una prova insufficiente che va integrata con altri elementi e comunque sempre un elemento di prova da classificarsi nella categoria degli indizi (MANZINI, *Trattato* cit., III, 371-5). Altrettanto sostiene RANIERI, *Manuale* 1956 cit., 256, per il quale la confessione non è mezzo di prova, dal momento che va controllata dal giudice sulla base di altre prove. Come conciliare tuttavia queste elaborazioni teoriche con l'affermazione che in caso di confessione vi è una prova evidente, tanto da autorizzare il p.m. a procedere con istruzione sommaria?

<sup>239</sup> GABRIELI, *Istituzioni* cit., 278.

<sup>240</sup> È netto Ranieri nel precisare che con i mezzi di prova non si debbono confondere gli indizi: «non è prova l'indizio, ma ciò che il giudice desume dai suoi ragionamenti e dalle sue illazioni per

dice pericolosamente contiguo all'arbitrio, allontanando così la certezza morale dalla verità sostanziale.

La libertà della prova, svincolata dai rigidi canoni ermeneutici della prova legale, diveniva espressione del potere e della potenza del giudice, quasi affrancato dal rispetto di regole, e rivelava una «teorizzazione 'inquisitoria' del principio»<sup>241</sup>. Ricerca della verità materiale (fine specifico del processo), lotta al formalismo e difesa sociale (fine generico) giustificavano gli ampi varchi che si aprivano dinanzi al giudice non solo in fase di apprezzamento, ma anche nell'acquisizione delle prove<sup>242</sup>, con drastico svilimento del contraddittorio.

Alla luce di quanto fin qui esaminato, risulta ancor più sorprendente l'atteggiamento della dottrina all'indomani della caduta del regime. Quando si discusse se la fine del fascismo avrebbe dovuto trascinare con sé anche il codice di procedura penale, figlio diretto di quella cultura, voci di insigni giuristi si levarono a difenderlo, convinti che sarebbero bastati pochi ritocchi per adattare il rito vigente ai nuovi valori costituzionali e al mutato clima politico<sup>243</sup>.

E così, una modifica dopo l'altra, quel codice è sopravvissuto alla sua stessa storia, continuando a proiettare le sue ombre di inquisizione fino a tempi a noi prossimi, e forse persino oltre l'oggi.

i quali forma il suo convincimento, non sul fatto certo dal quale muove, ma su quello controverso» (RANIERI, *Manuale* 1956 cit., 268).

<sup>241</sup> NOBILI, *Il principio* cit., 221. «Anche in tema di convincimento del giudice si giunge al ripudio di ogni orientamento di tipo accusatorio ed alla esaltazione di un nuovo "spirito inquisitorio" che contrassegna l'attività probatoria e processuale nel suo complesso» (ivi, 261).

<sup>242</sup> NOBILI, *Il principio* cit., 249.

<sup>243</sup> L. GARLATI, *Novità nel segno della continuità: brevi riflessioni sulla processual penalistica italiana di ieri e di oggi*, in *Diritti individuali* cit., 285-306; M.N. MILETTI, *Un vestito per Cenerentola. L'identità del diritto processuale penale all'alba della Repubblica*, in *Diritti individuali* cit., 363-93.



FRANCESCA RUGGIERI

LA CIRCOLAZIONE DI “LIBERO CONVINCIMENTO E GIURIA”  
ALL'EPOCA DEL PRIMO CODICE UNITARIO:  
GLI EQUIVOCI DI UN TRAPIANTO SBAGLIATO <sup>(\*)</sup>

*And the end of all our exploring  
Will be to arrive where we started  
And know the place for the first time.  
T.S. Elliot “Little Gidding”*

SOMMARIO: 1. La problematica circolazione degli istituti giuridici dal sistema anglosassone ai Paesi di *civil law*. – 2. L'oggetto del trapianto. Il giudizio davanti alla giuria in Inghilterra alla fine del XVIII secolo. – 3. La prospettiva continentale nella ricezione dell'*intime conviction*. L'erroneo assunto circa una netta separazione tra fatto e diritto all'epoca della Rivoluzione francese. - 3.1. L'impossibilità di distinguere nettamente tra fatto e diritto nell'esperienza del codice italiano del 1865. – 4. La ricezione della giuria quale simbolo di libertà nell'Assemblea costituente del 1791. - 4.1 Giudici, giurati e principio della divisione dei poteri. – 5. L'ignoranza della “*law of evidence*” e l'abbandono anche del sistema delle prove legali negative. – 6. L'attribuzione del principio dell'*intime conviction* al giudice togato: *ratio* e limiti.

1. *La problematica circolazione degli istituti giuridici dal sistema anglosassone ai Paesi di civil law*

L'analisi di un istituto da tempo scomparso nel nostro sistema giuridico quale è quello della giuria è l'occasione, o meglio costituisce la provocazione, per interrogarsi, sulla scia di un grande studioso della materia<sup>1</sup>, su una delle tematiche più attuali del diritto processuale penale: il principio del libero convincimento del giudice.

<sup>(\*)</sup> Il testo costituisce la rielaborazione della relazione orale tenuta a Milano il 23.6.2011 al seminario *Il diritto delle prove penali dall'Unità d'Italia alla Costituzione Repubblicana*.

<sup>1</sup> Il riferimento è ad ENNIO AMODIO, la cui voce *motivazione* (*Enc.dir.*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977) rappresenta ancora oggi uno dei principali punti di partenza per qualsiasi riflessione in tema di principio di libero convincimento del giudice e che proprio al Convegno di Milano si è chiesto se e in quale misura la connotazione irrazionale che caratterizza il principio nel nostro ordinamento sia riconducibile alle modalità della sua ricezione negli ordinamenti europei di diritto continentale attraverso l'esperienza francese all'epoca della rivoluzione.

È prospettiva usuale, infatti, accostare la storia dell'organo giurisdizionale a composizione laica alle vicende dell'*intime conviction*<sup>2</sup>. Ed è convinzione altrettanto diffusa che il richiamo a quello che è stato anche definito il principio della "prova morale"<sup>3</sup> sia approdato nel continente, quando fu abbandonato (e in contrapposizione a) il sistema delle prove legali, proprio a seguito della ricezione della giuria di tradizione anglosassone durante gli anni della Rivoluzione francese<sup>4</sup>.

Nonostante la storia relativamente recente dell'uno e dell'altro istituto, e gli approfondimenti di volta in volta dedicati dalla dottrina ad entrambi, non è stata tuttavia ancora completamente chiarito come mai oggi nel nostro Paese, diversamente dagli ordinamenti di *common law*<sup>5</sup> l'*intime conviction* si colori di un'aura più meno estesa di irrazionalità<sup>6</sup>. Pacifica la diversa natura del principio in In-

<sup>2</sup> Emblematicamente cfr. J.H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution*, in A. PADOA SCHIOPPA, *The trial jury in England, France, Germany*, Duncker & Humblot, Berlin, 1987, 33, secondo il quale "under the substitute theory of moral proofs, conviction required the moral persuasion of the trier (conviction intime, freie Beweiswürdigung). This conception of proof had been in effect in England for centuries as a natural result of the use of jury trial. Moral persuasion was the only workable standard of proof in a system of lay adjudication. Laymen could never have mastered the law of proof of the *ius commune*; and, in any event, the purpose of that body of law was to control the professional judiciary".

<sup>3</sup> Per tutti, sull'uso di tale espressione cfr. F. HÉLIE, *Trattato della istruzione criminale o teoria del codice di istruzione criminale*, tradotto ed annotato da G. Ruffo, Palermo-Napoli, 1864, vol. II, 443 citando Filangieri: "Filangieri dimostrò più tardi che quella certezza possa soltanto risiedere nella coscienza del giudice; e questo principio, col quale allo edificio dei fatti probanti veniva sostituito il convincimento del giudice, e alla prova giuridica la prova morale, divenne base della riforma delle nostre leggi criminali". Sempre nella citazione di F. HÉLIE, *ivi*, 437, secondo Filangieri la certezza morale, che può essere definita come "lo stato dell'animo sicuro della verità di una proposizione che riguarda la esistenza di un fatto che non è passato sopra i nostri occhi..." «è al tempo stesso quella che è più esposta ai pericoli dello errore e colla quale si forma il convincimento del giudice»...

<sup>4</sup> Cfr. di M. NOBILI, *Il principio di libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974, 10 ss. per una panoramica di questa diffusa convinzione. L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, Barbera ed., 1905, 3<sup>a</sup> ed. riveduta ed ampliata, § 149, 174-175, parla di prova o certezza razionale, ovvero di *intimo convincimento*, «portato naturale...» del «trapiantarsi nel continente europeo del principio accusatorio e col trionfo delle nuove dottrine filosofiche».

<sup>5</sup> *Ex multis*, anche per la particolare prospettiva di diritto comparato v. E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, Giappichelli, 2000, 101 ss. e *ivi*, in nota 92, a proposito dell'attuale sistema angloamericano là ove, anticipando alcune delle conclusioni di questo lavoro, nota: «domande quali "le prove offerte alla giuria sono dotate di un sufficiente valore cognitivo?", "le istruzioni fornite ai giurati sono adeguate a parametri razionali?" assumono importanza cruciale nella dinamica processuale del sistema americano, ed una valutazione negativa da parte del giudice d'appello in ordine alla razionalità delle scelte effettuate sul materiale probatorio a disposizione del giudice del fatto comporterà una valutazione negativa in ordine alla razionalità della decisione, che verrà quindi posta nel nulla. Il rispetto delle regole probatorie garantisce la razionalità del verdetto immotivato e la loro violazione ne produce, se si tratta di un verdetto di condanna, l'annullamento».

<sup>6</sup> Emblematico di tale sentire è quanto riferito ancora da M. NOBILI, *op.cit.*, 22 ss. Sul punto

ghilterra e da noi<sup>7</sup>, anche se non è ovviamente possibile in questa sede indagare univocamente ed in via definitiva una simile problematica, uno sguardo alle forme di circolazione di giuria e libero convincimento dal sistema anglosassone al continente nel momento in cui quegli istituti sono “sbarcati” anche nel nostro ordinamento unitario, consente alcune riflessioni rilevanti anche per lo studioso contemporaneo.

Nella prospettiva del comparatista di diritto positivo, che azzarda anche escursioni nell’ottica diacronica dello storico<sup>8</sup>, le ipotesi su cui lavorare sono relativamente poche e chiare. Sull’assunto della odierna e risalente valenza (positiva e, soprattutto razionale) del principio del libero convincimento di fronte alla *Crown Court* e del diverso e contrapposto valore del principio nel nostro Paese (tendenzialmente negativo e percepito come un criterio il più delle volte irragionevole) si devono approfondire almeno quattro aspetti.

Si deve capire se la diversa caratterizzazione del (medesimo) principio sia o meno una conseguenza della trasposizione o trapianto<sup>9</sup>, alla fine del XVIII secolo nell’ambito del diritto continentale di istituti tipici della tradizione anglosassone: e quindi, anzitutto, mettere a fuoco la disciplina allora prevista a questo proposito nella terra di Shakespeare<sup>10</sup> (*infra*, § 2). Si deve quindi comprendere se l’oggetto,

di recente v. anche F. CAPRIOLI, *La disciplina delle prove penali nel codice del 1913: un modello “empiricamente” reazionario?*, in *La Corte d’Assise* n. 2, 2011, 512 e 514, per la ricostruzione della circolazione e trasformazione del principio nel secondo codice repubblicano, nonché G. DELLA MONICA, *La parabola del libero convincimento*, in *La prova penale*, a cura di A. GAITO, Torino, Wolte Kluwer, 2008, 284 ss.

<sup>7</sup> Cfr. ampiamente M. NOBILI, *ult. loc. cit.*

<sup>8</sup> Sulle differenze e le analogie tra l’attività del comparatista e quella dello storico cfr. tra molti gli ormai classici lavori di G. GORLA (*Prolegomeni ad una storia del diritto comparato (e postilla)*) in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè 1981, 876 ss.), V. DENTI (*Diritto comparato e scienza del processo*, in AA.VV. *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1980, 201 ss.) e A. PIZZORUSSO (*La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, *ivi*, 59 ss.). Più di recente cfr. R. ZIMMERMANN, *Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtsdogmatik, Beitrage zum 32 Deutschen Rechtshistorikertag in Regensburg, Sonderheft der ZEuP, Zeitschrift für Europaisches Privatrecht*, 1999, 494 ss. e *ivi*, 513 ss. anche M. REIMANN, *Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte in Dialog*. La circostanza di studiare un fenomeno in prospettiva diacronica (e sincronica con riferimento dagli ordinamenti stranieri) senza ovviamente possedere tutti gli strumenti dello storico segna necessariamente la tipologia delle fonti utilizzate: soprattutto studi dottrinali, di storici del diritto o di comparatisti contemporanei (KÜPER, LANGBEIN, LIEBER, NOBILI, PADOA-SCHIOPPA) o del tempo (BORSANI, CASORATI, HÉLIE, MITTERMAIER).

<sup>9</sup> Su questo concetto, oggetto di diverse riflessioni nei recenti studi di diritto comparato cfr. tra i molti M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in *Harvard International Law Journal*, vol. 45 (2004), 29 e ss. e M. DAMAŠKA, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, in *The Americ.Journ.of Comparative Law*, 1997 (vol. 45), 839 e ss.

<sup>10</sup> È proprio questo il proposito di J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial Jury*, cit., 13

così ricostruito, sia stato o meno correttamente compreso dagli studiosi di *civil law* impegnati nella ricezione dell'ostico sistema inglese (*infra* § 3 e 3.1). Sulla base della risposta negativa a questa domanda, ci si deve interrogare sulle modalità di circolazione sul continente di istituti comunque in parte diversi da quelli originari del sistema anglosassone (*infra*, §§ 4 e 4.1.) e abbozzare, sulle risultanze di queste iniziali problematiche, alcune riflessioni sul significato del regime probatorio di fronte ai giudici laici ed a quelli togati (*infra*, § 5) nonché, in conclusione, sull'attribuzione – appunto tutta continentale- del criterio di valutazione del libero convincimento al giudice togato (*infra*, § 6).

Lo studio delle prime questioni consente di individuare almeno un errore di fondo nell'iniziale trapianto del giudizio in capo a laici dall'ordinamento anglosassone al sistema francese. L'approfondimento successivo permette di ipotizzare limiti e fraintendimenti di una circolazione improntata pressoché esclusivamente a considerazioni di prestigio piuttosto che a scelte di carattere giuridico, e, conseguentemente, di proporre qualche (timida) riflessione sulla deriva del principio del libero convincimento e, con esso, del nostro diritto probatorio.

## 2. *L'oggetto del trapianto. Il giudizio davanti alla giuria in Inghilterra alla fine del XVIII secolo*

Come già osservava il grande studioso e comparatista Mittermaier, ogni legislatore mira ad assicurare la certezza della ricostruzione dei fatti o attraverso la qualità e il numero dei giudicanti o mediante regole che indirizzino le modalità di formazione del convincimento: nel primo caso scegliendo tra un corpo giudicante laico o giudici professionisti; nel secondo optando tra un sistema di prove legali ovvero una valutazione libera delle prove<sup>11</sup>.

Secondo quanto si avrà modo di osservare, non vi è necessariamente un rapporto biunivoco tra le ipotesi dell'una e dell'altra alternativa: non vi è cioè una dipendenza necessaria tra laici e libero convincimento da un lato e togati e prove legali dall'altro. All'epoca della Rivoluzione francese, tuttavia, il sistema anglosassone, prospettando un giudizio penale ad opera di giudici non professionisti, che avrebbero dovuto decidere secondo il proprio intimo convincimento sem-

e 14 per la sintesi delle diverse parti dell'articolo, che ricostruisce struttura, fasi e composizione della giuria inglese all'epoca della Rivoluzione francese, in particolare sulla base dei *Reports dell'Old Bailey* ovvero della principale corte penale inglese, con sede a Londra, di quel periodo (*ivi*, 19).

<sup>11</sup> C.J.A. MITTERMAIER, *Die Lehre von Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens*, J.W. Heyer's Verlagshandlung, Darmstadt, 1834, 76.

brava offrire una alternativa al diverso modello continentale di un giudizio ad opera di professionisti, nel rispetto di un rigido sistema di regole probatorie predeterminate dal legislatore.

A quell’epoca, la giuria anglosassone, trasformatosi ormai i laici “*self-informing*”<sup>12</sup> dagli originari testimoni che si informavano degli illeciti compiuti nel proprio territorio nei membri della corte di merito<sup>13</sup>, godeva di ampi poteri di ricostruzione e di valutazione del fatto sottoposto alla sua attenzione<sup>14</sup> nel dibattimento (*trial*), pubblico e, soprattutto, orale<sup>15</sup>. Tale caratteristica, particolarmente apprezzata nell’ottica del diritto continentale<sup>16</sup>, si accompagnava ad una *pretrial procedure* in quel periodo sostanzialmente nella mani private<sup>17</sup>, volta a raccogliere

<sup>12</sup> N. LIEBER, *Schöffengericht und Trial by Jury. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Entstehung, gegenwärtigen Praxis und möglichen Zukunft zweier Modelle der Laienbeteiligung am Strafverfahren in Europa*, Dunkler & Humblot, Berlin, 2010, 90 ove sottolinea come nel XVIII secolo la discussione sull’estensione del sindacato in tema di diffamazione a mezzo stampa (*sedition libel*) dei giurati non riproducesse l’ormai risalente (e in parte composto) conflitto tra fatto e diritto ma si ascriveva proprio nell’ambito della cognizione di fatto dei giurati. Cfr. soprattutto l’ampia ricostruzione effettuata da T.A. GREEN, *The English Criminal Trial Jury and the Law-Finding Traditions on the Eve of the French Revolution* in A. PADOA SCHIOPPA, *The trial jury*, cit., 44 ss. anche per le modifiche del ruolo dei giurati da soggetti *self-informing* ovvero da soggetti volti a ricercare ed a costituire essi stessi prova a giudici nel senso odierno, a seguito della affermazione della funzione accusatoria e in senso lato istruttoria del *justice of the peace* nel XV e XVI secolo.

<sup>13</sup> Cfr. J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 22 che, a proposito delle medievali “*jury of accusation*” or “*jury of presentment*” precisa tra l’altro: «*in the system instituted after the Assize of Clarendon in 1166, presentment juries were assembled periodically from each community (hundred). Royal judges on circuit placed the jurors under oath and required them collectively to report whether they suspected any of their neighbors of crimes. When the jurors accused (“presented”) someone of an offense, he had to stand trial-originally by ordeal, later by jury (that is, by trial jury, also called the petty jury to distinguish it from the grand jury). The presentment system was based on the idea that in small and static communities (mostly rural and engaged in the highly interdependent form of medieval agriculture known as the open field system, a jury of neighbors would already possess information about crimes committed*»). Cfr. anche T. A. GREEN, *loc. cit.*

<sup>14</sup> Secondo F. HÉLIE, *Trattato della istruzione criminale o teoria del codice di istruzione criminale*, nella trad. ital. con annotazioni di L. SAMPOLO, Palermo-Napoli 1869, vol. IV, 363 «*Da più secoli è principio in questa legislazione [inglese] che i giurati sono giudici supremi dei processi, e il loro verdetto è una vera sentenza, che per la formula guilty or not guilty essi abbracciano il fatto e il diritto e pronunziano su tutte le questioni che solleva l’accusa*».

<sup>15</sup> Per le diverse fasi del dibattimento (*case for the prosecution, for the defence*), durante il quale, in assenza di una stabile figura di legale, era il giudice togato a condurre l’esame dei testi v. J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 29 ss. Risale ai primi trenta anni del XVIII sec. l’affermazione della presenza di un difensore per l’accusato e quindi la nascita del processo accusatorio nel senso di contraddittorio: N. LIEBER, *op.cit.*, 84-85.

<sup>16</sup> Come osserva J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 31, “*perhaps no attribute of eighteenth-century English criminal jury trial made so great an impression upon European observers as the orality of the proceedings*.” E ancora, *ivi*, 32: «*Europeans saw in orality a safeguard against political subservience and bias in the professional magistracy*».

<sup>17</sup> J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 19 ss. anche per lo sviluppo di organi

le prove che sarebbero state poi presentate al giudizio. Non pare avventato sostenere a questo proposito che il principio dell'oralità si è affermato proprio per la mancanza di una istruttoria scritta e di organi istruttori pubblici<sup>18</sup>.

La corte era composta da dodici giurati<sup>19</sup> e da un giudice togato. Benché sia famosa e citata ovunque la frase di Sir Edward Coke che già nel 1620 precisava che “*ad quaestionem facti non respondent iudices; ad quaestionem juris non respondent juratores*”<sup>20</sup>, la distinzione tra le funzioni dei primi e il ruolo del secondo non era affatto netta, né allora né soprattutto nel XVIII secolo, quando la discussione su fatto e diritto, sul ruolo dei giurati come *law finder* o *fact finder*<sup>21</sup> era particolarmente accesa<sup>22</sup>.

Il rapporto tra i laici, esponenti delle esigenze dei nuovi strati sociali più sensibili ai nuovi diritti, ed i togati era improntato anzitutto a considerazioni in senso lato politiche. Alla fine del XVIII secolo giurati e giudice si confrontavano sia nel controllo del secondo attraverso il governo delle regole probatorie (tra cui l'*hearsay*)<sup>23</sup>, sia, sempre più spesso, nell'affermazione dei primi nelle decisioni volte a mitigare le spesso non condivise gravi sanzioni penali.

Il giudice togato, che conduceva il dibattimento ed a cui spettava ogni deci-

pubblici di accusa (l'istituzione dei *bobbies*, ovvero della famosa polizia metropolitana londinese, ad esempio, risale a 1829), in particolare con riferimento al ruolo del *Justice of the peace* (JPs).

<sup>18</sup> È l'opinione di J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 32.

<sup>19</sup> J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 24 ss. per la selezione e i requisiti richiesti per farne parte.

<sup>20</sup> E. COKE, *First Part of the Institutes of the Laws of England, or Commentary upon Littleton*, London 1628, 155 b, citato tra i molti da J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial The trial jury*, cit., 44 ss., 34, da C.G.A. MITTERMAIER *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren, in Zusammen mit dem politischen, sittlichen und socialen Zuständen und in der Einzelheiten der Rechtsübung*, Erlangen, von Ferdinand Enke, 1851, 370, sub nota 32 (“*ad quaestione facti non respondent iudices, and matters in law the judge ought to decide and discusse, ad quaestionem juris non respondent juratores*”) e, in Italia, da G. BORSANI - L. CASORATI, *Codice di procedura penale italiano commentato*, vol. V, Milano, Pirola, 1883, § 1853, 355. Nei primi anni dell'Unità v. anche L. CASORATI, *Intorno alla competenza rispettiva dei giudici e dei giurati*, in *Riv.pen.*, vol. XII, 323 ss. e *ivi*, con riferimento alla contemporanea esperienza austriaca G. GLASER, *Dei rapporti tra la magistratura giudicante e la giuria*, 325 ss. Nella particolare prospettiva della retorica e della dialettica v. anche A. GIULIANI, *Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading*, in *Judicial Review The Law Journal of the Scottish Universities* (69), 1962, 237, che, a proposito della procedura inquisitoria sviluppatasi sul continente nel XVI secolo ricorda, al contrario, come “*questio facti est in arbitrio iudicis*”.

<sup>21</sup> N. LIEBER, *op. cit.*, 72 ss. per la discussione nel secolo precedente (XVII sec.), allorché, conclusasi la fase del ruolo della giuria «*self-informing*» si iniziò appunto a discutere dell'ambito del suo potere di giudizio.

<sup>22</sup> Cfr. ancora T. A. GREEN, *op. cit.*, 52 ss., 61 ss.

<sup>23</sup> N. LIEBER, *op. cit.*, 82 ss.; *ivi* 99, a proposito della circostanza che nel XIX sec. il togato si afferma sempre più come il “*controllore-garante*” della giuria attraverso un accorto uso dei commenti sull'esito e dell'utilizzabilità delle risultanze dell'istruzione dibattimentale.

sione in tema di ammissione della prova<sup>24</sup>, alla fine del giudizio doveva riassumere le risultanze dell'istruttoria e dare le più opportune istruzioni: *summing up* e *instruction* corrispondevano rispettivamente ai profili di fatto e di diritto del giudizio<sup>25</sup>. I rapporti tra le due parti della corte, solitamente ispirati alla medesima visione, consentivano comunque in realtà la (pressochè assoluta) prevalenza del giudice togato allorché i giurati non ritenessero di seguire le sue indicazioni. La condanna secondo il giudice togato ingiustificata, o più precisamene non fondata per insufficienza di prove, era di regola seguita dalla grazia sovrana<sup>26</sup>. All'assoluzione che il giudice togato non condivideva poteva seguire la convocazione di un'altra giuria<sup>27</sup>.

D'altro canto, la facoltà riconosciuta ai laici di qualificare in diritto il fatto sottoposto al loro esame, consentiva ai giurati di calibrare le circostanze della fattispecie alla pena da loro ritenuta più opportuna<sup>28</sup>. È Mittermaier, con riguardo ai sistemi

<sup>24</sup> Come ricorda sempre J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 32 all'epoca della Rivoluzione francese non si era ancora affermata la figura del legale e quindi i testimoni erano assunti ed esaminati direttamente dal giudice (togato).

<sup>25</sup> Cfr. ancora J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 35, secondo il quale «*the distinction between summation and instruction corresponded to that between fact and law. The judge's opinion upon a matter of law was in theory binding upon the jury*».

<sup>26</sup> Secondo J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 36 «*if the jury attempted to return a verdict (whether of guilt or innocence) that displeased the judge, the judge had the power to reject it provisionally. He would then question the jurors about their thinking, explain to them why he differed with them (be it on matters of law or fact), and require them to deliberate and decide again. It took a determined jury to resist such pressure. If the jury persisted in returning a verdict contrary to the judge's wishes, it mattered greatly whether the verdict was one of conviction or acquittal. Juries all but never convicted against the will of the judge, because they knew it would be futile. The judge effectively controlled the pardon process by which the conviction could be vitiated...*». Il sovrano non aveva alcuna remora a seguire le indicazioni del giudice togato. Cfr. anche J. H. LANGBEIN, *The origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford, Oxford University Press, (reprinted) 2010, 324 ss.

<sup>27</sup> T. GREEN, *ult. loc. cit.* Cfr. anche di nuovo J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 35-6 sulla base dei report dell'*Old Baley* per le diverse ipotesi di *direct verdict*, ovvero delle tre ipotesi di proscioglimento conseguenti, secondo le indicazioni del giudice, ad una situazione di insufficienza di prove («*early in the nineteenth century the modern standard of proof (beyond reasonable doubt) was articulated, but it seems to have been crudely implicit long before*»), di mancata *corroboration* in caso di chiamata in correità, di inammissibilità della confessione perché resa solo a seguito di promessa di clemenza. In generale sullo sviluppo del diritto alla prova in Inghilterra cfr. anche J. H. LANGBEIN, *Historical foundations of the Law of Evidence: a view from the Ryder Sources*, in 96 *Colum. L. Rev.* 1168 1996, 1168 ss.

<sup>28</sup> J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit. 37 ss. con numerosi esempi attraverso cui i giurati, prospettando diversamente i fatti, in realtà sceglievano se irrogare la pena capitale, quella detentiva o la sanzione della fustigazione. Come ricorda ancora l'Autore, (*ivi, loc. cit.*) «*In a famous phrase, Blackstone called it «pious perjury», by which he meant that the jury knowingly returned a false verdict (in our example, theft rather than burglary) in order to reduce the sanction*». Per alcuni dati statistici che correlano l'aumento dei reati puniti con la pena capitale nel XVIII secolo e il fenomeno

di *civil law*, che approfondisce, non ascoltato (v. anche *infra*, § 4), la stretta interdipendenza tra *law and fact*: quando ritiene relativamente pacifico che l'asserita demarcazione tra fatto e diritto non sia possibile proprio nei reati a mezzo stampa<sup>29</sup>, che, tra l'altro, sarebbero stati proprio quelli per i quali i giurati sarebbero stati chiamati a decidere anche sul continente; quando, conseguentemente, si chiede e ritiene che tale *modus* procedendi, in considerazioni delle inevitabili questioni di diritto connesse con qualunque ipotesi incriminatrice, non sia peculiare anche di altre fattispecie<sup>30</sup>; quando, infine, dimostra che il sistema anglosassone, a ben vedere, non conosce una reale distinzione tra fatto e diritto<sup>31</sup>.

La storia del "verdetto" dei giudici non professionisti sarebbe sempre stato caratterizzato sia in Inghilterra sia sul continente dalla contrapposizione che, in tal modo, i laici opponevano al potere legislativo sovrano, allorché non condidessero incriminazione e sanzione<sup>32</sup>. Nella terra d'origine, significativamente,

del *pious perjury* v. anche ampiamente N. LIEBER, *op. cit.*, 86-88 e J. H. LANGBEIN, *The origins of Adversary*, *loc. cit.*, 335 ss.

<sup>29</sup> Cfr. C.G.A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 371 con ampi riferimenti bibliografici alla letteratura inglese del tempo. *Ivi*, pag 454-55 l'analogo caso previsto da una esplicita disposizione legislativa di Newyork ai sensi della quale "*das Gericht entscheidet über alle während der Verhandlung vorkommen rechts fragen. In Anklagen wegen Pressvergehen hat die Jury die Befugnis über Gesetz und Thatsachen zu entscheiden*". Per la ricostruzione storica dall'inizio del XVI sec. alla fine del XVI in ordine a fatto e diritto nella storia della giuria in Inghilterra v. ampiamente, anche per i necessari riferimenti bibliografici del tempo, N. LIEBER, *op. cit.*, 63 ss.

<sup>30</sup> Cfr. C.G.A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfabreb*, cit., 455-6 ove l'Autore proprio nel discutere l'annosa questione della distinzione tra fatto e diritto, osserva che, poiché ai giurati sono rimesse tutte le questioni (anche di diritto) necessarie e/o preliminari alla pronuncia del verdetto "*wenn zwar durch ein später Gesetz die Geschworene ermächtigt wurden nur im Falle der Anklage wegen Pressvergehen (libel) auch über den rechtspunkt zu entscheiden, so darf man daraus keinen Schluss ziehen, dass sie in anderen Fällen nicht die nämliche Befugnis hatte*". L'Autore continua (456-8) ricordando come in Inghilterra la dottrina abbia già da tempo, e in effetti, riconosciuto che i giurati sono legittimati a decidere sia del fatto sia del diritto. I giurati, invero, devono decidere contestualmente: 1) se a) il fatto è accaduto, b) se l'accusato ne è l'autore; 2) la valutazione del fatto ai fini del giudizio ovvero: a) se il fatto integra tutti gli elementi necessari a ritenere l'imputazione fondata, b) se il fatto è stato commesso non in buona fede; c) intenzionalmente, d) ed è imputabile all'imputato.

<sup>31</sup> "*Die nähere Betrachtung des Ganges des Rechtsprechung in England und die Besprechung mit englischen und schottischen Praktikern lehrt bald, wie irrig häufig die im Auslande verbreiteten Vorstellung von Trennung der That und Rechtsfrage ist*": C.G.A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 455.

<sup>32</sup> I giurati potevano pronunciare condanna per un reato meno grave di quello oggetto di giudizio C.G.A. MITTERMAIER *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 449 ss. con diversi esempi e per la descrizione di una situazione in parte diversa nel sistema scozzese, ove vigeva una sorte di accusa alternativa. C.G.A. MITTERMAIER, *Das Volksgericht in Gestalt der Schwur- und Schöffengerichte, Lüderische Verlagsbuchhandlung*, Berlin 1866, 23-24, per il caso di una persona accusata di bigamia, assolta dalla giuria. L'assunto è radicato: nel volume *Die Lehre*

solo nei casi difficili la giuria avrebbe potuto riservarsi, su sollecitazione peraltro del giudice togato, uno *speciale verdetto* limitato esclusivamente al fatto<sup>33</sup>.

Famosa a questo proposito è la vicenda legata al “*seditious libel*”, una delle fattispecie più utilizzata anche dal governo inglese per controllare la stampa e la relativa pubblicità<sup>34</sup> e riguardo alla quale il giudice togato, in considerazione della simpatia con cui i laici guardavano a questi scritti, solitamente attribuiva ai giurati appunto solo lo “*special verdict*”, ovvero il giudizio privo di alcuna valutazione in diritto. L’aspro confronto tra giurisprudenza e società civile<sup>35</sup> si concluse solo con il *Fox’s Libel Act* del Parlamento che, nel 1792, attribuì nuovamente ed esplicitamente alla giuria la qualificazione del fatto nel suo complesso: vietando il ricorso allo *special verdict*, ma vincolando la giuria alla legge, così come era spiegata ai laici dal giudice togato<sup>36</sup>. Sono palesi gli incisivi poteri della giuria sulle decisioni politiche proprio quale rappresentante e garante delle libertà borghesi<sup>37</sup>.

*von Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens*, in J.W. Heyer’s Verlagshandlung, Darmstadt, 1834, 115 l’Autore aveva già rilevato come, spesso, le assoluzioni dipendessero dalla estrema severità della pena che, in caso di condanna, sarebbe stata comminata. Per un più ampio approccio, all’interno del quale anche la ricostruzione di un caso più drammatico (un uxoricidio, il c.d caso Olivo lo squartatore) v. C. STORCHI STORTI, *Giuria penale ed errore giudiziario, Questioni e proposte di riforma alle soglie della promulgazione del codice di procedura penale italiano del 1913*, in A. GOURON (a cura di), *Error iudicis: juristische Wahrheit und Justizielle Irrtum*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1998, 257 e per il caso 278 ss. Nel sistema anglosassone le vicende legate al «*pious perjury*» sono ricostruite anche da N. LIEBER, *Schöffengericht und Trial by Jury*, *op. cit.*, 84, e *ivi*, poco più oltre, 86 ss. le motivazione, i dati e il funzionamento di questa particolare forma di giurisdizione laica volta al proscioglimento piuttosto che alla condanna di fronte a pene ritenute eccessive rispetto al sentire sociale in ordine al disvalore di un certo fatto (l’Autore parla di “*Milderungspraxis*”).

<sup>33</sup> J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit. 38, che a questo proposito, altrettanto emblematicamente nota: “*The special verdict involved a radical reallocation of responsibility between judge and jury, and it was seldom employed. It is worth mention in this paper because it is the closest that the English procedure came to the devices that the nineteenth-century Europeans attempted to design, in which the judges put questions regarding the facts to the jury while reserving the actual judgment to the judiciary*”. Cfr. altresì J. H. LANGBEIN, *The origins of Adversary Criminal*, cit., 329 ss. Anche F. HÉLIE *op. cit.*, vol. IV, 363 chiarisce che di fronte alle questioni difficili, erano possibili [almeno] due rimedi: una (nuova) spiegazione del giudice e un “*verdetto speciale*” con cui i giurati deferivano alla corte il “*carattere legale dei fatti*”.

<sup>34</sup> N. LIEBER, *op. cit.*, 89. In generale sul *seditious libel* cfr. P. HAMBURGER, *Development of the Law of seditious libel and the Control of the Press*, in *Stanford Law Review*, 1985, (vol. 37) 660 ss. specie 669 ss.

<sup>35</sup> N. LIEBER, *op. cit.*, 90-1 e J. H. LANGBEIN, *The origins of Adversary*, *loc. cit.*

<sup>36</sup> N. LIEBER, *op. cit.*, 91.

<sup>37</sup> N. LIEBER, *op. cit.*, 95.

3. *La prospettiva continentale nella ricezione dell' "intime conviction". L'erroneo assunto circa una netta separazione tra fatto e diritto all'epoca della Rivoluzione francese*

È *luogo comune*<sup>38</sup> rappresentare la “scoperta” o meglio l’importazione sul continente del principio del libero convincimento<sup>39</sup> alla fine del XVIII secolo come conseguenza della ricezione della particolare esperienza della giuria dei sistemi anglosassoni<sup>40</sup> e della strettamente connessa “naturale” reazione alla tradizione legata al sistema delle prove legali nella valutazione del fatto tipiche del procedimento inquisitorio di *ancien régime*.

Tale corrente *vulgata*, pure corretta da un punto di vista generale, non è affatto precisa almeno sotto due profili. Da un lato, come è stato di recente ricordato, non era affatto sconosciuto alla tradizione francese dell’*ancien régime* il principio del libero convincimento; dall’altro, come ha avuto modo di ribadire la ricerca storica e come si è appena visto essere proprio dell’esperienza anglosassone del tempo, l’*intime conviction* “connaturale” al giudizio di un organo composto di laici non era affatto circoscritta al solo fatto.

Sotto il primo profilo, nella particolare ottica criminologica, una volta che si aveva iniziato a ridurre (in Francia come in Inghilterra) i reati puniti con pena capitale, fu giocoforza interrogarsi sui criteri probatori da seguire per l’irrogazione delle più miti “nuove” forme sanzionatorie. Se, invero, per i reati capitali si riteneva necessario ricorrere alla confessione a seguito di tortura per la valida irrogazione della pena di morte<sup>41</sup>, per pene diverse tale procedura non era ritenuta indispensabile. L’accerta-

<sup>38</sup> Come è noto, il concetto di “luogo” risale alla Topica di Aristotele, poi volgarizzato e svilito in luogo comune con la decadenza dell’arte retorica: per tutti, efficacemente, cfr. R. BARTHES, *La retorica antica, Alle origini del linguaggio letterario e delle tecniche di comunicazione*, Bompiani, Milano, 1994, 74 ss.

<sup>39</sup> Nelle parole di L. LUCCHINI, *Elementi*, op. cit., § 150, 175, il principio ha origine “nella costituente francese con la formula di avvertimento ai giurati che poi passò nel codice di brumaio anno IV che costituisce tuttora l’art. 342 del cod. d’ist. crim.; di dove fu tratto l’art. 498 del nostro cod. di proc. pen.” ai sensi del quale “la legge non chiede conto ai giurati dei mezzi per i quali eglino si son convinti. Essa non prescrive loro alcuna regola, dalla quale debban far dipendere la piena e sufficiente prova. Essa prescrive loro d’interrogare se stessi nel silenzio e nel raccoglimento, e di esaminare, nella sincerità della loro coscienza, quale impressione abbian fatto sulla loro ragione le probe riportate contro l’accusato e i mezzi della sua difesa. Essa propone loro questa sola domanda, che rinchiude tutta la misura dei loro doveri: “avete voi l’intima convinzione della reità o innocenza dell’accusato?”

<sup>40</sup> La bibliografia sul punto è ovviamente sterminata. Per tutti, e per rimarcare sin da subito almeno in parte l’imprecisione di questa affermazione nell’ottica, in particolare, sia della dottrina tedesca sia di quella francese, che discussero del principio di libero convincimento anche prima della introduzione della giuria, v. l’ormai classico lavoro di W. KÜPER, *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, W. de Gruyter & Co, Berlin, 1967, 174 ss.

<sup>41</sup> Cfr. M. DAMAŠKA, *The Death of Legal Torture*, in 87 *Yale L.J.* 860 1977-1978, 860 ss. che, recensendo il lavoro di J. H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago and London, University of Chicago Press, 1977, tratta dei diversi standard

mento della responsabilità dell’imputato era rimessa alla prudente valutazione del giudice, pure nell’ambito della raccolta di alcune prove di cui il legislatore aveva preventivamente individuato il valore<sup>42</sup>. Se di fronte ad un giudizio che poteva comportare la pena di morte la valutazione del giudice non poteva essere del tutto libera, per evitare che potesse (facilmente) degenerare in arbitrio, tale medesima preoccupazione non era ugualmente avvertita nel caso di sanzioni minori, ove il giudicante riacquistava un proprio potere autonomo di valutazione, connaturale all’attività giurisdizionale<sup>43</sup>. In tali casi il giudice, come sarebbe stato poi teorizzato dalla dottrina (v. *infra*, § 5), per poter condannare non solo avrebbe dovuto ottenere specifiche garanzie probatorie, ma avrebbe dovuto essere altresì personalmente convinto della colpevolezza del prevenuto: sarebbe stata inconcepibile una pronuncia di condanna da parte di un giudice intimamente persuaso dell’innocenza dell’imputato.

Sotto il secondo profilo, l’equivoca riduzione del criterio del *libero convincimento* alla sola parte del giudizio riservata al fatto ha origini risalenti, che coincidono sostanzialmente con il momento a partire dal quale sul continente si sono cominciate a studiare le istituzioni anglosassoni. Le informazioni circa il giudizio dei pari d’oltremarina iniziano a diffondersi a partire dalla metà del secolo XVIII, più precisamente con la pubblicazione, nel 1748, dell’*Esprit des lois* di Montesquieu<sup>44</sup>. Quanto osservato dal grande esponente francese, tuttavia, non era né ampio né, soprattutto, preciso. A Montesquieu che, nella prima edizione della sua opera più famosa scriveva che in Inghilterra, di fronte alla giuria, vigeva una rigida separazione tra fatto e diritto, un autore altrettanto famoso, Hume, direttamente dall’isola puntualizzava l’erroneità della circostanza, perché i giurati dovevano decidere della colpevolezza<sup>45</sup>.

Solo quando ormai l’istituto era circolato sul continente, e quindi si era in qualche modo consolidato il mito della netta separazione tra fatto e diritto, sarebbe stato chiaro, sempre ad opera del grande comparatista tedesco dell’Ottocento, l’inscindibile correlazione tra l’uno e l’altro<sup>46</sup>.

Le forme della giustizia laica del modello inglese, in origine non descritte con precisione neppure dal suo primo estimatore, al loro apparire sul continente non avevano del resto suscitato particolari apprezzamenti. Beccaria, almeno nelle prime due

di prova necessari all’attività del giudice inquirente e, in particolare, discute delle risultanze contenute nel libro di Langbein in ordine ai criteri – improntati al libero convincimento – per disporre la tortura, *ivi*, 862.

<sup>42</sup> M. DAMAŠKA, *ult. loc. cit.*

<sup>43</sup> M. DAMAŠKA, *ult. op. cit.*, 863 ss., 869 ss.

<sup>44</sup> A. PADOA SCHIOPPA, I «philosophes» e la giuria penale, in ID. *La giuria penale in Francia. Dai “philosophes” alla costituente*, Led Ed. Un. Lett. Ec. Dir., Milano, 1994, 10; nello stesso senso, *ex multis*, v. anche W. KÜPER, *op. cit.*, 170-1 ss.

<sup>45</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *ult. loc. cit.*

<sup>46</sup> Cfr. *supra*, § prec. le osservazioni di MITTERMAIER.

edizioni della sua opera più famosa, *Dei delitti e delle pene*, non ritenne di dovervi dedicare neppure una riga<sup>47</sup> e quando, successivamente, inserì nel suo oramai popolare testo una parte sulla giuria, neppure lettori pure particolarmente sensibili, quali ad esempio Voltaire, vi dedicarono a loro volta particolari commenti<sup>48</sup>. È solo nella seconda metà del secolo dei lumi che, con la traduzione dell'opera di Blackstone<sup>49</sup>, e conseguentemente ad un più diretto ed ampio accesso alla disciplina del giudizio dei laici<sup>50</sup>, che l'istituto iniziò a raccogliere più ampi consensi e a tingersi di un significato sempre più politico, in qualità di simbolo dei diritti di libertà del singolo nell'ambito dei reati maggiormente sensibili alla volontà regia, quali quelli di stampa.

Neanche nell'immediatezza dello scoppio della Rivoluzione, diversamente da quanto talvolta si crede, "la giuria [era] tra gli istituti abitualmente richiamati da chi chiedeva l'abbandono del sistema penale d'ancien régime"<sup>51</sup>. Il riferimento alla decisione di semplici cittadini nei *cabiers de doléance* non costituisce ricorrenza frequente né generale; altre erano le urgenze che allora, auspicando una riforma penale e processuale penale, erano sottolineate sia dal terzo stato sia dalla *noblesse*<sup>52</sup>.

Non stupisce, quindi, che all'Assemblea Costituente la discussione intorno alla giuria si basasse più su credenze che su vere e proprie argomentazioni. Come osserva, pure nella (talvolta libera) traduzione italiana, un grande studioso francese dell'epoca, allora, "fondandosi sopra la legislazione [inglese] un po' confusa, la maggior parte dei pubblicisti dichiaravano che l'istituzione dei giurati importasse necessariamente la separazione del fatto dal diritto"<sup>53</sup>. L'assemblea ritenne circostanza as-

<sup>47</sup> Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *ult. op. cit.*, 20-21 a proposito delle prime due edizioni dei *Delitti e delle pene*, l'elogio delle quali ad opera di MELCHIOR GRIMM fu appunto accompagnata dall' (unico) appunto circa l'assenza di riferimento alcuno all'istituto della giuria inglese. Neppure Bentham, che nel marzo del 1790 avrebbe presentato ai lettori francesi un suo progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario, si sarebbe dichiarato favorevole alla giuria (per tale osservazione v. ancora A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria all'Assemblea costituente francese*, in *La giuria penale in Francia*, cit., 75-76).

<sup>48</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *I «philosophes» e la giuria penale*, cit., 21-2 anche per gli Autori che non si limitarono ad ignorare l'evocazione dell'istituto della giuria ma lo criticarono espressamente.

<sup>49</sup> V. ancora A. PADOA SCHIOPPA, *ult. op. cit.*, 30 per le più opportune indicazioni bibliografiche.

<sup>50</sup> Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *ult. op. cit.*, 31-35 per la sintesi delle caratteristiche tecniche del *trial by jury* secondo BLACKSTONE, anche per i riferimenti alle precedenti fonti di origine medievale.

<sup>51</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Prefazione*, in *La giuria penale in Francia*, cit., 7.

<sup>52</sup> "Universalmente proclamata è l'esigenza di una riforma penale e processuale, i cui capisaldi sono la pubblicità del procedimento, le garanzie della difesa, l'addolcimento delle pene, la drastica riduzione dell'arbitrio giudiziale, l'abolizione delle giurisdizioni signorili": così A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria nei cabiers de doléance*, § 5, 54 del capitolo I «philosophes» e la giuria penale, cit. che, dopo aver osservato come "non altrettanto generale appare la convinzione dell'urgenza di istituire la giuria", ricorda emblematicamente che "né Rouen né Dijon, né Toulouse né Marseille, né Lyon" la chiedessero. *Ivi*, 54 ss., anche un'ampia ricognizione sull'estrazione sociale delle città che nei *cabiers* introdussero richieste in tema di giuria, o meglio di "giudizio di pari".

<sup>53</sup> Cfr. F. HÉLIE, *op. cit.*, vol. IV, 363. Lo studioso, a supporto delle proprie affermazioni sulla distinzione tra fatto e diritto, richiama non a caso gli Autori che avevano inizialmente indotto questa

solitamente pacifica che la decisione dei giurati comportasse una netta distinzione tra fatto e diritto<sup>54</sup>.

Quasi tutti i componenti dell’Assemblea, come Duport e Lepelletier di Saint-Fargeau, individuavano nei «giurati che giudicano della verità del fatto» e nel “tribunale che in seguito applica le legge» una «forma [di giudizio] che esclude ogni arbitrio»<sup>55</sup>: una asserita forma di garanzia che avrebbe caratterizzato tutti i successivi provvedimenti legislativi del decennio rivoluzionario.

Ai sensi dell’art. 9 cap. 5 della Costituzione del 3 settembre «dopo ammessa l’accusa, il fatto sarà riconosciuto e dichiarato dai giurati. L’applicazione della legge si farà per mezzo dei giudici.... La cost.del 5 frutt. anno III stabiliva parimenti come principio che in materia di reati che portano a pena afflittiva o infamante “il fatto è riconosciuto da un giurì, e la pena sarà applicata dai tribunali criminali (art. 228)», così come il codice 3 brumario anno IV (“con la precisazione, art. 250 che i giudici non possono proporre ai giurati alcuna questione complessa”) e la cost. 22 frim., anno VIII<sup>56</sup>.

Come afferma lapidariamente ancora Hélie, “dal 1791 questa duplice attribuzione [alla componente laica ed a quella togata]...non è stata più cancellata”. Non è affatto un caso che “non si rinvenga nei lavori preparatori del codice [napoleonico] nessuna discussione relativa a codesto punto: [la separazione tra fatto e diritto, ovvero rispettivamente tra laici e togati] “vien riconosciuta da tutti ... anzi più volte è invocata da alcuni non già come una regola da stabilirsi ma come regola acquisita, come ragion di diritto”<sup>57</sup>.

convinzione, ovvero Montesquieu (citato per lo *Spirito delle leggi*, L.VI, C.IV) e Beccaria (di cui si riporta *Dei delitti e delle pene*, §7 ed. 1856).

<sup>54</sup> Cfr. F. HÉLIE, *op. cit.*, vol. IV, 364. Analogamente, B. SCHNAPPER, *Le jury français aux XIX et XXème siècle*, in A. PADOA SCHIOPPA, *The trial jury*, cit., 180, ritiene che, con il codice napoleonico, la separazione tra fatto e diritto e tra togato e laico sia divenuta una sorta di dogma; poco oltre l’Autore precisa efficacemente: «la séparation droit/fait signifiât sous la Révolution la prépotence du Jury, mais depuis le C.I.C. l’antagonisme de la cour et du jury. Elle entraînaît un peu le mêmes effets pervers que la séparation radicale des pouvoirs dans un régime politique: pression de la cour sur le jury, acquittements abusifs, reprise du procès «manqué» en correctionnelle et finalement sclérose du droit pénal incapable d’évoluer sous la pression des jurés» (*ivi*, 181).

<sup>55</sup> F. HÉLIE, *ult. loc. cit.*

<sup>56</sup> F. HÉLIE, *ult. loc. cit.* Per un’altra versione in lingua italiana, secondo cui nella costituzione del 1791 si sancisce che «del fatto conoscono e decidono i giurati, l’applicazione della legge spetta ai giudici», dicitura poi ripresa nella costituzione dell’anno III della Repubblica («il fatto è stabilito dai giurati, e la pena, che la legge determina, è applicata dal tribunale criminale») e quindi in quella dell’anno VIII, base delle carte del primo e del secondo impero v. G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.*, § 1853, 356.

<sup>57</sup> F. HÉLIE, *ult. loc. cit.* Anche G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.* § 1853, 356 hanno modo di rilevare come il principio che in Inghilterra si esprime nella scelta tra il verdetto di *guilty* e quello di *not guilty*, essendo rimessa al magistrato togato la istruzione anteriore alla decisione e l’eventuale commisurazione della pena in caso di condanna, in Francia è “receptivo” come una netta distinzione tra fatto e diritto.

### 3.1. *L'impossibilità di distinguere nettamente tra fatto e diritto nell'esperienza del codice italiano del 1865*

Si comprendono, in questo contesto, le difficoltà che, nel trapianto dell'istituto sul continente<sup>58</sup>, hanno avuto le legislazioni continentali nel cercare (vanamente) di perpetuare (o introdurre *ex novo*) una separazione sicuramente insussistente (o almeno diversamente intesa) nel Paese d'origine tra fatto e diritto<sup>59</sup>.

Il mondo degli operatori è caratterizzato da considerazioni confuse: “*esprimendosi gli uni in modo da far supporre che separare il diritto ed il fatto voglia dire lasciare ai giudici la sola facoltà di pronunciare la pena, e deducendosi dal detto degli altri che, per effetto di tale separazione, ai giudici appartenga anche di dichiarare se il fatto affermato nel verdetto sia o no un reato*”<sup>60</sup>.

In Italia, dove la giuria fu introdotta nel 1848 limitatamente ai delitti col mezzo della stampa e quindi estesa ad altre ipotesi di reato particolarmente gravi<sup>61</sup>, a

<sup>58</sup> In Germania la discussione sulla (difficile) distinzione tra fatto e diritto avrebbe condotto allo scabinato ove, come è noto e come accade ancora oggi nell'ordinamento tedesco dove l'istituto è nato e si è sviluppato, laici e togati sono investiti, insieme, sia della decisione in ordine alla eventuale colpevolezza dell'imputato sia della consequenziale determinazione della pena: cfr. P. LANDAU, *Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19 Jahrhundert bis 1870* in A. PADOA SCHIOPPA, *The trial jury*, cit., 279 anche per il – in parte – diverso approccio alla questione, in considerazione che, diversamente che in Francia, a quel tempo gli stati tedeschi non avevano ancora una articolata legislazione di diritto penale sostanziale e, per la dettagliata ricostruzione in ordine all'introduzione dello scabinato, *ivi*, 290 ss. Cfr. altresì ampiamente C.G.A. MITTERMAIER, *Das Volksgericht in Gestalt*, *op. cit.*, 15 ss., per le differenze tra scabinato e giuria. Di recente, è stata riproposta nella traduzione italiana il lavoro di F. C. VON SAVIGNY, *Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale (Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozess-Ordnung*, Berlin, 1846), Milano, Giuffrè, 2012, ove una parte è dedicata proprio alla giuria, o meglio allo scabinato nel sistema tedesco, anche con riguardo al giudizio di fatto e/o di diritto: *ivi*, 61 ss.

<sup>59</sup> Il problema della delimitazione del potere sulla valutazione di solo fatto ai laici, peraltro, è solo uno, ma forse il più emblematico, dei tanti problemi applicativi del (nuovo) istituto della giuria. Ad esempio, diversamente dal quanto accade davanti ai giudici popolari inglesi, scozzesi e nordamericani, alla giuria francese, tedesca o italiana il presidente pone specifiche domande. Poiché i primi devono semplicemente decidere se l'imputato è colpevole o meno del reato contestato, gli ordinamenti anglosassoni non conoscono, quindi, le frequenti discussioni che caratterizzano i sistemi riconducibili alle scelte del legislatore francese (C.G.A. MITTERMAIER, *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit. 446-449). Nel dibattito se attribuire il potere di proporre le questioni al presidente o al rappresentante della pubblica accusa, chi privilegia il secondo sottolinea in tal modo l'opportunità di circoscrivere il potere del presidente e consentire più ampio spazio alla difesa che, in tal caso, non avrebbe il timore a intelorloquire legato alla soggezione nei confronti del giudicante (G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.*, § 1851, 350 ss.). Nella stragrande maggioranza dei paesi, compresa l'Italia, il potere tuttavia è attribuito al presidente (G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.* § 1851, 351 ss.).

<sup>60</sup> G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.*, § 1853, 357.

<sup>61</sup> Per la sintetica storia della competenza della Corte d'Assise cfr. L. LUCCHINI, voce *Corte d'assise*, in *Il Digesto Italiano, Enciclopedia di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, diretta da L. Lucchini, vol. VIII, p. IV, Torino, Utet, 1902, 35. Diversamente dal sistema anglosassone la parte togata della Corte non era monocratica, essendo formata da un presidente e da due assessori.

dire il vero, la dottrina più attenta era consapevole della difficoltà di distinguere nettamente le due tipologie di giudizio<sup>62</sup>. I primi commentatori al codice di rito unitario sono consci dell'esistenza di "due sistemi radicalmente opposti"<sup>63</sup>: quello in cui fatto e diritto sono uniti, dovendo la giuria decidere se l'imputato è colpevole o meno<sup>64</sup>; e quello francese, diffusosi in molti sistemi europei, ove ai giudici laici sono poste singole *questioni* sul fatto principale e sulle ulteriori circostanze<sup>65</sup>. Gli autori propendono per il secondo<sup>66</sup>.

Nella Corte d'Assise, strutturata secondo il modello francese<sup>67</sup> ove la parte togata era formata da un presidente e da due assessori<sup>68</sup>, nel timore di invadere il campo del diritto, il legislatore italiano affina progressivamente le modalità con cui rivolgersi ai laici. Il nostro ordinamento passa dalla formula del 1859 ("l'accusato è egli colpevole del reato di ...?") a quella del 1865 (*l'accusato è egli colpevole d'omicidio volontario, di grassazione, di furto, ecc. (s'indicherà il nome del reato, per avere.....?)*) sino alla riforma del 1874 (*l'accusato è egli colpevole di avere... (s'indicheranno il*

<sup>62</sup> L. LUCCHINI, voce *Corte d'assise*, cit., 33, che apre la discussione *intorno alla possibile separazione ... delle questioni e del giudizio in diritto dalle questioni e dal giudizio di fatto* [corsivo nel testo] ricordando come «Napoleone I aveva detto già in seno al Consiglio di Stato che "la distinction entre les juges de droit e les juges de fait est dans la nature des choses". Ma non sembra che fosse cosa molto semplice a ritenere perché tutti i legislatori europei del continente... si affacciarono, e pare sinora con poco profitto, per determinare la formola vera di tale distinzione, e molti sono gli scrittori e i giuresconsulti autorevoli che ritengono vano ogni conato di questa specie, così da dover far disperare di trovarne mai il modo».

<sup>63</sup> G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.*, § 1849, 344.

<sup>64</sup> G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.*, § 1849, 344-5, anche per la descrizione delle opzioni della giuria per un verdetto di colpevolezza in ordine al fatto di reato meno grave (anche in tal caso spesso per evitare, in caso di condanna, la pena capitale); *ivi*, 356 ss. per ulteriori approfondimenti.

<sup>65</sup> G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.*, § 1849, 345-6 ove si sottolineano, diverse modalità di realizzazione: in Italia "la proposizione delle questioni è improntata al principio della assoluta separazione del diritto e del fatto attribuendo la decisione di questo ai giudici popolari, e la decisione di quello ai giudici togati". Come sottolinea L. LUCCHINI, voce *Corte d'assise*, cit., 26 e come si è ripetutamente ricordato il sistema anglosassone non conosceva le questioni.

<sup>66</sup> G. BORSANI - L. CASORATI, *op. cit.* § 1850, 347 ss.

<sup>67</sup> L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 38, 43, è lapidario: «le origini del codice processuale italiano sono da ricercarsi nella legislazione francese: esso non è che una copia, qua e là ritoccata, del codice napoleonico del 1808». Sulle scelte del codice napoleonico cfr. in dettaglio, con spunti critici, B. SCHNAPPER, *op. cit.*, 175 ss. Rispetto al modello inglese, anche il ruolo del presidente italiano è oggetto di critica. Come rileva L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 151, 179 e per una ulteriore discussione sul valore di tale riassunto anche *ivi*, § 315, 344-345: «Nei giudizi popolari, che non ammettono motivazione di verdetto, costituisce surrogato della motivazione e preparazione del verdetto medesimo il riassunto presidenziale del dibattimento... che richiede, onde riesca utile, autorevole e imparziale sussidio ai giurati, senza compromettere le ragioni della verità e della giustizia, che la posizione del presidente sia molto elevata e rispettata e che il dibattimento sia informato al sistema accusatorio. Quindi non può approvarsi il riassunto qual è regolato nel procedimento italiano, a sistema misto, costituendo un esorbitante potestà del presidente; per cui ben si giustifica la chiestane soppressione».

<sup>68</sup> Dal 1865 si tratta di giudici del tribunale in luogo dei precedenti consiglieri d'appello per ragioni di economia: L. LUCCHINI, voce *Corte d'assise*, cit., 38.

fatto o i fatti che formano il soggetto dell'accusa e che costituiscono gli elementi materiali e morali del reato imputato, senza dar loro alcuna denominazione giuridica?)<sup>69</sup> al fine di eliminare qualsiasi riferimento al diritto, anche sotto il profilo della qualificazione giuridica.

È significativo, tuttavia, che lo stesso autore della riforma del 1874 (Casorati) “*fniva col riconoscere che, eliminato pure il nomen iuris dalla questioni ai giurati e proscritta qualsiasi denominazione giuridica, non rimaneva meno insoluto il quesito della separazione del giudizio sul fatto da quello sul diritto, così da far credere introvabile una linea di demarcazione tra i due*”<sup>70</sup>. L'illusoria speranza tra fatto e diritto colora di un aerea di irrazionalità l'intero giudizio<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Per questa ricostruzione e le diverse citazioni v. ancora L. LUCCHINI, voce *Corte d'assise*, cit., 33. L'ultima riforma riprende molto dall'esperienza francese ove nella sale delle deliberazioni si leggeva: “*La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convancuns; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la sufficance d'une preuve; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le sincérité de leur conscience, quelle impression on faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et le moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: «Vous tiendrez pour vraiz tout fait attesté par tel ou tel nombre de temoins»; elle ne dit pas non plus: «Vous ne regardez pas comme suffissament établie toute preuve que ne sera pas formée de tel proceés-verbal, de telles pièces, de tant de temoins ou de tant d'indice»; elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: «Avez-vous une intime conviction?»*» Il testo è citato da A.C.A. MANGIAMELI, *Dal pre-giudizio al giudizio note in margine al sistema della prova*, in *Inchiesta penale e pre-giudizio, una riflessione interdisciplinare*, a cura di P. MARCHETTI, Ed. Scient. It., Napoli, 2007, 65; *ivi*, 65-66 anche l'analoga formula con cui il Presidente della Corte d'Assise francese si rivolgeva ai giurati e il testo, pressochè identico, dell'attuale art. 353 del codice di procedura penale francese.

<sup>70</sup> Cfr. ancora L. LUCCHINI, voce *Corte d'assise*, cit., 33 che a tal fine cita il lavoro di CASORATI, *Intorno alla competenza dei giudici e dei giurati*, in *Riv. pen.*, vol. XII, 321. *Ivi*, 34 l'Autore prosegue poi elogiando Glaser che, riprendendo l'esperienza inglese ove «*il giudice divide coi giurati la missione d'applicare la legge ai fatti della causa*», disponeva che, per il codice austriaco del 1873 «*nella questione principale devono comprendersi tutti gli estremi legali del reato (§ 318)*» e, dall'altro, il presidente è tenuto a spiegare ai giurati «*i caratteri legali del reato e il significato delle espressioni legali contenute nelle questioni (§ 325)*».

<sup>71</sup> Emblematica, tra le molte, l'esperienza toscana, e più nello specifico la legge del 2 agosto 1838, (sostanzialmente un Codice dell'organizzazione giudiziaria che pure non prevedeva la giuria): “*ai sensi dell'art. 222 della [quale] i giudici decidono soltanto intorno al fatto e a seconda della loro convinzione morale, senza essere vincolati all'obbligo di dare i motivi delle loro decisioni; nondimeno i giureconsulti toscani unanimamente ritengono che per convinzione morale, espressione non troppo ben scelta dal legislatore, non vuolsi già intendere quella convinzione che basta per i giurati, ma sì bene che i giudici debbano dirigersi nelle ricerche della certezza secondo le norme della ragione.*”: C.G.A. MITTERMAIER, *Il processo orale accusatorio pubblico e per giurati secondo le varie legislazioni*, vers. dal tedesco, Calderini-Zanichelli, Reggio Modena, 1851, 127 (per la denominazione come “*codice*” alla legge indicata) e 129 per la successiva citazione.

#### 4. La ricezione della giuria quale simbolo di libertà nell'Assemblea costituente del 1791

L'istituzione della giuria negli ordinamenti di diritto continentale, anche là ove si ispirò al modello francese, fu differente da Paese a Paese<sup>72</sup>: diversa fu la configurazione della natura della decisione dei laici, diverso ne fu l'oggetto, diversa ne fu l'articolazione con riferimento ai rapporti con il/i giudice/i togato/i<sup>73</sup>. L'unica nota comune alla diffusione dell'istituto della partecipazione dei laici alla giustizia nel XIX secolo fu solo la forza evocativa della giuria, dal punto di vista politico emblema dei diritti del nuovo cittadino<sup>74</sup>.

Come è stato osservato da uno studioso contemporaneo, il paradosso della giuria risiede nel fatto che al suo successo politico ha corrisposto il suo fallimento giudiziario<sup>75</sup>. Nulla di quanto accadeva nel sistema anglosassone, e che sarebbe stato compreso correttamente solo dopo la Rivoluzione, ebbe un qualche riflesso nel territorio francese, i cui esponenti rivoluzionari furono abbacinati esclusiva-

<sup>72</sup> Cfr. efficacemente C.G.A. MITTERMAIER, *Das Volksgericht in Gestalt der Schwur- und Schöfengerichte*, cit., 8 ss. per una panoramica dell'istituzione negli ordinamenti anglosassoni (in particolare Inghilterra, Scozia) e nel diritto continentale (stati tedeschi, Francia) nonché, anche per la storia della giuria nella prospettiva dello studioso continentale, ancora ID., *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 362 ss. Sulle diverse discipline in tema di giuria, con particolare riferimento ai criteri di selezione, dalle normativa norvegese a quella ungherese, austriaca o statunitense cfr. anche la voce *Giurati* di A. ZERBOGLIO, in *Enc.giur,Italiana*, Vol. VII, PI, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1914, 807 ss.

<sup>73</sup> Emblematicamente, su alcuni osservazioni del quale cui si avrà modo di soffermarsi ancora, v., per rimanere nelle citazioni dell'epoca, il lavoro di C.G.A. MITTERMAIER, *Il processo orale accusatorio pubblico e per giurati secondo le varie legislazioni*, cit.

<sup>74</sup> Cfr. paradigmaticamente le argomentazioni, sociologiche e giuridiche insieme, dello stesso C.G.A. MITTERMAIER, *Die Lehre von Beweise im deutschen Strafprozesse*, op. cit., 101 ss., ove l'Autore disamina vantaggi e svantaggi della giuria, ovvero di un governo composto di laici, ricusabili dall'imputato, che decidono secondo la propria *intime conviction* senza motivare nè alla luce di specifiche regole probatorie. In senso critico l'Autore ricorda, tra l'altro: il caso che può governare la scelta dei dodici giurati, che potrebbero anche risultare del tutto inidonei; i pericoli connessi a valutazioni che, prive di regole e di motivazione, potrebbero anche costituire il risultato di una mera (e infondata) intuizione assolvendo il colpevole e viceversa; il giudizio come risultato di una dinamica dei vari componenti del collegio, ad esempio dei più loquaci; l'assenza di alcuno strumento di impugnazione; la ben nota incidenza delle remore costituite dalla severità della pena che potrebbe essere comminata che stravolgono il giudizio di colpevolezza o innocenza secondo parametri diversi dalla fondatezza o meno dell'accusa (*ivi*, 101-102); l'illusione (con l'espressione di Fuerbach) di quella distinzione tra fatto e diritto che dovrebbe differenziare giuria e giudice togato poiché in realtà le cosiddette questioni di fatto contengono innumerevoli profili di diritto (*ivi*, 103). A favore dell'istituto l'Autore sottolinea come i giudici laici possano essere più vicini alla sensibilità sociale di quanto possano essere i giudici togati, avendo maggiore sensibilità nella valutazione di certe circostanze di fatto, ad esempio proprio in tema di diffamazione a mezzo stampa (*ivi*, 106-7). La struttura dell'organo, inoltre, prevedendo un numero di componenti superiore a quello previsto nei collegi togati (dodici persone rispetto a tre), può contribuire ad una maggiore affidabilità della decisione (*ivi*, 108).

<sup>75</sup> In tali termini, B. SCHNAPPER, op.cit., 238.

mente dal valore politico dell'istituto. Né alla giuria, quale istituzione giuridica, fu dedicata specifica attenzione dai successivi legislatori sul continente<sup>76</sup>.

Dal punto di vista giuridico, come è stato acutamente osservato a proposito del *grand jury*<sup>77</sup>, nel 1789 in Inghilterra “*an anachronism, more a ceremonial than an instrumental component of the criminal procedure*”, “*in the French reception of the jury system, ... the attempt to transplant the grand jury into France is one of the most important indications that the men who engineered the French reception of the English jury system may not have had a very firm understanding of the institutions that they were borrowing*”<sup>78</sup>.

Le vicende del recepimento della “*petty jury*”, nella voce dei suoi più noti protagonisti sul territorio francese all'epoca della Rivoluzione del 1789, racconta una storia per molti aspetti analoga. Non solo la giuria ed i principi in tema di formazione dei relativi principi di giudizio sono intesi, in modo diverso dalla (reale) estensione dei relativi istituti nell'ordinamento inglese di fine Settecento; ma le tappe della ricezione di quanto così già poco precisamente conosciuto, a cominciare dalle richieste contenute nei *cabier de doléance* passando dalla discussione in seno dell'Assemblea costituente sino ad arrivare alla redazione del codice napoleonico, sono altresì caratterizzate da una serie di affermazioni a dir poco tautologiche.

Non è esagerato affermare che giuria e principio del libero convincimento circolarono dalla terra di origine sul continente grazie al particolare alone di libertà che li circondava<sup>79</sup>. Se è relativamente pacifico che la regola dell'*intime conviction* derivi

<sup>76</sup> Nelle parole di A. GABELLI, *I giurati nel nuovo regno italiano*, Milano, Tipografia di G. Bernardoni, 1861, 13, «*Se in luogo di introdurre il giuri come una guarentigia di libertà, lo si fosse accolto come un mezzo particolare di amministrare la giustizia, in modo da accrescere verso di essa la fiducia comune, assicurandolo con forme corrispondenti a quest'ultimo aspetto, si sarebbero evitate, almeno in parte, cangiamenti, che, oltre a render vacillante l'istituzione, fanno nascere il dubbio e la diffidenza sulla giustizia sociale*». Aristide Gabelli (1830-1891), noto positivista e famoso pedagogo (tra l'altro, fece parte del Consiglio Superiore della pubblica Istruzione sino al 1874), politico dell'Italia Unita (parlamentare, fu incaricato da Crispi di elaborare i programmi della scuola elementare dell'obbligo appena istituita), fu anzitutto e prima di tutto un giurista, studiando legge a Venezia, perfezionandosi quindi a Vienna, anche se non conseguì mai la laurea: cfr. G. SIRCANA, voce *Gabelli Aristide*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, in [Treccani.it/enciclopedia/aristide-gabelli](http://Treccani.it/enciclopedia/aristide-gabelli) (Dizionario\_Bibliografico) / (sito consultato il 15.6.2011) per i più opportuni riferimenti con riguardo sia alle sue opere sia alle fonti bibliografiche di riferimento.

<sup>77</sup> Ovvero della giuria d'accusa che sarebbe si sarebbe in breve tempo trasformata in quella che oggi è usualmente denominata giurisdizione istruttoria e che nella forma conosciuta oltremare sarebbe stata abolita da Napoleone.

<sup>78</sup> J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 22.

<sup>79</sup> Cfr. E. GRANDE, *op. cit.*, 43-44 che ritiene che un modello “scientifico culturale” circola se, come nel caso della giuria anglosassone (e nel caso di cui al testo a proposito della pandettistica tedesca e della dottrina privatistica americana dal realismo in poi), “*gode di una posizione di predominio all'interno del proprio sistema*” ove “*è riconosciuta quale componente autorevole del diritto*” ed è “*caratterizzato da un forte metapositivismo metodologico, laddove solo una cultura giuridica di ampio respiro, capace di elaborare indirizzi ed approcci al diritto che trascendano le singole peculiarità locali,*

dalla tradizione maturata nell’ambito del processo davanti ai propri pari sul suolo anglosassone<sup>80</sup>, il trapianto nel Paese ed all’epoca di Robespierre di tale disciplina non fu un fenomeno unitario; natura del giudicante e criteri di giudizio furono considerati l’una indipendentemente dall’altro. E gli istituti circolarono quasi a seguito di una sorta di effetto trascinarsi per la sconfinata ammirazione che destavano le istituzioni inglesi<sup>81</sup> piuttosto che a seguito di approfondite riflessioni sulla loro struttura<sup>82</sup>.

“*A la chute de Napoléon 1<sup>er</sup>.. étaient posés tous les termes antagonistes, étaient fixées toutes les opposition qui en firent l’histoire jusqu’à nos jours. Le jury conçu comme le palladium de la liberté est devenu un mythe puissant*”<sup>83</sup>.

#### 4.1. Giudici, giurati e principio della divisione dei poteri

Anche se l’introduzione del magistrato non professionista nell’ambito delle riforme promosse dall’Assemblea Costituente nel 1789-1790 non fu “*affatto scontata*”<sup>84</sup>, “*una riforma che alla vigilia poteva sembrare remota, e che certo non molti francesi chiedevano, fu fatta considerare sin dall’inizio come indiscutibile da parte dei pochi costituenti che davvero la volevano*”<sup>85</sup>.

Le ragioni di una simile, rapida ed in qualche misura acritica ricezione, sono probabilmente da individuarsi nello stesso coinvolgimento nella funzione giurisdizionale di giudici non professionisti, in quanto tali contrapposti sia al potere legislativo sia al potere giudiziario: mitigando l’eccessiva durezza di certe disposizioni sanzionatorie<sup>86</sup> del primo; lasciando al secondo la mera applicazione della legge.

L’applicazione della legge nel rispetto (anche) della particolare sensibilità popolare costituiva una ben precisa limitazione dello stesso potere legislativo che,

*può aspirare all’emanazione di quel fascino che la fa apparire come un prodotto non esclusivamente nazionale e quindi desiderabile da parte di altri sistemi”. V. anche E. AMODIO, Miti e realtà della giustizia nordamericana. Il modello accusatorio statunitense e il codice procedura penale del 1989, in Processo penale diritto europeo e common law, Milano, Giuffrè, 2003, 195, per il significato che ancora oggi un certo istituto può avere su questo piano, al fine del suo trapianto da un sistema all’altro: in occasione del primo codice dell’Italia repubblicana, dal sistema accusatorio statunitense, paradigmatico della tutela nel processo dei diritti fondamentali della persona, al suolo italiano.*

<sup>80</sup> Cfr per tutti ancora J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, *supra*, sub nota 2.

<sup>81</sup> Cfr. esemplificatamente, all’Assemblea Costituente, Andrien Dupont (citato da A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria all’Assemblea costituente*, cit., 96) secondo il quale la giuria, vero palladio di libertà, costituiva l’unico ed il più efficace strumento per superare il sistema delle prove legali.

<sup>82</sup> Sulla circostanza che, nella circolazione dell’istituto, l’alone di libertà di cui si voleva fosse espressione il giudizio della giuria prevalse, anche a scapito dei profili più prettamente di carattere giuridico, cfr. efficacemente C.G.A. MITTERMAIER, *Legislazione e giurisprudenza*, Erlangen, 1856.

<sup>83</sup> B. SCHNAPPER, *op. cit.*, 181.

<sup>84</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria all’Assemblea costituente*, cit., 65.

<sup>85</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *ult. op. cit.*, 89.

<sup>86</sup> Cfr. *supra*, sub note 28 e 32.

per i delitti che non erano più ritenuti tali dalla coscienza sociale, perdeva in tutto o in parte efficacia, in particolare con riferimento ai delitti in materia di libertà di stampa.

Nella prospettiva del bilanciamento tra i poteri, il coinvolgimento di non professionisti nell'amministrazione della giustizia rappresentava per molti profili un'inedita articolazione delle diverse branche dello Stato, ove quella giudiziaria, per la prima volta e in forme diverse nei singoli ordinamenti, si distaccava dalla giustizia regia, da cui sino ad allora era promanata e, il più delle volte, era (direttamente) dipesa. Nell'ottica dell'equilibrio delle componenti delle corti, analogamente, l'attribuzione di quello che era ritenuto (a torto o a ragione) un mero giudizio di fatto esclusivamente a laici, consentiva di sottrarre al giudice professionista quello che era percepito come il giudizio più esposto a decisioni di valore e quindi a valutazioni arbitrarie e talvolta prevaricatorie<sup>87</sup>. Riservare al togato la (sola) applicazione della legge sembrava del resto opzione assolutamente coerente con la montesquieuana figura del giudice quale "bocca della legge"<sup>88</sup>. Come osserva Zachariä (1806–1875), invero, poiché i laici avrebbero dovuto deciso della sola questione di fatto, che avrebbero potuto valutare meglio e più correttamente del giurista professionista<sup>89</sup>, a quest'ultimo sarebbe rimasto, opportunamente, il solo ruolo di mero esecutore del potere legislativo<sup>90</sup>.

Si tratta tutti di profili riconducibili alle problematiche proprie e tipiche della riflessione illuminista in tema di divisione dei poteri, al fine di assicurare un corretto esercizio sia delle prerogative regie sia delle particolari specificità dello *ius dicere*<sup>91</sup>.

In quest'ottica, la progressiva affermazione, specie nelle esperienze di diritto

<sup>87</sup> La giuria sembrava dunque attuare anche all'interno dell'attività giurisdizionale il principio della divisione dei poteri (*Gewaltenteilung*), assicurando quell'equidistanza dalle parti e dall'oggetto del processo che il giudice professionista del processo inquisitorio non poteva in alcun modo garantire: per questa ricostruzione W. KÜPER, *op. cit.*, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, 172.

<sup>88</sup> Si ricordi, inoltre, come non sussista un necessario rapporto biunivoco tra illuminismo e abolizione delle prove legali, dovendosi anzi ritenere il sistema delle seconde in qualche misura connaturato alla riflessione illuministica in tema di separazione dei poteri: per tali osservazioni, sia nell'ottica della dottrina tedesca sia di quella francese, v. l'ormai classico lavoro di W. KÜPER, *op. cit.*, 132 ss. che, nel descrivere come la criminalistica tedesca del tempo dell'Illuminismo (*Aufklärung*) recepisce il processo penale di diritto comune e, con esso, il sistema delle prove legali senza modifica alcuna, rileva come tale recepimento fosse del tutto congeniale all'idea di attività giurisdizionale che allora dominava (*"wie sehr sie [die gesetzliche Beweistheorie] ihrer Vorstellung von richterlicher Entscheidungstätigkeit entsprach"*).

<sup>89</sup> W. KÜPER, *op. cit.*, 175 per i riferimenti e l'esatta citazione, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>90</sup> W. KÜPER, *ult. loc. cit.*, che parla del ruolo di "*Subsumptionsautomaten*" del giudice.

<sup>91</sup> Sintomatico a questo proposito il pur conciso giudizio di G. BORSANI-L. CASORATI, *op. cit.*, § 1852, 353 secondo cui, appunto, la giuria "*poggia essenzialmente sul principio della divisione dei poteri*".

continentale<sup>92</sup>, della componente togata su quella laica<sup>93</sup> non costituisce altro che il riflesso, sulla storia delle istituzioni giuridiche, del successo delle prospettive della restaurazione rispetto alle istanze maggiormente innovatrici, esplose soprattutto con le sommosse del 1848, quando appunto la giuria si era diffusa sui territori degli Stati europei.

### 5. L’ignoranza della “law of evidence” e l’abbandono anche del sistema delle prove legali negative

È stato dimostrato che non vi è una implicazione necessaria tra giuria e teoria dialettica della prova<sup>94</sup>. Se pure la giuria nei sistemi di diritto continentale ha cer-

<sup>92</sup> Con riferimento all’esperienza anglosassone, in relazione al controllo del togato sul laico anche attraverso il diritto alle prove v. comunque N. LIEBER, *op. cit.*, 99.

<sup>93</sup> Con riguardo al modello francese, sulla progressiva erosione dei poteri dei laici di fronte all’“ingerenza” del togato, vuoi nell’ambito del riassunto, vuoi con riferimento agli interventi dei togati allorchè i laici non raggiungessero la prevista maggioranza ovvero ancora nell’ambito di certe affermazioni giurisprudenziali sulla procedibilità di un reato per cui era invece intervenuto proscioglimento davanti alla giuria (che a quest’ultimo proposito parla di “*c’était une infraction formidable à l’autorité de la chose jugée et à l’impossibilité d’interner une deuxième procédure sur le même faits*”) v. B. SCHNAPPER, *op. cit.*, 179 ss. Per l’esperienza italiana cfr. invece L. LUCCHINI, voce *Corte d’assise*, cit., 25, che, richiamando il pensiero di Mittermaier, osserva: «*il presidente..gode di una grande autorità, per la sua posizione elevata e per le doti eminenti di cui deve essere fornito. Egli è investito del potere discrezionale (discretionny power) il più ampio nell’esercizio delle sue attribuzioni, sino al punto di poter sospendere il giudizio e licenziare i giurati. A lui spetta statuire sull’ammissibilità delle prove ....ed egli infine rivolge ai giurati un’istruzione (charge) che contiene il riassunto della discussione, indicando e spiegando i quesiti sui quali deve soffermarsi la loro attenzione*». Ivi, 26: «*chiude il dibattimento il riassunto finale del presidente, che consta essenzialmente di due parti: l’esposizione sommaria e ordinata delle risultanze processuali e la spiegazione delle questioni giuridiche attinenti alla causa*». Più avanti, a proposito dell’esperienza italiana, ivi, 33, l’Autore ribadisce «*E siccome, d’altra parte, nessuno pensava di voler monomare la potestà sovrana del giurato, e tutti perciò rifuggivano dal voler accordare al giudice togato, che sul continente europeo è ben lungi dal godere la riputazione e la fiducia che gode in Inghilterra, quel potere direttivo e moderatore di cui è colà investito, così fu un’affannosa cura di giuristi e di legislatori nell’invocare spedienti onde ottenere che il verdetto dei giurati, pure inquadrando ni termini della legge il fatto, non invadesse il campo e le questioni di diritto*». Per l’analogia organizzazione della giuria nel sistema tedesco v. P. LANDAU, *op. cit.*, 277 ss., che, a proposito dei poteri del presidente in ordine alla assunzione della prova, del riassunto conclusivo (*Schlussvortrag, Resumé*) e delle domande ai giurati specifica come anche in tal caso il modello di riferimento non possa essere ritenuto quello anglosassone ma quello francese (*ivi*), la citazione del pensiero di PLANCK J.W. che, nel 1857, parlava a questo proposito del *puvoir discrétionnaire* del Presidente appunto secondo il modello francese, al fine di perseguire la verità, “*zur Aufklärung der Wahrheit zu erlangen*”).

<sup>94</sup> Riferisce dell’opinione di A. GIULIANI (*op. cit.*) secondo cui lo sviluppo della *law evicence* anglosassone è improntata alla concezione originaria della prova come *argumentum*, M. NOBILI, *op. cit.*, 11-12. Cfr. ampiamente A. GIULIANI, *op. cit.*, 216 ss. specie 220 ss. là ove l’Autore ricostruisce la concezione classica della prova come *argumentum*, quale “*result of a complex development of rhetorical and dialectical theories*” e si sofferma sui principi sottesi a questa concezione, ovvero: a) una teoria

tamente contribuito alla diffusione del principio dell'*intime conviction*<sup>95</sup>, la sua ricezione non ha comportato lo sviluppo di una sensibilità in tema di prova analoga a quella dei Paesi anglosassoni<sup>96</sup>. Più precisamente, e provocatoriamente, la circolazione della giuria, o meglio del modello francese del giudizio dei laici, non si è accompagnata ad una riflessione in tema di prova analoga a quella che si è sviluppata nel medesimo periodo in Inghilterra<sup>97</sup>.

A quel tempo, probabilmente anche a causa dell'iniziale equivoco sulla ritenuta e infondata rigida separazione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, solo pochi autori di diritto continentale, pure anch'essi affascinati dalla particolare autorevolezza dell'organo laico, sono riusciti a inquadrare correttamente il principio del "libero convincimento" e ad opportunamente circoscriverlo, al fine di non ridurre la disciplina della prova ad una mera questione di libertà nella valutazione del relativo materiale.

Il primo fu senz'altro l'Incorruttibile. Nella citazione di Hélie<sup>98</sup>, per Robespierre era chiaro che *"la legge non può lasciare alla sola coscienza del giudice il diritto di decidere arbitrariamente. Ella gli dice: tu non condannerai se contro l'accusato non*

della formazione dell'*"issue (status, constitutio causae)"*, quale centro dell'argomentazione, per cui *"proofs are rigidly selected and subordinated to the issue "ad quem probationes partium referantur"*; b) una teoria del probabile e del normale non formulata secondo una prospettiva statistica ma basata su basi etiche; c) una teoria della rilevanza della prova formulata in termini negativi (certi metodi sono esclusi per evitare determinati errori). *Ivi*, 221 ss. la storia dello sviluppo della retorica e della dialettica da Aristotele sino all'*ars disputandi* nelle università medievali e alle procedura romano-canonica. Significativa, comunque anche l'osservazione di J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 33, secondo il quale *«the English did have some rules about proof, the so-called rules of evidence, which began an enormous expansion in the second half of the eighteenth century that continued to modern times. The origins of this development are little understood. It was probably associated with the rise of counsel in criminal trials and seems to have been heavily influenced by patterns of pleading and proof-taking in civil jury procedure»*.

<sup>95</sup> M. NOBILI, *op. cit.*, 12-3 e *sub* nota 14 là ove ricorda: *"non è comunque in contrasto con le opinioni di GIULIANI [che ha confutato la tradizionale opinione che vede nella law of evidence anglosassone una conseguenza del sistema delle giurie popolari], affermare che nei paesi di civil law fu, invece, proprio la giuria la principale causa della adozione del sistema del libero convincimento. Ciò non condusse ai medesimi risultati dei paesi anglosassoni – in ordine alla concezione della prova – proprio perché non esiste una implicazione necessaria tra giuria e law of evidence"*.

<sup>96</sup> M. NOBILI, *ult. loc. cit.* che, citando ancora GIULIANI (*op. cit.*, 248 ss.), rammenta come tra il XV e il XIX secolo il sistema scozzese, ad esempio, abbia conosciuto una concezione dialettica della prova senza prevedere la giuria.

<sup>97</sup> Come osserva J. H. LANGBEIN, *The English Criminal Trial*, cit., 33-4, peraltro, *«the law of evidence has become a vast, clumsy, largely self-defeating body of rules, creating work for lawyers and appellate courts, while making jury trials so complex and time-consuming that they can no longer be regularly employed. There is no sadder paradox in comparative legal history than to observe the English in the later eighteenth century beginning to produce a law of proof nearly as bad as the one that the Europeans were just then abolishing»*.

<sup>98</sup> F. HÉLIE *op. cit.*, vol. II, 443. *Ivi*, 439 il ricorso a Mittermaier per la definizione di prova *"che [inoltre] può nondimeno esser preso in doppio significato, come mezzo onde giungere alla conoscenza della verità e come espressione di una verità già acquisita"* citando altresì Bentham.

esistano prove più chiare della luce del giorno. La legge ha stabilito inoltre talune regole per l’esame e l’ammissione delle prove; senza l’osservanza di queste regole i giudici non potrebbero condannare, sia qualsivoglia il loro convincimento. Le regole esistono, fa d’uopo che la loro osservanza si affermi, e mezzo di affermarla è la scrittura; senza di che si romperebbe il freno all’arbitrio e al dispotismo. La società deve essere sicura che l’accusato sia condannato alla base di prove incontrastabili...bisogna dunque conciliare la fede dovuta alle prove legali con quella che merita l’intimo convincimento del giudice (Tornata del 4.1.1791)”. Secondo Robespierre il principio dell’*intime conviction* non avrebbe potuto né dovuto essere sufficiente per pronunciare una condanna; per arginare l’arbitrio del giudicante sarebbe stato necessario prevedere comunque, ed anche, un sistema di prove legali, nell’ambito di una procedura che avrebbe dovuto rimanere scritta, in deroga al principio dell’oralità<sup>99</sup>.

L’accertamento giurisdizionale, sia esso proveniente da un togato, sia esso rimesso ad un laico, in quanto esercizio di potere deve conoscere dei limiti<sup>100</sup>. E come la dottrina più attenta del XX secolo avrebbe individuato anche nella *law of evidence* “un sistema di prove legali, seppure mitigate”<sup>101</sup>, così anche a ridosso della ricezione dell’istituto della giuria sul continente, alcuni dei maggiori esponenti dell’illuminismo, specie di area tedesca, non abbandonarono la riflessione sul punto in nome del principio del libero convincimento.

Significativa a questo proposito, anche perché molto simile alle riflessioni sviluppate da Robespierre, è l’elaborazione di un sistema di prove legali negative, sulla scia del pensiero di Feuerbach<sup>102</sup> e, prima di lui, dell’italiano Filangeri, secon-

<sup>99</sup> Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *La giuria all’Assemblea costituente*, 107 ed *ivi*, nota 235 che cita espressamente in francese il già citato pensiero del grande rivoluzionario (“*la loi ne peut pas abandonner à la seule conscience du juge le droit de décider arbitrairement [...] Il faut [...] réunir et la confiance qui est due aux preuves légales et celle que mérite la conviction intime du juge*”). Nella nota successiva i riferimenti all’opportunità della procedura scritta. Anche Tronchet, anziano ed autorevole avvocato già *bâtonnier* dell’ordine di Parigi, riteneva che non ci fosse contraddizione alcuna tra la procedura scritta (e, con essa, un sistema di prove legali) e il principio del libero convincimento: v. A. PADOA SCHIOPPA, *ult. op. cit.*, 98 e 109, ed *ivi*, in nota, una simile opinione contro l’oralità espressa da Condorcet; *ivi*, 115 anche i successivi interventi di Tronchet nei quali negava che l’oralità si identificasse con l’*intime conviction* e che il procedimento scritto comportasse a sua volta necessariamente un sistema di prove legali.

<sup>100</sup> Sul sistema delle prove legali come forme di contenimento dell’arbitrio dell’organo giurisdizionale v., tra i molti, per l’efficacia della sintesi W. KÜPER, *op. cit.*, 174 ss.

<sup>101</sup> M. NOBILI, *op. cit.*, 10-11 anche per i necessari riferimenti bibliografici degli Autori che si esprimono in tal senso: BONNIER, CAPPELLETTI, DENTI, RACHED, RADBRUCH e, in particolare, TARUFFO (*ivi*, sub nt. 10).

<sup>102</sup> Cfr. N. LIEBER, *op. cit.*, 154-155 e *ivi* 145-147 l’analisi del pensiero di Feuerbach (1775-1883) sulla istituzione dei giudici laici, che, politicamente incompatibili con uno Stato assoluto, erano criticati anche da un punto di vista giuridico, per la impossibilità, almeno nella versione francese, di distinguere il giudizio di fatto da quello di diritto. Come *ivi* ricordato, peraltro, la posizione di Feuerbach non può essere inserita tra gli oppositori della giuria. Semmai deve essere proprio letta alla luce

do il quale, come è noto, una pronuncia di condanna avrebbe potuto seguire solo alla congiunta presenza delle prove richiesta dalla legge e della certezza morale da parte del giudice. Più in particolare il grande giurista napoletano, dopo aver premesso che “*il legislatore dovrebbe stabilire che i giudici destinati ad esaminare la verità dell'accusa avessero tre risposte da dare: l'accusa è vera, l'accusa è falsa, l'accusa è incerta*” precisa: in caso di risposte affermative, nel primo caso dovrebbe seguire la condanna, nel secondo l'assoluzione, nel terzo la sospensione del giudizio, e in ogni caso la libertà dell'accusato<sup>103</sup>.

Altrettanto sintomatica di una elaborazione che avrebbe potuto aprire orizzonti fecondi di ricerca qualora fosse stata perseguita, è la posizione di Mittermaier. Lo studioso tedesco, dopo essersi chiaramente orientato contro i pregiudizi che vedevano l'istituto della giuria incompatibile con qualsiasi *Beweistheorie*<sup>104</sup>, influenzato dal pensiero dell'americano Livingstone<sup>105</sup> era giunto alla conclusione che regole legali avrebbero dovuto essere previste anche di fronte ad una giuria<sup>106</sup>. Qualche

della sue riflessioni in tema di prove legali negative; qualora si fosse dovuto abbandonare un sistema di prove legali, piuttosto che affidarsi al principio della libera valutazione, avrebbe dovuto ritenersi male minore l'affiancare il giudice togato ai laici, che lo avrebbero potuto controllare. Sulla posizione di Feuerbach, che scrisse sulla giuria all'esito di un viaggio nei territori francesi e sulla base degli studi dei classici inglesi e americani (in particolare EDWARD LIVINGSTON, il cui libro sulla legislazione penale della Luisiana contiene una ampia parte sul regime delle prove e che Feuerbach pone a base delle proprie ricostruzioni in tema di prove legali negative) cfr. P. LANDAU, *op. cit.*, 246.

<sup>103</sup> G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione, tomo III (delle leggi criminali)*, (composto nel 1781); cit. dalla 1<sup>a</sup> ed veneta, Venezia, 1793, 195-196, che quindi prosegue, esemplificando: “*Per dichiarare vera l'accusa bisognasse che la certezza morale del giudice sia unita al criterio legale; che per dichiararla falsa, dovesse mancare l'una e l'altro; e per dichiararla incerta, che vi fosse soltanto una delle due cose in favore dell'accusa, vale ch'essendovi la certezza morale del giudice, mancassero le pruove legali stabilite dalla legge, o essendovi le pruove legali, mancasse la moral certezza del giudice. Che ne deriverebbe da quello? Il giudice non avrebbe l'arbitrio illimitato né di condannare, né di assolvere giacchè non basterebbero la sua sola moral certezza né per condannare, ne per assolvere; egli non sarebbe neppure barbara coazione di tradire la sua coscienza nel dichiarar vera l'accusa, perché accompagnata dalle giuridiche pruove, quando, malgrado tutto questo egli avesse ragioni da dubitare della sua verità; la legge sarebbe un freno all'arbitrio dei giudici, e la coscienza dei giudici un rimedio alla necessaria imperfezione della legge. L'una e l'altra da se sola avrebbe bastante forza, per garantire l'innocenza; ma né l'una né l'altra avrebbero bastante forza per opprimerla. Per fare che un innocente fosse condannato bisognerebbe che si combinasse contro di lui l'esistenza delle pruove legali, coll'errore o colla malvagità dei giudici*”.

<sup>104</sup> Cfr. il riassunto del pensiero di Mittermaier (elaborato nell'articolo *Die gesetzliche Beweistheorie in ihrem Verhältnis zu Geschworenengerichten*, in *Neues Archiv des Criminalrechts* 12 (1832), 488 ss) in P. LANDAU, *op. cit.*, 248-249.

<sup>105</sup> Cfr. ancora P. LANDAU, *op. cit.*, 249 che ricorda come nell'articolo di Mittermaier citato *supra* alla nota precedente il *Code of Evidence* di Livingstons occupi dieci pagine.

<sup>106</sup> “*Auch in einer auf Geschworenengerichte gebauten Criminalordnung gesetzliche Beweisvorschriften gegeben werden sollen*”: citato in P. LANDAU, *op. cit.*, 249 che osserva come il pensiero del grande tedesco si sarebbe poi perfezionato nel volume *die Lehre von Beweise* del 1834. A quest'ultimo proposito cfr. invero MITTERMAIER che, nel discutere i sistemi di prove legali nella *Teoria della prova*

anno più tardi, tuttavia, l’Autore, probabilmente colpito anche dalle osservazioni di Tocqueville, ed in ogni caso senza seguito, avrebbe ritenuto inidoneo il modello americano per il sistema europeo<sup>107</sup>.

## 6. *L’attribuzione del principio dell’intime conviction al giudice togato: ratio e limiti*

Non sussistono orientamenti univoci nella ricostruzione dei motivi che hanno condotto al riconoscimento del principio del libero convincimento anche al giudizio del magistrato togato<sup>108</sup>. Tutte le circostanze legate alla circolazione di giuria e *intime conviction* sul continente si può dire abbiano concorso in vario modo a tale risultato. La principale causa, peraltro, deve essere probabilmente rinvenuta nella diffusione di tale criterio di giudizio fuori dal suo originario contesto, svincolato dalle specifiche peculiarità che lo caratterizzavano in Inghilterra.

La recezione nel nostro Paese è storia nota. Esclusa da Napoleone l’opportunità di introdurre nel nostro Paese l’istituto della giuria<sup>109</sup>, il codice del Regno

*nel processo penale*, cit., 86-94, in ordine all’ordinamento inglese, si sofferma su sei profili: i criteri di ammissibilità (ove tratta, tra l’altro, della esclusione delle prove “ingannevoli”, ad esempio di quelle volte a dimostrare il cattivo carattere della persona e della disciplina dell’“udito dire”); le condizioni perché una prova sia valutata (di regola, solo testimonianze giurate); le modalità di assunzione (“*in qual modo si debba valersi delle prove*”, ove discute dei testimoni del pubblico ministero e del diritto all’esame incrociato); il numero delle prove richieste (istituto ormai in disuso); le presunzioni legali (il principio della presunzione d’innocenza e dell’onere della prova a carico del rappresentante dell’accusa); i criteri di valutazione dell’efficacia delle prove (ove sottolinea l’importanza che i giurati siano avvertiti della necessità di provare il fatto prima di ogni altra questione relativa alla colpevolezza).

<sup>107</sup> P. LANDAU, *op. cit.* 250-1.

<sup>108</sup> Già Hélie aveva avvertito chiaramente il pericolo di affidare il giudice togato al principio del libero convincimento: cfr. in particolare il riassunto del pensiero del grande studioso francese in M. NOBILI, *op. cit.*, 207-208 di cui è ricordata la diffidenza verso la pratica abituale del giudicare che, diversamente dalle questioni di diritto, sconsigliava l’attribuzione al giudice di carriera del criterio di giudizio informato al libero convincimento.

<sup>109</sup> Come ricorda anche C.G.A. MITTERMAIER, *Il processo orale accusatorio pubblico*, cit., 114, “*in alcune parti di questo Paese vennero introdotti i codici d’oltremonte, coll’importante differenza per la procedura penale italiana, che Napoleone stesso non stimò suscettibili i propri concittadini di ricevere il giudizio per giurati. La veemenza delle passioni, lo spirito di partito, che dappertutto facilmente s’insinua, in principal modo la rivalità delle famiglie, che vi domina ancora non poco e l’inclinazione alla vendetta, giusta il consiglio di Napoleone vi rendevano sospetto quell’istituto*”. Precisa quindi in nota l’Autore (*ivi*, nt. 1) “*Napoleone il giorno 7 giugno 1805 dichiarò...ai membri del Corpo legislativo...«non ho creduto che le circostanze nella quali si trova l’Italia mi permettessero di pensare allo stabilimento dei giurati; ma i giudici devono pronunciare come giurati dietro la sola convinzione e coscienza, senza abbandonarsi ad un sistema di semiprove»*». La citazione era allora frequente in tutti gli studi sull’istituto del giudizio da parte dei laici, anche se con parole più o meno diverse: emblematicamente, v. A. GABELLI, *op. cit.*, 6-7. Non è senza significato che l’episodio sia riportato anche da uno dei primi autori

Italice, promulgato a Milano l'8 settembre 1807 “senza adottare il giuri” conservò tuttavia “*tutto quello che questa istituzione poteva avere di vantaggioso*”<sup>110</sup> tra cui, nello specifico, il principio del libero convincimento<sup>111</sup>. Diversamente da quanto sarebbe accaduto in Francia e nella stessa Germania, è solo successivamente all'introduzione dell'*intime conviction* che, “nel 1848 in via eccezionale nel 1859 in via generalizzata” fu introdotto l'istituto della giuria in Italia<sup>112</sup>.

Anche in Francia, analogamente, la diffidenza verso la decisione di giudici non professionisti non travolse il relativo criterio ispirato al libero convincimento. Spezzata l'interdipendenza tra giuria e *intime conviction*<sup>113</sup>, in occasione della discussione in vista della promulgazione del codice del 1808 fu relativamente facile “compensare” l'abbandono del sistema delle prove legali, con l'attribuzione del principio del libero convincimento ai giudici professionisti<sup>114</sup>.

Sfumata la radicale contrapposizione tra le figure di giudicanti laici e togati, entrambi indipendenti rispetto agli altri poteri dello Stato<sup>115</sup>, nel XIX secolo viene progressivamente meno anche la ritenuta antitesi tra le due modalità di giudizio. Non

anglosassoni che, negli anni Trenta, spiegava le recenti riforme italiane nel senso dello scabinato al mondo statunitense: M. PLOSCOWE, *Jury Reform in Italy*, 25 *Am. inst. Crim. L. & Criminology*, 1934-1925, 576. Più di recente v. anche M. NOBILI, *op. cit.*, 201 ss.

<sup>110</sup> Sono le parole che l'ex ministro di giustizia francese Abrial, che aveva contribuito alla stesura del codice di concerto con il Ministro di giustizia del Regno d'Italia Giuseppe Luosi, scrive a Napoleone alla conclusione dei lavori: il passo, ripreso da F. SCLOPIS (*Storia della legislazione italiana*) è citato da M. NOBILI, *op. cit.*, 203.

<sup>111</sup> Come rileva L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 150, 175, peraltro, il principio era addirittura implicito: «*Il principio, comunque enunciato espressamente per il solo giudizio dei giurati, si dovrebbe ritenere comune, secondo lo spirito della legge, a ogni specie di giudizi*».

<sup>112</sup> M. NOBILI, *op. cit.*, 205-206 ed *ivi* 210 ss. per le affermazioni del principio nei codici degli stati italiani pre-unitari.

<sup>113</sup> Come nota M. NOBILI, *op. cit.*, 175-176, sulla base dei diversi pareri redatti dalle Corti d'Appello interpellate in vista di quello che sarebbe poi divenuto il codice del 1808, la diffidenza verso l'istituto della giuria era molto diffusa. Di fronte al fallimento ed al conseguente ripudio del sistema delle prove legali, risultava desiderabile quello della prova morale. Il recupero del criterio del libero convincimento in capo ai giudici di carriera si accompagnò (e in qualche misura concorse a giustificarla) all'abolizione delle giurie. Spezzata l'interdipendenza tra giuria e principio del libero convincimento fu facile ricorrere al secondo per il giudizio dei giudici professionisti, come avvenne nel codice per il regno d'Italia del 1807.

<sup>114</sup> M. NOBILI, *op. cit.*, 176 ss. *Ivi*, 177-178 l'ostilità alla proposta di Berenger, secondo il quale l'attribuzione ai giudici professionisti del principio del libero convincimento avrebbe comportato il riconoscimento a loro di un “potere formidabile”. L'introduzione del principio all'inizio fu solo parziale; poi esso fu esteso, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, anche alle corti inferiori: *ivi* 179. Sui diversi pareri dei magistrati con riguardo specificatamente alla giuria prima del *code d'instruction criminelle* v. altresì B. SCHNAPPER, *op. cit.*, 174-175 anche per l'iniziale ostilità al Consiglio di Stato nei confronti della giuria e la sua successiva riconsiderazione a seguito del definitivo abbandono del sistema delle prove legali.

<sup>115</sup> N. LIEBER, *op. cit.*, 257.

stupisce che, dopo l'epoca dei grandi tumulti del 1848<sup>116</sup>, le scelte dei legislatori di lingua tedesca si siano orientate per l'affermazione del principio del libero convincimento anche nelle decisioni dei giudici togati, sebbene gran parte della riflessione precedente fosse andata in tutt'altra direzione<sup>117</sup>. In Germania, il principio del libero convincimento (*freie Beweivürdigung*) era considerato una precisa alternativa al sistema delle prove legali (*gesetzlichen Beweisregelung*)<sup>118</sup> che, solo per evitare arbitri, era stato inizialmente riconosciuto ai giurati nella valutazione delle prove<sup>119</sup>.

L'*intime conviction* nel giudizio sul fatto non sembrava neppure richiedere un qualche specifico controllo. All'inizio del XIX secolo, a proposito della legislazione del Regno d'Italia, era diffusa la convinzione che "*l'intima convinzione dei giudici determina il giudizio sul fatto*", che, al contrario del diritto, non richiede alcuna motivazione perché "*espressione dell'intima convinzione che producono nell'animo dei giudici i mezzi di prova raccolti secondo la legge*"<sup>120</sup>.

Se l'equivoca scissione tra qualità del giudicante e criterio decisorio avrebbe consentito l'attribuzione al giudice togato del medesimo principio sviluppatosi a proposito della decisione del laico, l'altrettanto ambigua separazione tra fatto e diritto avrebbe fatto perdere di vista le necessarie forme di controllo. Solo le riflessioni degli studiosi più attenti alle modalità del "mistero del processo", a prescindere dalla natura laica o togata dell'organo giudicante avrebbe consentito di superare l'erroneo, irrazionale e istintivo giudizio dell'*intime conviction*<sup>121</sup>. A ben vedere,

<sup>116</sup> La giuria fu introdotta in quasi tutti gli stati tedeschi all'esito dei moti del 1848: v. P. LANDAU, *op. cit.*, 241 anche per l'indicazione del testo di E. SCHWINGE, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, 1926, quale lavoro per la ricostruzione delle vicende della giuria nei territori di lingua tedesca.

<sup>117</sup> W. KÜPER, *op. cit.*, 218-219 anche per le specifiche scelte del legislatore tedesco del tempo che in tema di libero convincimento sarebbero poi state riprese pari pari dal codice di rito di Bismarck, ancora oggi vigente in Germania. Per l'introduzione dell'*intime conviction* negli stati tedeschi v. nello specifico ancora P. LANDAU, *op. cit.*, 281 ss.

<sup>118</sup> Così, espressamente, N. LIEBER, *op. cit.*, 155.

<sup>119</sup> Cfr. ancora N. LIEBER, *ult. loc. cit.* anche per l'osservazione che «*dass die freie Beweivürdigung in Jener Zeit, wie Wilfred Küper es ausdrückte, „geradezu als eine Funktion des Geschworenengericht [W. KÜPER, op. cit., 217] „betrachtet wurde, sollte für die weitere Entwicklung große Bedeutung sein*».

<sup>120</sup> Il testo è quello dell'art. 73 del *Regolamento organico della Giustizia civile e punitiva del Regno*; il riferimento alla motivazione solo in diritto si ricava dal testo degli art. 299 e 300 del Codice. Così M. NOBILI, *op. cit.*, 204.

<sup>121</sup> L'iniziale ricezione dal sistema anglossassone, come ricorda in modo molto efficace ancora Mittermaier, fu segnata da un profondo fraintendimento che ne avrebbe compromesso tutta la successiva vicenda. Le modalità di giudizio previste per la giuria francese, che avrebbe dovuto pronunciarsi "*nach innerer Überzeugung*" senza alcun chiara indicazione in tema di prova furono sin dall'inizio profondamente diverse da quelle proprie dell'esperienza inglese, già allora molto articolate proprio in tema di valutazione probatoria; in quest'ottica, sin dal suo primo operare, la decisione della giuria francese fu volta, del tutto impropriamente, a risolversi in un mera questione di sentimento ("*Gefühlsache*"): C.G.A. MITTERMAIER, *Das Volksgericht in Gestalt der Schwur- und Schöffengerichte*, cit., 13. Sul regime probatorio a quel tempo dei sistemi anglosassoni v. *supra*, § 2 e ancora C.G.A. MITTERMAIER *Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*, cit., 324 ss.

era stata la inesatta e limitata conoscenza del sistema inglese, e più precisamente la convinzione che la asserita mancanza di prove legali nella *common law* fosse addirittura dovuto alla ampia libertà di decisione riconosciuta ai giurati<sup>122</sup>, a indurre i francesi, nella loro (talvolta semplicistica) esaltazione dell'*intime conviction*, a connotare il giudizio dei laici alla luce del principio del libero convincimento.

Tale principio “*non va però inteso in un senso così assoluto da escludere affatto qualsiasi precetto o statuizione legale, che la prudenza legislativa e il coordinamento delle istituzioni possono suggerire*”<sup>123</sup>. Similmente, in Germania, dove pure “*sorse, e si estese, ... l'opinione che la teoria delle prove legali sia dannosa... si venne facilmente agli eccessi, volendosi obbligare i giudici a seguire, al pare dei giurati, soltanto il loro intimo convincimento; laonde non si credette nemmeno più necessario di occuparsi scientificamente della dottrina della prova*”<sup>124</sup>.

Se pure “*altre norme son suggerite e sancite per agevolare e guarentire nel giudice la formazione di un libero e maturo convincimento*”<sup>125</sup>, in particolare con riferimento all'obbligo di motivare, sia in capo ai professionisti che in capo ai laici<sup>126</sup>, il reale

<sup>122</sup> L'osservazione appartiene a U. WESTHOFF, *Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrecht*, Berlin, 1955, come riportata da KÜPER, *op. cit.*, 176, che, 177, argomenta sul punto concludendo che alla dottrina francese rimase del tutto preclusa la conoscenza della reale portata della *law of evidence* britannica. Già C.J.A. MITTERMAIER (*Die Lehre von Beweise*, *op. cit.*, 110), peraltro, parlava della «*Unklarheit, mit welcher der französische Gesetzgeber das englische Institut ziemlich übereilt aus dem fremden Lande nach Frankreich verpflanzte*».

<sup>123</sup> L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 151, 176 che a questo proposito precisa che «*le norme, condizioni e limitazioni in materia anno per oggetto* -1° di assicurare la sincerità degli elementi probatori; -2° di favorire l'economia dei giudizi; -3° di coordinare la prova con le esigenze della penalità; -4° di coordinarla con altri rapporti giuridici; -5° di garantire la base probatoria del convincimento».

<sup>124</sup> L'osservazione è ancora di Mittermaier a circa vent'anni dall'edizione tedesca (del 1834), in occasione della pubblicazione della traduzione nella nostra lingua del suo celebre *Die Lehre von Beweise: im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbucher*: C.G.A. MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*, trad. it. sull'originale tedesco di F. Ambrosoli, Milano, Libreria di Francesco Sanvito, 1858, copia anastatica, 30. La notazione è ripresa anche più avanti, *ivi*, 42-43, discutendo della bontà delle idee del Carmignani a proposito dei pericolosi approcci dei legislatori alle novità senza alcuna seria riflessione, come è appunto il caso dell'“*attribuzione a torto a giudici permanenti del diritto di decidere senza alcuna teoria di prove e secondo il proprio intimo convincimento*”.

<sup>125</sup> L. LUCCHINI, *Elementi*, *op. cit.*, § 151, 178 che poco oltre (179) ribadisce: “*la garanzia più importante in argomento è quella stabilita per i magistrati togati o tecnici, cui è fatto obbligo di motivare le sentenze (art. 323 cod. proc. pen.)*”.

<sup>126</sup> W. KÜPER, *op. cit.*, 221 ss. anche per gli opportuni riferimenti bibliografici; in particolare l'Autore, per dimostrare i suoi assunti, già percepibili all'inizio del XIX secolo, riprende la discussione di C.E. JARCKE (*Bemerkungen über die Lehre von unvollständigen Beweise*, 1825) (e Feuerbach) anche nella particolare ottica della (filosofica) impostazione data al problema del giudizio da parte di Hegel e di Kant, istintivo e irrazionale il primo, volto alla ricerca del consenso di esseri razionali il secondo. Al fine della ricerca della verità, cui deve tendere la decisione penale, l'unica garanzia è data dalla motivazione, dai motivi che conducono ad una certa affermazione e quindi della logica. Con le parole di Jarcke (*ivi*, 223). «*Wollen die Geschworene sich eine Überzeugung bilden, und eine Garantie für die*

problema dell’*intime conviction* risiede proprio nell’effetto-oblio che, almeno alla luce delle sue vicende storiche, tale criterio sembrerebbe aver avuto con riguardo a tutta la riflessione in tema di prova nei sistemi di diritto continentale<sup>127</sup>. La errata convinzione<sup>128</sup> che la regolamentazione della disciplina probatoria sia incompatibile con un giudizio orale<sup>129</sup>, ovvero che la decisione dei laici sfugga a qualsiasi norma in tema di prove<sup>130</sup>, informa ancora oggi il nostro approccio ad un sistema probatorio che, pure nel nuovo codice di rito a vocazione accusatoria, lungi dal proporre una *law of evidence* di stile anglosassone, riproduce argomenti propri di un approccio prettamente inquisitorio.

*Richtigkeit ihrer Überzeugung haben so stehen sie hierin...dem deutschen Richter ganz gleich. Sie müssen sich der Gründe ihrer Erkenntnis bewusst werden, diese einzelne prüfen und prüfen, ob dieselben in ihrer Gesamtheit zu einem Urtheil hinreichen. Dies Alles ist ein Geschäft der Reflexion, demnach können die Geschwornen also die Gewissheit dass ihr Urtheil richtig sey, nur durch Reflexion gewinnen».*

<sup>127</sup> Emblematico, ancora una volta, il pensiero precursore di MITTERMAIER che, nel discutere i sistemi di prove legali nella *Teoria della prova nel processo penale*, teorizza e sistematizza differenti “classi” (ivi, 85 ss.) cui ancora oggi si potrebbe fare utilmente riferimento nella elaborazione di un efficace sistema probatorio: alla prima appartiene l’ipotesi in cui “il legislatore si limita a prescrivere che certe prove non possano assolutamente ammettersi”, ad es. la testimonianza dei parenti o dei fanciulli ovvero che debbano osservarsi alcune formalità (ad es. il giuramento); nella seconda “il legislatore dà anche una istruzione sulle prove non per vincolarvi assolutamente i giudici ma perché la tengano presente durante il processo, come norma fondamentale” (esemplare di questa categoria sono la *common law* inglese, a proposito della quale Mittermaier parla di “copiosa raccolta di precetti stabiliti in diversissime e molteplici condizioni”, e il *Code of evidence* dell’America settentrionale, la terza classe comprende la legislazione prussiana, bavarese ed austriaca (almeno sino al 1848) caratterizzate dalla predisposizione di regole che delimitano i casi in cui il giudice è vincolato ad una pronuncia di condanna, ovvero vi “è espresso divieto di condannare se la certezza non è stabilita con queste tassative prove legali” (ivi, 94); nella quarta classe si trovano i sistemi che, per condannare, richiedono, oltre la certezza legale, anche il convincimento del giudice, quali gli ordinamenti olandesi e del Granducato di Baden del 1845 (ivi, 94); la legge che «sciogla intieramente i giudici del fatto da qualunque teoria di prova» fa parte della quinta classe; infine, “compongono una classe speciale quelle legislazioni che dettano regole di prova in forza delle quali si deve ritenere provato un certo fatto. Ma non è possibile condannare se non vi è anche il convincimento del giudice sulla responsabilità dell’imputato senza dubbio alcuno, come è previsto in parte dal Regolamento austriaco” (ivi, 96).

<sup>128</sup> Cfr. concisamente ma efficacemente C.J.A., MITTERMAIER, *Die Lehre von Beweise*, op. cit., 112, secondo il quale “man irrte sehr, wenn man glaubte, dass die Geschworene völlig sich selbst überlassen, nur ihre Gefühle folgend, urtheilen dürften”.

<sup>129</sup> Come ricorda N. LIEBER, op. cit., 155, era Feuerbach a ritenere il sistema di prove legali, evidentemente inteso in un’ampia accezione, incompatibile con un giudizio orale: tale convinzione, tuttavia, “steht in einem ausfälligen Gegensatz zu der Entwicklung in England, wo bereits im 18. Jahrhundert eine Vielzahl von Beweisregeln entwickelt wäre, welche in 19. Jahrhundert noch weiter ausgearbeitete wurden”.

<sup>130</sup> Cfr. W. KÜPER, op. cit., 218-219 per il pensiero di Zachariä, che, ancora nel 1846, scriveva: “Der besonderen Natur des Geschworenengerichts mag man es für angemessen erklären, dass sein Urteil nicht an gesetzliche Beweisregeln, deren Anwendung durch Rechtskenntnis bedingt ist, gebunden werde; allein für das Urteil rechtsgelehrter Richterkollegen gehören sie zu den unumgänglich notwendigen Garantien und sind durch den Begriff des ihnen anvertrauten Rechtssprechen von selbst gegeben”.



**Il punto su...**  
*La legge del giudice penale.*  
*A proposito di fonti e interpretazione<sup>(\*)</sup>*

<sup>(\*)</sup> I lavori inseriti in questa Sezione riproducono, talora con qualche adattamento, alcune delle relazioni tenute al convegno «Terzo basta? La legittimazione del giudice penale nell'epoca della crisi della legalità», organizzato dall'Unione delle Camere penali italiane e dalla Camera penale locale a Firenze il 14 e il 15 dicembre 2012.



RENATO BRICCHETTI

LO STATO DELLA LEGALITÀ PENALE  
NELLA GIURISPRUDENZA

1. Vi è da parte della giurisprudenza di legittimità una (non so quanto consapevole, né se sempre consapevole) sottovalutazione del principio di legalità processuale, che fa da *pendant* alla tradizionale contrapposta, tendenzialmente corretta, valutazione ed osservanza del principio di legalità sostanziale (del reato, della pena e della misura di sicurezza).

La sottovalutazione tende a tradursi in inosservanza del principio, in nome dell'esigenza di abbandonare formalismi ritenuti "vuoti" in favore di modelli che privilegiano la ricerca, lasciata (o imposta?) al giudice, di modelli concretamente offensivi degli interessi coinvolti.

Si ragiona per principi, conati soprattutto dalla giurisprudenza "europea", talora malintesa, densa comunque di input antiformalistici, che spesso si cerca di travasare nel nostro processo; talora senza considerare che la Corte europea, rivolgendosi a 49 Stati dalle tradizioni giuridiche diverse e dagli ordinamenti disomogenei, incontra difficoltà a rifarsi ad un unico, comune, principio di stretta legalità, preferendo di riflessi informarsi al principio di offensività.

A questa offensiva sostanzialistica la Corte di cassazione non ha saputo resistere, benché da Strasburgo siano giunti anche messaggi di conferma dell'importanza del principio di legalità processuale.

2. Molto si può dire sui termini e sulle ragioni della crisi della legalità.

Sul versante "sostanziale" basterebbe qualche considerazione sull'attuale stato del diritto penale d'impresa per rendersi conto di quanto sia profonda questa crisi.

Si pensi al diritto penale societario, sostanzialmente scomparso, avendone la riforma del 2002 annientato le possibilità operative.

L'antica figura delle false comunicazioni sociali si è trasformata in un magazzino di incriminazioni farraginose.

Si è salvata dal naufragio soltanto la fattispecie di ostacolo alla vigilanza delle autorità pubbliche (art. 2638 c.c.), proprio perché figura imprecisa, come tale piegabile a servire interessi disparati.

Non è da meno il diritto penale fallimentare.

Il riferimento alle soluzioni concordate della crisi nelle sue varie declinazioni ha fat-

to assumere un ruolo centrale alla bancarotta preferenziale, una fattispecie indifendibile sul piano tecnico, la cui tipicità si risolve interamente nella illusoria capacità selettiva del dolo specifico; una fattispecie che già si è prestata ad interventi interpretativi di dubbia (eufemismo) legalità, che mostrano come i giudici siano particolarmente inclini a svolgere un ruolo attivo nell'ambito della loro attività interpretativa, sino a trasformarla non di rado in attività "creativa": si pensi all'interpretazione della condotta di "simulazione di titoli di prelazione" al cui paradigma si è soliti ricondurre anche le ipoteche, effettivamente costituite a favore del creditore, in tempi sospetti e in costanza dell'insolvenza, seppur al fine di "trasformare" un credito chirografario in privilegiato.

Le menzionate procedure solutorie di taglio privatistico pongono all'interprete penalista numerosi problemi.

L'intervento recente del legislatore con l'introduzione dell'art. 217-*bis* l.fall. ha creato più problemi di quanti ne abbia risolti.

Un po' meglio l'art. 236-*bis* l.fall., con cui si è scelto di presidiare la corretta formulazione ed esecuzione delle soluzioni privatistiche della crisi, pur destando ombre la genericità della qualificazione come "rilevanti" delle informazioni vere di cui è punita l'omissione e la mancata espressa replica di tale connotazione in riferimento alle informazioni false.

E che dire del diritto penale tributario, che si sta incamminando sui sentieri impervi della criminalizzazione dell'elusione fiscale?

### 3. Torniamo al principio di legalità processuale.

Ho fatto recentemente, per la nostra scuola di formazione, una ricerca sulle decisioni in materia di nullità degli atti.

Il sistema è retto dal principio di tassatività; ciò che dovrebbe rilevare, pertanto, è la statuizione legale e la natura del vizio dovrebbe entrare in gioco soltanto allorché si tratti di individuare il regime della nullità.

Per il verificarsi di una nullità dovrebbe, dunque, essere irrilevante che ricorra un concreto pregiudizio all'interesse protetto dalla disposizione non osservata.

Il che è come dire che, se si diagnostica l'inosservanza di una norma prevista a pena di nullità, se l'atto è inficiato a causa della difformità rispetto al suo modello legale, l'interprete deve trarne la conseguenze che la legge gli indica.

Non può cioè evitare di dichiarare la nullità sul presupposto che l'inosservanza non ha in concreto leso l'interesse processuale protetto (nella maggior parte dei casi, il diritto di difesa).

Il sistema non sembra offrire questa possibilità.

I temperamenti messi a disposizione sono altri e appartengono all'area delle indeducibilità (preclusioni) e delle sanatorie (oltre che, naturalmente, della carenza dell'interesse ad impugnare).

Ciò nondimeno, è ormai la regola imbattersi in decisioni che ricorrono, per riconoscere o escludere la sussistenza di nullità, al criterio di effettività della lesione dell'interesse sotteso alla norma violata (di regola, il diritto di difesa).

Al criterio logico-formale la giurisprudenza preferisce un criterio valoriale, che passa attraverso l'individuazione dell'interesse anzidetto e la verifica della sussistenza di un concreto pregiudizio del medesimo, che utilizza, in altre parole, un metodo diagnostico legato a "valutazioni" empiriche.

4. Valga come esempio quanto accade in tema di correlazione tra accusa e decisione.

L'art. 522, comma 1, c.p.p. stabilisce che l'inosservanza delle disposizioni previste negli artt. 516 ss. in tema di modificazioni dell'imputazione e di diritto di difesa dell'imputato è prevista a pena di nullità (e si tratta di nullità a regime intermedio).

La disciplina dei mutamenti del fatto enunciato e dei poteri del giudice di definizione giuridica del medesimo imporrebbe un approccio rigoroso, dato il coinvolgimento di valori costituzionali (potere-dovere del pubblico ministero di esercizio dell'azione penale e diritto di difesa).

Il giudice può soltanto dare al fatto una diversa definizione (nei limiti di cui all'art. 521, comma 1).

La diversa definizione giuridica del fatto presuppone che esso resti identico o che sia "ridotto"; in queste ipotesi, invero, al fatto contestato non si sostituisce e non si aggiunge nulla.

Soltanto in tali casi (fatto immutato o ristretto), dunque, il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella data dal pubblico ministero o da altro giudice.

Fuori da questi casi si dovrebbe entrare nel fenomeno della modificazione (mutamento) del fatto, nell'area del fatto diverso, interdetta al giudice.

Questi è tenuto, invero, a rispettare il principio dell'immutabilità della contestazione, in assenza di modificazioni ritualmente effettuate dal pubblico ministero.

Il giudice non può modificare il fatto oggetto dell'imputazione, ossia pronunciarsi, senza che vi sia stata rituale modificazione, su un fatto "diverso" da quello addebitato (oltre che, naturalmente, su un fatto nuovo o su una nuova circostanza aggravante mai contestata).

E si ha un fatto "diverso" quando, dato un addebito determinato, risulta che il fatto, pur nella persistente identità dei suoi profili essenziali e, quindi, della regiudicanda, consiste in un'ipotesi storica incompatibile con la precedente (in tal senso, vi è, ad esempio, diversità del fatto quando, contestata una fattispecie colposa, emerge che l'ipotesi è dolosa; quando, contestato un fatto come corruzione, emerge trattarsi di concussione e via dicendo).

L'inosservanza delle disposizioni dettate in tema di modificazioni dell'imputazione determina – come si è detto – la nullità della sentenza.

Qui si innesta, però, l'orientamento giurisprudenziale di cui si diceva, imperniato sul criterio della effettività della lesione dell'interesse sotteso alla norma violata.

Alla nozione strutturale di fatto si tende a sovrapporre un pragmatico concetto funzionale, fondato sull'esigenza di reprimere soltanto le effettive lesioni del diritto di difesa.

In altre parole, i concetti di identità e diversità (oltre che di alterità) del fatto rivelerebbero il loro contenuto in funzione del principio di necessaria correlazione tra accusa (oggetto di potere del pubblico ministero) e decisione (oggetto del potere del giudice), posto essenzialmente a tutela del diritto di difesa.

In tal senso la giurisprudenza è solita affermare che per aversi “mutamento del fatto” occorre sì una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, ma essa deve essere tale da condurre ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione dalla quale scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa.

Si afferma comunemente, per fare un esempio, che, nei procedimenti per reati colposi, la sostituzione o l'aggiunta di un particolare profilo di colpa, sia pure specifica, al profilo di colpa originariamente contestato, non vale a realizzare diversità o immutazione del fatto ai fini dell'obbligo di contestazione suppletiva e dell'eventuale ravvisabilità, in carenza di valida contestazione, del difetto di correlazione tra imputazione e sentenza.

Si restringe in tal modo l'ambito della “diversità”, che esige l'attivazione da parte del pubblico ministero dei propri poteri “contestativi”, e l'osservanza di disposizioni previste a pena di nullità, in favore della “identità” che autorizza l'intervento del giudice.

5. E soprattutto valga come esempio l'arcinota Cass. S.U. 29 settembre 2011, Rossi, che ha affermato che il diniego di termini a difesa, ovvero la concessione di termini ridotti rispetto a quelli previsti dall'art. 108, comma 1, non può dar luogo ad alcuna nullità quando la relativa richiesta non risponda ad alcuna reale esigenza difensiva e l'effettivo esercizio del diritto alla difesa tecnica dell'imputato non abbia subito alcuna lesione o menomazione, e che, soprattutto ha teorizzato l'“abuso del processo” da parte dell'imputato: «L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti».

Qualunque cosa si dica a commento di questo principio (e si è detto, ad esempio, che l'imputato non può abusare del processo, prerogativa del pubblico ministero o del

giudice, semmai può abusare del diritto) non può che passare dalla constatazione che la sua compatibilità con il principio di legalità processuale – come affermato da Padovani – è scarsa.

Dell'abuso del diritto deve occuparsi il legislatore. E può farlo, ad esempio, intervenendo sulla disciplina della prescrizione (in particolare della sua sospensione) o su quella delle impugnazioni.

6. Anche l'insidioso terreno delle inutilizzabilità soffre dei medesimi problemi.

La giurisprudenza si avvale con frequenza, nell'attività di individuazione dei casi di inutilizzabilità "generale", del criterio fondato sulla ricerca dell'interesse tutelato dalle regole in tema di prova.

E ciò al fine di conservare l'efficacia probatoria dell'atto, rifacendosi a valutazioni dell'interesse protetto, del rango del medesimo e dell'offesa concreta al medesimo procurata.

In dottrina si è per contro ritenuto che apprezzamenti siffatti non siano compatibili con il principio di tassatività.

La tenuta di detto principio sarebbe messa in crisi, in tema di inutilizzabilità generale, dall'esigenza di individuare in via interpretativa i divieti probatori.

Il divieto probatorio non è, dunque, di agevole individuazione e non a caso il legislatore che intenda eliminare alla radice ogni discussione imbocca la strada delle inutilizzabilità speciali.

Per l'indicata vocazione alla soluzione dei problemi, le inutilizzabilità speciali si sono moltiplicate.

Quasi ogni novella legislativa in materia di prova ha introdotto previsioni espresse, spesso con la funzione simbolica di rafforzare la tutela di determinati interessi a fronte di orientamenti difformi, tesi a considerare le violazioni come mere irrivalenze oppure a derubricarle all'interno delle nullità sanabili.

La via dell'intervento normativo diretto è stata prescelta anche in forza della presa di coscienza delle incertezze legate alla ricognizione dei divieti probatori attraverso l'arduo raccordo con l'inutilizzabilità generale ex art. 191 c.p.p.



OMBRETTA DI GIOVINE

DAL COSTRUTTIVISMO AL NATURALISMO INTERPRETATIVO?  
SPUNTI DI RIFLESSIONE IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. L'interpretazione dei testi (in generale). Le correnti pragmatiche. – 2. (*segue*). Le correnti ermeneutiche. – 3. Il linguaggio giuridico come sottospecie del linguaggio in generale e le “specialità” del diritto penale. Come nasce la premessa maggiore del ragionamento giudiziario. – 4. La premessa minore: la descrizione del fatto. – 5. I problemi. – 6. Le soluzioni endo-penalistiche ed ordinamentali. – 7. Piccoli rimedi alternativi: lo stato dell'arte. – 8. Proposta: i suggerimenti della psicologia cognitiva. – 9. Conclusioni: le euristiche dell'affetto ed il ruolo delle emozioni nel diritto penale.

1. *L'interpretazione dei testi (in generale).*  
*Le correnti pragmatiche*

Parole e proposizioni, secondo la versione moderata (la più diffusa) delle concezioni pragmatiche, rappresentano un punto di partenza ineludibile nell'interpretazione, ma non possiedono un'area semantica predeterminata. Possono avere vari possibili riferimenti e possono non averne alcuno, come nel famoso esempio de «l'attuale re di Francia è calvo» di Russell ed in tutte le disposizioni c.d. di parte generale del codice penale, che pure non sfuggono (in linea di massima) alla nostra comprensione/conoscenza. Ma l'osservazione più frequente – anche la più importante – è che sono vaghe e talvolta ambigue; vanno quindi saturate e disambiguate dall'interprete.

È dunque possibile attribuire un senso alle parole ed alle proposizioni di cui si compone una frase (e tale è qualunque disposizione legislativa) soltanto guardando all'uso che se ne faccia e dunque al contesto (parole e proposizioni sono *context-sensitive*)<sup>1</sup>.

Il solo dato testuale è autosufficiente nei casi facili o stereotipici, ma ciò implica che le parole siano state in qualche momento saturate o disambiguate e nulla esclude che in futuro debbano esserlo nuovamente.

Ritengo che la validità delle impostazioni pragmaticamente orientate si imponga

<sup>1</sup> Tale contesto può poi essere di vario genere e, in ambito giuridico, è stato recentemente classificato come *prossimale* – a sua volta distinto in: a) contesto situazionale (contesto fattuale) e b) contesto (contesto normativo) – e di *sfondo* o *distale*, che si riferisce alle presupposizioni culturali che rendono possibile la comprensione (contesto culturale, ma – si noti – condiviso dalla comunità degli interpreti). VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, 2012, 132 ss., il quale segue la terminologia della filosofa del linguaggio Claudia Bianchi.

per la loro evidenza, e non mi soffermerò su di esse<sup>2</sup>. Tanto per esser chiara, aggiungo che sono anche utili alla vita (vitalità) del linguaggio (ordinario come giuridico).

Contribuiscono alla temperie *costruttivista* e, almeno nella loro formulazione moderata, non rinunciano all'ideale dell'oggettivizzazione dei giudizi, poiché – molto banalizzando – presumono che esista una comunità di interpreti al cui interno l'uso di parole e di proposizioni sia consolidato o quantomeno consolidabile<sup>3</sup>.

Riepilogando, le teorie pragmatiche si limitano (o dovrebbero limitarsi) ad attribuire rilievo all'uso che si fa di parole e di proposizioni; sottolineano il carattere dinamico ed interattivo del linguaggio anche giuridico, ma difendono una prospettiva se non obiettiva, suscettibile di oggettivizzazione. Non si pongono quindi come un pericolo per il diritto penale.

Per esse nutro grande simpatia.

## 2. *Le correnti ermeneutiche*

Altra cosa, anche per area culturale e geografica di provenienza, sono le correnti *ermeneutiche* (qui assumo una distinzione che, come peraltro accade sempre, in alcuni casi è chiara; in altri più sfumata o soltanto meno consapevole), le quali muovono dalle acquisizioni delle concezioni pragmatiche, ma si spingono oltre. Pongono l'accento sul ruolo della *precomprensione* o *pregiudizio* dell'interprete e quindi sulla dimensione tipicamente soggettiva dell'interpretazione.

Sempre per amor di chiarezza, dichiaro la mia propensione anche per le impostazioni ermeneutiche, precisando però che mi sento ermeneutica più per necessità che per scelta. Mi spiego.

Non penso che l'adesione ad una concezione ermeneutica implichi necessariamente una maggiore divergenza nell'individuazione di soluzioni (anche giuridiche) e quindi anomia. Al contrario, soprattutto nelle società odierne, segnate dal noto fenomeno del pluralismo ideologico, le maggiori distanze si registrano sul piano delle dichiarazioni di principio: cioè su un piano astratto.

Ad esempio, un ambito in cui le distanze ideologiche diventano sistematica-

<sup>2</sup> Non sarebbe d'altronde possibile in questa sede anche solo segnalare la bibliografia essenziale di riferimento. Per una ricostruzione di tali teorie e delle loro implicazioni penalistiche sia quindi consentito rinviare a DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Giuffrè, 2006.

<sup>3</sup> Ciò vale anche e soprattutto per le correnti di pragmatica cognitiva sviluppatasi a partire dalle indagini di Paul Grice sulle «implicature conversazionali». Esse attribuiscono rilievo agli stati mentali dell'interlocutore e non a caso hanno trovato un interessante sviluppo nella Teoria della Pertinenza, che si appella alla capacità di metarappresentazione (e cioè alla teoria della mente), al funzionamento di alcune euristiche e che ora vanta anche evidenze neuroscientifiche. Su tali sviluppi, BIANCHI, *Pragmatica cognitiva*, Laterza, 2009.

mente conflitto è la bioetica. Ho però avuto spesso la sensazione che, avvicinando l'interprete al fatto e riducendo la *distanziamento* prodotta da un "diritto penale per regole", le suddette differenze si attenuino (invero ho anche cercato di comprendere le ragioni di tale fenomeno, ricorrendo ad ipotesi di spiegazioni scientifico-biologiche ed avvalendomi dell'allora nascente dibattito sulla neuroetica<sup>4</sup>).

Ovviamente non sono l'unica a pensarla così. Gli autorevoli Jonsen e Toulmin, con riguardo ad un'esperienza compiuta all'interno di una famosa commissione del Congresso degli Stati Uniti, incaricata di stabilire i principi di bioetica negli anni Settanta del secolo scorso, proponevano di riabilitare il metodo casistico, e notavano: «quando il dibattito si manteneva al livello dei giudizi particolari, gli undici commissari vedevano le cose fondamentalmente nello stesso modo. Nel momento in cui risalivano al livello dei "principi" entravano in conflitto»<sup>5</sup>.

Ora, poiché uno dei fondamenti delle impostazioni ermeneutiche (come già di quelle pragmatiche) consiste nel farsi del testo nel fatto e nella loro circolarità, penso che tali impostazioni, se realmente comprese e praticate con onestà intellettuale, contrariamente a quel che si potrebbe pensare, riducano, e non aumentino, la conflittualità.

Già questa banale considerazione basterebbe a cogliere il portato anti-metafisico, anti-dogmatico ed anti-autoritario che le concezioni ermeneutiche, relativistiche ed in genere post-moderne rivendicano a se stesse. Negando l'esistenza di verità preconcepite, non c'è dubbio che si traducano in un invito al dialogo.

Non preoccupa quindi ciò che l'ermeneutica sostiene; piuttosto, come il suo messaggio viene percepito all'esterno e la facilità con cui può essere frainteso. Emblematica la posizione di Maurizio Ferraris, filosofo *ex* ermeneutico ed *ex* allievo di Derida e di Vattimo, il quale insiste sul rischio che, negando la valenza oggettiva del concetto di verità e delegittimando la tradizione illuministica (che nella verità e nella ragione ha visto uno strumento di emancipazione dal potere), si possa finire con lo *sdoganare* la menzogna ed assecondare nuove forme di oscurantismo.

Non sono del tutto convinta, cioè, che l'obiettivo della post-modernità riesca nell'impresa di realizzare se stesso, senza troppo scalfire quell'*immagine* di affidabilità nelle relazioni interpersonali e cittadino-Stato che rappresenta condizione essenziale per la salute di qualunque ordinamento giudico: il diritto esige semplificazione e fors'anche banalizzazione, se non altro perché si indirizza innanzitutto ai cittadini e solo in seconda battuta ai giudici e agli altri tecnici.

Senza dubbio post-modernità ed ermeneutica rischiano di essere strumentaliz-

<sup>4</sup> DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico*, Giappichelli, 2009.

<sup>5</sup> JONSEN - TOULMIN, *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press, 1988. Ne riferisce adesivamente ATIENZA, *In merito all'unica risposta corretta*, in *Ragion pratica*, 34, 2010, 55.

zate per allargare gli spazi del potere, anziché – come nella loro ambizione – ridurli.

Resta però il fatto che tali rischi non sono scongiurabili semplicemente negando l'esistenza e/o la validità dei movimenti antiformalistici a vantaggio di quelli formalistici. Sarebbe bello, ma non è sufficiente evocare l'esistenza di una *verità* perché questa si materializzi e dissolva nella sua luce<sup>6</sup> i mostri che popolano le tenebre del soggettivismo.

Non basta insomma auspicare che l'interpretazione sia un rinvenimento di senso ed una operazione avalutativa, perché lo diventi.

Come è noto, d'altronde, la tradizione del dialogo tra opposte scuole di pensiero è da sempre segnata dalla lamentela, avanzata dalle concezioni ermeneutiche, di essere fraintese da quelle dichiarative, che ascriverebbero loro un'intenzione prescrittiva e non meramente descrittiva. Per contro, le concezioni ermeneutiche rivendicano di voler non già *orientare* la pratica dell'interpretazione, ma semplicemente descriverne, nella misura più oggettiva possibile, il funzionamento. Ed aggiungono, non senza una punta di risentito orgoglio, che ciò fanno proprio a differenza delle loro antagoniste.

In effetti, è difficile sottrarsi l'impressione che i sostenitori delle concezioni dichiarative le proclamino neutre sul piano delle dichiarazioni di principio, ma poi giungano spesso a conclusioni divergenti, al loro stesso interno, quando si confrontano sui casi concreti.

Semberebbe dunque doversi concludere che, in alcuni ambiti della conoscenza, l'interpretazione ha necessariamente carattere costitutivo<sup>7</sup>.

Ciò dà ragione del dominio culturale oggi esercitato *in generale* dalle concezioni costruttivistiche (vd. tuttavia di seguito).

### 3. *Il linguaggio giuridico come sottospecie del linguaggio in generale e le "specialità" del diritto penale. Come nasce la premessa maggiore del ragionamento giudiziario*

Il passo successivo consiste ovviamente nello sfidare chiunque a negare che il diritto sia un oggetto sociale e che (solo) qui l'interpretazione sia *scoperta* e non *creazione* del diritto.

Non per nulla, come è stato di recente osservato, l'interpretazione, un tempo considerata nel diritto tema secondario rispetto a quello delle fonti, oggi ha acquisito forte evidenza; e non per niente, al suo interno, le teorie pragmatiche si

<sup>6</sup> *Senza violenza*, come vorrebbe DE MONTICELLI, *Importante non nominare il nome di Dio invano*, in AA.VV., *Il bello del relativismo*, Marsilio, 2005, 173 ss.

<sup>7</sup> «Nel mondo sociale [...] quello che sappiamo conta eccome, cioè l'epistemologia è determinante rispetto alla ontologia: quello che pensiamo, quello che diciamo, le nostre interazioni sono decisive»: lo riconosce addirittura il già evocato FERRARIS, in *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, 2012, in part. p. 74.

stanno facendo sempre più strada<sup>8</sup>.

Tocca dunque riconoscere che anche nell'ambito gius-penalistico riferimento e senso contribuiscono *insieme* a delineare il significato delle fattispecie. Aggiungerci, anzi, che il senso (*ratio*) può avere in alcuni casi un peso anche maggiore del riferimento. Incidentalmente, da ciò esce attenuato il divieto di analogia in materia penale: l'interpretazione è una operazione fondata necessariamente su un procedimento analogico. È analogia.

Voci autorevoli del pensiero penalistico, pur concordando nella sostanza, hanno puntellato il discorso con alcune precisazioni: 1) per un verso, negano che una teoria dell'interpretazione possa essere fondata su casi difficili. La sensazione che i casi difficili siano numerosi deriverebbe (direi io:) da una sorta di distorsione conoscitiva fondata sull'euristica della rappresentatività (lo studioso si compiace di intrattenersi soltanto sui casi difficili); 2) per altro verso, pongono l'accento sulla specificità del diritto penale che, per il fatto di incidere su beni primari del cittadino, dovrebbe sottrarsi alla sorte delle altre banche giuridiche<sup>9</sup>.

Quanto al primo profilo, non c'è dubbio che nella gran parte dei casi non c'è (ancora) bisogno di esplicitare gli snodi concettuali delle teorie pragmatiche e/o ermeneutiche per ascrivere un senso alle fattispecie penali. Soltanto, ciò non nega – al contrario – la validità delle impostazioni pragmatiche ed ermeneutiche. Da un lato, nei casi facili, i meccanismi interpretativi funzionano in modo irriflesso ed automatico; dall'altro, da sempre l'osservazione e poi la proposizione per via induttiva di ipotesi di spiegazione generale muovono dallo studio di situazioni anomale. Per restare ad esemplificazioni banali, non abbiamo bisogno di spiegare che realizza un omicidio Tizio il quale punta una pistola al cuore dell'amante di sua moglie, ma piuttosto se ne risponda il medico il quale “stacca la spina” al suo paziente-malato terminale. Non occorre spendere molte parole per capire se è furto quello del borseggiatore sull'autobus, ma per qualificare la condotta dello *sciacallo* che sfilò di tasca il portafoglio ad un cadavere fresco (qui, a rigore, non ci sarebbe un soggetto passivo che *detiene*). Non dobbiamo dilungarci per argomentare che si macchia di peculato il tesoriere che si appropriò dei fondi di cassa di un Ministero, ma se ne risponda il dipendente pubblico che usa il telefono fisso sul lavoro, quando la sua amministrazione paga una somma forfettaria per *tutte* le chiamate (detto diversamente, è “cosa” la particella telefonica di cui, secondo la giurisprudenza, si approprierebbe il dipendente?). Né appare tanto intuitivo stabilire se integri una dichiarazione infedele l'esposizione nella dichiarazione dei redditi di elementi passivi inesistenti in senso naturalistico ma non giuridico, perché indeducibili sulla

<sup>8</sup> Da ultimo, VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata* cit., 1 ss.

<sup>9</sup> DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, 2011, 72 ss.

base della normativa tributaria, peraltro raramente inequivoca. Per giungere ad un (possibile) risultato, in questi casi occorre un'operazione complessa (i giuristi la chiamano teleologica) che tenga tra l'altro conto dei principi e della *ratio* e/o del bene giuridico (per chi ancora crede nell'utilità di questa categoria), a loro volta desumibili dal contesto ed anche, in certa misura, dalla sensibilità del giudicante.

Il secondo profilo, seppure sotto un punto di vista in parte diverso, è stato recentemente revocato in dubbio con argomenti come sempre raffinati da Giovanni Fiandaca<sup>10</sup>. Mi limiterò quindi ad osservare che la presa di coscienza del carattere costitutivo dell'interpretazione risulta oggi agevolata dall'ingresso del costituzionalismo nel diritto penale, fenomeno cui il *multilevel system* europeo ha impresso una forte accelerazione. A tacer d'altro, questo non conosce infatti alternativa all'idea della giurisprudenza CEDU come fonte del diritto e sintetizza il contenuto della legalità nella mera prevedibilità dell'esito giudiziario. Sul punto molto si sta scrivendo, e non sarebbe possibile diffondersi in questa sede<sup>11</sup>. Salvo quanto specificherò di seguito, mi limito ad osservare che o riusciamo a mettere indietro le lancette del tempo per tornare alla legalità formale (legislativa), all'idea che la legge si ispiri per sua natura ad una razionalità di scopo e l'ordinamento ad una razionalità di sistema oppure tocca constatare la progressiva deviazione (anche) del nostro sistema verso la logica del *case law*.

La norma non coincide con la disposizione; è il giudice che contribuisce a crearla, ponendo la premessa maggiore del c.d. sillogismo giudiziario.

Né l'assiologia può essere estratta dalle categorie concettuali penalistiche: al contrario, viene al loro interno insufflata dal giudicante, e ciò accade ancora nel momento del confronto con la concreta vicenda di vita.

Penso alla *successione di leggi penali nel tempo*: dottrina e giurisprudenza sono molto impegnate a chiedersi che cosa accade al p.u. il quale abbia indotto altri a farsi dare utilità e che al momento in cui ha agito era passibile di concussione, oggi che la identica condotta sarebbe punita da un'«Induzione indebita a dare o promettere utilità» (art. 319-*quater* c.p.). Dovrà egli rispondere di questo meno grave reato in ragione dell'evidente derivazione dalla concussione in virtù di una successione di leggi penali nel tempo? Oppure potrà avvalersi di un'*abolitio criminis* parziale, non avendo la nuova fattispecie *continuità di senso* con la prima (è diversamente denominata; altrove collocata e, soprattutto, punisce ora anche l'indotto)? Ancora: la *continuità strutturale* tra le due fattispecie c'è (secondo alcuni, la concussione avrebbe

<sup>10</sup> FIANDACA, Rocco: *è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Criminalia*, 2010, 179 ss. Nega che esistano speciali regole interpretative in diritto penale PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Scritti in onore di Marinucci*, Giuffrè, 2006, p. 520 ss.

<sup>11</sup> Sul fenomeno e sui primi segnali di una sua involuzione, mi permetto di rinviare a DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013, I, pp. 159 ss.

una struttura bilaterale) oppure manca (altri ritengono che il concorso necessario presupponga la punibilità di entrambi i protagonisti)? E siamo davvero certi che la nostra preferenza per una delle due soluzioni non sarebbe condizionata dal fatto che l'imputato sia un *quisque* pubblico ufficiale piuttosto che un potente il quale abbia indotto un poliziotto a rilasciare una giovane detenuta, sua compagna di giochi?

#### 4. *La premessa minore: la descrizione del fatto*

Problemi a mio avviso anche maggiori affliggono la premessa minore, il cui studio è stato finora negletto dai sostanzial-penalisti ma in cui si rinvengono, come dirò di seguito, spazi per piccoli aggiustamenti suscettibili di migliorare le decisioni (di noi tutti e quindi anche) dei giudici.

In un folgorante libricino del 1965, Joachim Hruschka, allievo di Karl Larenz, fotografava i meccanismi della precomprensione e del circolo ermeneutico, parlando di «preformazione categoriale» del fatto<sup>12</sup>. Egli spiegava come della vicenda storica vengano selezionati soltanto gli aspetti coerenti con l'ipotesi accusatoria e quindi con la premessa maggiore del ragionamento: insomma con la norma (come interpretata) di cui si ipotizza l'applicazione.

Così, in un caso di incidente stradale, la prima circostanza da indagare sarà se il guidatore si atteneva al margine destro della carreggiata. Tale dato è in tanto rilevante in quanto vi attribuisce importanza il codice della strada<sup>13</sup>. E potremmo continuare, domandandoci se il guidatore era giovane oppure esperto, sobrio oppure ubriaco; se rispettava i limiti di velocità o meno ecc. (resterà invece irrilevante ogni circostanza concernente il suo aspetto fisico o il modo in cui era vestito).

Così come «le fattispecie legali [...] sono il frutto di un rilevamento di senso delle vicende storiche sottostanti», similmente «il pensiero [...] è in grado di comprendere i casi individuali solo nei nessi generali di significato»<sup>14</sup> che deriviamo appunto dal contesto anche giuridico nel quale ci muoviamo, ma che più in genere dipendono dalla nostra precomprensione, alla cui formazione concorrono a loro volta la nostra sensibilità, la nostra appartenenza ad una data sfera culturale, le nostre esperienze, in definitiva il nostro sé.

Qualunque ricostruzione del fatto è dunque in parte discrezionale.

L'esperienza anglosassone del *distinguishing* evidenzia quanto incida la selezione di alcune circostanze del fatto piuttosto che di altre.

Con riferimento poi alla giurisprudenza nostrana, penso alla materia della respon-

<sup>12</sup> HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico*, il Mulino, 2009, 75.

<sup>13</sup> HRUSCHKA, *La costituzione*, cit., 86.

<sup>14</sup> HRUSCHKA, *La costituzione*, cit., 84 s.

sabilità medica, dove una descrizione del fatto molto dettagliata (che prenda in considerazione ad esempio le peculiarità fisiche e di salute del paziente) in molti casi rischia di ridurre gli spazi per affermare la causalità e per converso di ampliare quelli della prevedibilità.

Gli eventi non hanno una dimensione oggettiva inattaccabile, ma le caratteristiche che gli attribuiscono i *frames* in cui vengono inseriti.

## 5. I problemi

Ora, una realistica presa d'atto che l'interpretazione presenta margini di creazione non esclude l'opportunità che, quando entrano in ballo i diritti più importanti del cittadino, sia necessario orientare la soluzione interpretativa (teleologicamente) verso il livello maggiore di garanzia. Anzi, proprio in quanto si riconoscano spazi alla discrezionalità del giudice, si aprono potenziali margini per un apprezzamento dipendente da criteri assiologici, ed è chiaro che tra questi dovrebbe spiccare l'idea della garanzia per il reo, che ha conformato culturalmente la preparazione di generazioni di giuristi. Trovo quindi l'auspicio condivisibile, sebbene scontato.

Esso già appartiene ad alcune classi di partecipanti al gioco dell'interpretazione: a coloro che rivestono i ruoli della dottrina e dell'avvocatura. Il problema, tutto pratico, è quindi: come convincerne anche la magistratura, innegabilmente orientata – con alcune eccezioni – verso esigenze general-preventive e soprattutto compensative (in chiave “vittimologica”)?

D'altronde, sappiamo che i giudici sono interpreti particolari e decisivi (i protagonisti che conducono quel gioco), essendo dotati di un potere conformativo che non dipende soltanto dalla persuasione e dall'uso degli argomenti, bensì anche dalla forza (istituzionale) del ruolo. La pratica sociale del diritto, il farsi del diritto nel fatto assegna una posizione di preminenza al giudice: è lui ad avere l'ultima parola. Ma questo potere non sempre viene esercitato in maniera congrua e, quando ciò non accade, è difficile rimediare alla stortura.

Queste considerazioni dovrebbero invero rappresentare il punto di partenza di ogni discorso in tema di interpretazione, nel senso che, secondo il mio punto di vista, dalla presa d'atto del carattere parzialmente creativo dell'interpretazione giudiziaria sarebbe opportuno muovere per cercare soluzioni condivise.

L'interrogativo «Terzo, basta?» le compendia, perché esprime il dubbio che, nell'impossibilità di ergere argini predeterminati (non argini *tout court*) all'interpretazione dei giudici, la garanzia di terzietà e cioè di autonomia dagli altri poteri della tradizionale tripartizione, risulti non più sufficiente.

## 6. Le soluzioni endo-penalistiche ed ordinamentali

Finora sono stati ipotizzati alcuni rimedi endo-penalistici.

Sappiamo che alcuni ordinamenti hanno sancito addirittura un divieto di interpretazione estensiva della legge penale (art. 111-4 c.p. francese).

In Italia, è stato inoltre proposto di prevedere in modo esplicito, tra gli obblighi di motivazione del giudice, l'esposizione delle ragioni del mancato recepimento delle prove contrarie, ma anche di quelle per cui venga respinta una interpretazione *in bonam partem* pur consentita dal testo legislativo<sup>15</sup>.

Inoltre, il *multilevel system* ed il valore conformativo della legalità assunto dalla prevedibilità dell'esito giudiziario suggeriscono di lavorare sulla vincolatività del precedente giudiziario, eventualmente ipotizzando l'estensione al diritto penale delle riforme che nel 2006 hanno interessato il codice di procedura civile.

Si tratta di rimedi di indubbio ed utile significato simbolico, ma che non fanno i conti la trama aperta del linguaggio e quindi dell'interpretazione, aspetti su cui abbiamo finora indugiato<sup>16</sup>.

Se il nostro sistema di legalità si sta lentamente muovendo verso il *case law*, potrebbe allora pensarsi che la soluzione migliore sia di tipo ordinamentale. Potremmo rendere più compiuta e soprattutto esplicita l'assimilazione tra ordinamenti continentali e sistemi di *common law*, optando per la nomina politica delle cariche giudiziarie, in modo da assicurare la trasparenza sul piano delle ideologie di riferimento, oltre ad un'auspicabile responsabilizzazione del giudice. Un rimedio di tipo *omeopatico*: cercherebbe di "curare" le distorsioni della discrezionalità, inoculandone nel sistema dosi massicce (purché esplicitate)<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in HELZEL-KATOLO, *Autorità e crisi dei poteri*, Cedam, 2012, 99 ss.

<sup>16</sup> Quanto al divieto di interpretazione estensiva, basta negare che una interpretazione sia tale. Quanto all'obbligo di motivazione, almeno nelle pronunce più importanti la giurisprudenza lo rispetta, e tuttavia reputa la possibile lettura alternativa favorevole spesso soccombente. Quanto alla vincolatività del precedente, le vicende del *distinguishing* anglosassone già ci avevano messo in guardia dal rischio di una sua possibile vanificazione; oggi abbiamo poi esperienza diretta di quella specie particolare di precedente vincolante che sono le sentenze Corte EDU. Su queste problematiche, vd. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, Jovene, 2008, la quale reputa che l'unica soluzione consiste nell'introduzione di vincoli ai gravami.

<sup>17</sup> «Poiché i diritti di ciascun individuo sono sempre [...] virtualmente contro le maggioranze e contro i poteri da esse espressi, anche le funzioni e le istituzioni deputate alla loro garanzia devono essere, virtualmente, contro la maggioranza. Non si può condannare o assolvere un cittadino perché ciò risponde o non risponde agli interessi o alla volontà della maggioranza. Per questo, se si vuole che sia in grado di garantire i diritti dei singoli individui, la funzione giudiziaria, in quanto funzione di garanzia, non può essere espressione né dipendere dal potere di maggioranza, ma deve essere

Non credo nell'omeopatia. E comunque penso (mi illudo?) che molte forzature non siano intenzionali, ma che discendano dal mancato dominio sulle forme del nostro ragionamento e, prim'ancora, della nostra conoscenza.

Insomma, posto che la terzietà è incompiuta – mi chiedo – il nostro modello va per questo superato? Non si rischia di buttar via l'acqua sporca con tutto il bambino?

### 7. *Piccoli rimedi alternativi: lo stato dell'arte*

Per blindare il ragionamento giuridico, in un certo momento si è guardato con fiducia alla logica, riponendo affidamento nell'inferenza di tipo addirittura deduttivo (ragionamento *top-down*, che muove dall'universale e giunge al particolare). Tale fiducia ha presto traballato.

La deduzione assicura la certezza soltanto negli ambiti di conoscenza formali, astratti ed assiomatici, come la matematica o altri «mondi ideali» in cui possano darsi per generalmente accettati alcuni dogmi o regole (da tempo si revoca però in dubbio anche questa idea, sulla base dell'idea che è tutto *theory laden*).

A tali mondi ideali, la variante illuminista della nostra cultura penalistica ha cercato di ascrivere anche il diritto criminale, ma oggi abbiamo smesso anche solo di illuderci che sia così. Per veicolare certezza, il c.d. sillogismo giudiziario dovrebbe recare una premessa maggiore, contenente la norma, certa, e certa dovrebbe essere anche la premessa minore, che reca la descrizione del fatto. Del modo in cui si formano tali premesse e della loro circolarità abbiamo però già parlato, e possiamo dare quindi per illustrato perché l'interpretazione (del testo, ma anche del fatto) sia anche creazione, in certa misura fisiologicamente discrezionale, del diritto.

Soprattutto, lo schema deduttivo (per meglio dire, la sua esclusività), proprio perché muove dall'universale, contrasta con l'evidenza del processo penale, in cui il ragionamento giudiziario muove invece dai fatti, che sono peraltro storici, *lost facts*, non riproducibili in laboratorio<sup>18</sup>. Tale procedimento somiglierebbe, al limite, ad un *reverse engineering* (si parla di *retroduzione*) che parte dalla ricostruzione di un evento e muove a ritroso alla ricerca della responsabilità dell'imputato<sup>19</sup>.

soggetta soltanto alla legge. Per questo non c'è garanzia giurisdizionale dei diritti senza indipendenza del giudice e senza separazione dei poteri». FERRAJOLI, *Costituzionalismo e giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2012, 3, 11.

<sup>18</sup> HOOKWAY, *Truth, Rationality, and Pragmatism*, Clarendon Press, Oxford, 2000, 50.

<sup>19</sup> Tra gli altri, CANZIO, *La valutazione della prova scientifica tra verità e ragionevole dubbio*, in CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale*, Giuffrè, 2011, 61 ss.

Regna quindi concordia sul fatto che sillogismo e deduzione si riducono a schema il cui rispetto può assicurare tutt'al più l'ordine espositivo del discorso giuridico ai fini di quella giustificazione *ex post* che si compendia nella motivazione della sentenza (e che permette il successivo controllo sulla coerenza logica, garanzia comunque non trascurabile). Ricorrendo alla nota terminologia di Wroblewski, essi costituiscono lo scheletro della *giustificazione interna*, la quale attiene al rapporto tra premesse e conclusione<sup>20</sup>, ma non riflettono il percorso dell'accertamento probatorio né del ragionamento giudiziario.

Questo è a volte deduttivo (*top-down*), più spesso induttivo (*bottom-up*), ma normalmente abduttivo: muove da particolare a particolare; si basa su inferenze (ipotesi) che suggeriscono spiegazioni. E si sa pure che l'abduzione, al pari dell'induzione, conduce a conclusioni soltanto probabili<sup>21</sup>.

L'indagine si è quindi spostata dalle forme del ragionamento al modo in cui si formano le sue premesse (la *giustificazione esterna*), per concentrarsi sull'aspetto della probabilità delle ipotesi (intesa dapprima in senso statistico, quindi logico).

Della probabilità sono state scovate anche formule logiche che aspiravano alla spendibilità processuale. Si pensi alla formula di Hempel (per cui  $pHK=R$ , e cioè la probabilità,  $p$ , dell'ipotesi,  $H$ , sulla base delle informazioni ed evidenze coerenti con la stessa ipotesi,  $K$ , è uguale alla capacità di resistenza che presenta rispetto alle contro ipotesi, e cioè  $R$ )<sup>22</sup>. Un'attenzione particolare è stata poi riservata al teorema di Bayes, che consente di attualizzare il grado ordinario di probabilità statistica, aggiornandolo alla luce delle evidenze sopravvenute.

Al pari di quelli che si appuntavano sulle forme, anche questi tentativi di formalizzare il ragionamento giudiziario, pur apprezzabili per il movente che li anima (oggettivizzare il giudizio, rendendo controllabile il percorso con cui il convincimento si è formato), non risultano risolutivi.

*È semplicemente impossibile assegnare un punteggio numerico alla forza, alla coerenza, alla credibilità delle evidenze perché esse, afferendo a dati storici irripetibili e non riproducibili in vitro (non verificabili e falsificabili in senso scientifico stretto), non esistono al di fuori della dimensione soggettiva di chi li conosce*<sup>23</sup>. Si torna così

<sup>20</sup> In Italia, vi insistono gli esponenti della c.d. scuola genovese. Per tutti, CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, 2007.

<sup>21</sup> Scontando la difficoltà per il profano di leggere direttamente PEIRCE, la raccolta di scritti più fruibile e piacevole sull'abduzione resta ECO-SEBEOK, *Nel segno dei tre*, Bompiani, 1983; per il penale sostanziale, vd. Arth. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione del procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, 321 ss.; TUZET, *Abduzione: quattro usi sociologico-giuridici*, in *Soc. del dir.*, 2004, 117 ss.

<sup>22</sup> CANZIO, *Op. cit.*, 70.

<sup>23</sup> Ciò non significa scetticismo o relativismo, ma semplicemente che fatti e valori sono intrecciati. PUTNAM, *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, Fazi, 2004 (or. 2002): come può esserci

sempre (circolarmente!) alla caratterizzazione ermeneutica dei fatti.

Prima di ricorrere a soluzioni traumatiche, sarebbe allora opportuno verificare se almeno parte della perdita terzietà possa essere recuperata ponendo in essere espedienti che hanno tra l'altro costi contenuti: emendando cioè l'emendabile, vale a dire, gli *errori commessi in buona fede*.

## 8. Proposta: i suggerimenti della psicologia cognitiva

Ribadito che le preoccupazioni maggiori discendono non tanto dalla natura pragmatica dell'interpretazione, quanto dai suoi profili ermeneutici, e cioè dal condizionamento ad opera di sensibilità, vissuto, cultura ed in genere dal *background* dell'interprete, ebbene, per contenere tali aspetti (per portarli allo scoperto) disponiamo oggi di alcuni semplici rimedi.

Una strada feconda (giammai risolutiva) è additata in particolare dalla psicologia cognitiva, che indaga come si pre-formano i nostri giudizi.

Del ruolo degli stereotipi nel giudizio si sa già molto<sup>24</sup>, ma approfondendo il modo in cui si struttura la nostra conoscenza, riusciremmo a contrastare alcune distorsioni sistematiche in cui cadiamo tanto frequentemente quanto inconsapevolmente, e ciò sarebbe già utile.

Esemplificherò attingendo alla materia del rapporto di *causalità*.

Premessa, su un piano generale, la tendenza umana a pensare in termini causali e quindi a ravvisare nessi pur dove ci siano mere successioni di eventi<sup>25</sup>, più nello specifico, alcuni esperimenti dimostrano che, quando giudichiamo della causalità, siamo naturalmente portati ad operare non soltanto un contro-fattuale sulla vicenda realmente verificatasi, bensì anche un contro-fattuale su quella alternativa rimasta ipotetica<sup>26</sup>.

oggettività nell'etica, così la scienza si muove nel quadro di valori epistemici opinabili, quali la coerenza, la semplicità e la ragionevolezza. Concetti ribaditi, di recente, in PUTNAM, *I fatti della scienza e i valori dell'etica* in DE CARO-FERRARIS, *Bentornata realtà*, Einaudi, 2012, 5 ss.

<sup>24</sup> Per un approccio manualistico, FISKE-TAYLOR, *Social cognition: from brains to culture*, McGraw-Hill, Boston, 2008.

<sup>25</sup> Rinvio al classico, seppur datato, RIEDL, *Le conseguenze del pensiero causale*, in WATZLAWITCK, *La realtà inventata*, Feltrinelli, 1988; or. 1984.

<sup>26</sup> L'esperimento, condotto da Wells e Gavanski, è riferito da LEGRENZI, *Come funziona la mente*, Laterza, 1998, 45 ss. Presentate ad un gruppo di intervistati due storie identiche nelle loro caratteristiche materiali e diverse solo per un evento ipotizzato nella mente di uno dei protagonisti, il giudizio sull'esistenza della causalità era stato espresso in termini più netti in un caso che nell'altro (in entrambe le varianti, Tizio invita Caia, sua subordinata, in lussuoso ristorante e sceglie per entrambi una pietanza contenente un alimento a cui Caia è allergica; Caia, che non lo sa, l'assume

Aspetto ancora più interessante, sembra che la nozione ingenua di causalità (e/o aggiungo io: di evitabilità) sia collegata al «controllo di un'azione» e che tale controllo dipenda dalle conoscenze di chi deve esprimere il giudizio di modificabilità. Insomma, siamo tanto più propensi a ritenere che l'evento nello scenario alternativo non si sarebbe verificato quando disponiamo di conoscenze anche solo di massima sulla dinamica dell'avvenuto. Tenderemmo ad attribuirlo invece ad una fatalità laddove non abbiamo in quella materia un minimo di *know how*<sup>27</sup>.

Il che, a pensarci bene, potrebbe concorrere a spiegare perché, in un'epoca in cui (anche grazie ad *internet*) siamo un po' tutti medici, i giudici si ispirino ad un particolare rigore in campo sanitario (lo so, giocano anche altri fattori, primo tra i quali una certa propensione "vittimologica" ad usare gli effetti risarcitori della condanna penale). Mentre, c'è da scommettere che gli stessi giudici mostrerebbero maggiore indulgenza in relazione agli eventuali incidenti che dovessero verificarsi, per dirne una, nella progettazione di un ponte (riconoscendo spazio al caso fortuito) e ciò, ad onta del fatto che il secondo settore è dominato da leggi deterministiche o comunque segnate da un tasso di probabilità e di prevedibilità più alto rispetto alla biologia.

Altro aspetto su cui riflettere è che, secondo una nota e non più recentissima indagine, questi errori si ridurrebbero per effetto dell'*expertise* giudiziaria, la quale favorirebbe un approccio critico nel ragionamento sui casi<sup>28</sup>. L'esperimento di giudizi controfattuali rappresenterebbe inoltre uno strumento (più utile del retorico richiamo alla certezza BARD) che, accrescendo l'insicurezza dei giurati, ne migliorerebbe le prestazioni: li disporrebbe a considerare ipotesi alternative, con l'effetto di ridurne l'originario "assolutismo", e cioè la propensione a convincimenti a priori di colpevolezza o di innocenza<sup>29</sup>.

Chiunque si sia poi anche solo avvicinato alla psicologia cognitiva conosce le celeberrime ricerche condotte da Daniel Kahneman e da Amos Tversky nella prima metà degli anni Settanta (Tversky è poi morto, ma per i loro studi Kahne-

e muore. In una versione, tuttavia, prima di scegliere, Tizio aveva scartato mentalmente un altro piatto contenente anch'esso la medesima sostanza; nell'altra versione, aveva scartato invece un piatto che non la conteneva. Il comportamento di Tizio venne ritenuto dagli intervistati più *causalmente* rilevante nel secondo che nel primo caso!).

<sup>27</sup> Molto semplificando, mi sembra questo il nocciolo del pensiero di LEGRENZI, *Come funziona*, cit., 51 ss.

<sup>28</sup> CATELLANI, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, il Mulino, 1992.

<sup>29</sup> CATELLANI, *Fatti e controfatti nel ragionamento giudiziario*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, 2, 215, la quale aggiunge che le differenze tra giudici esperti e non esperti si accrescono ulteriormente nel confronto tra giudici togati e popolari.

man ha ricevuto un premio Nobel per l'economia)<sup>30</sup>.

Vediamo quali sono le assunzioni – in verità molto semplici – di questo pensiero<sup>31</sup>.

Numerosissimi ed ormai ampiamente convalidati esperimenti dimostrano come la nostra conoscenza sia sistematicamente distorta da alcuni *biases*, poiché fondata su meccanismi (c.d. euristiche) inconsapevoli, approssimate ma molto veloci (intuitive), che formano quello che Kahneman chiama il «sistema 1» di conoscenza, per contrapporlo al «sistema 2», che è invece cosciente, razionale, più affidabile, ma anche molto dispendioso in termini di fatica e di impiego di risorse che sarebbero sottratte alla realizzazione di altri compiti (producendo un fenomeno noto come «deplezione dell'io»).

Per questo il «sistema 2» è lento e viene chiamato «sistema pigro». Esso è anche presuntuoso perché, in quanto cosciente, crede erroneamente di governare la vita degli individui, laddove invece la massima parte della nostra conoscenza si forma a partire da presupposti che restano al di sotto del livello di consapevolezza. La sfida, come si sarà a questo punto compreso, è quella di portare tali insidie in superficie, per smascherare la «precomprensione» dell'interprete.

A costo di suscitare il sorriso di qualche *costruttivista puro*, ricordo pure come il possesso di tali euristiche trovi una spiegazione coerente (e largamente condivisa) in chiave evuzionistica. Le euristiche erano cioè indispensabili alla sopravvivenza dei nostri antenati (raggruppati in società di cacciatori-raccoglitori) proprio perché fondavano un ragionamento veloce ed intuitivo che consentiva risposte immediate ai pericoli e continuano ad essere funzionali in quelle situazioni, che però sono oggi piuttosto rare. Producono invece le citate distorsioni quando si attivano in situazioni evuzionisticamente più recenti, come quelle che hanno che fare con lo sviluppo scientifico e tecnologico ed in genere con situazioni che non richiedono una risposta immediata (tra queste dovrebbero rientrare le decisioni giudiziarie). Qui occorre ponderare, chiamando a raccolta le energie ed innescando il «sistema 2»: occorre cioè falsificare le intuizioni alla luce del ragionamento logico e delle evidenze statistiche disponibili.

Ciò precisato, per illustrare la possibile rilevanza delle questioni tenterò ancora una volta esemplificazioni penalistiche.

Con riguardo all'euristica della *rappresentatività* ed alle relative distorsioni,

<sup>30</sup> Da tali ricerche ha preso le mosse altresì la critica all'idea di *homo oeconomicus*, ad opera in particolare di Richard Thaler, e quindi la spiegazione del perché siano fallite teorie economiche che hanno condizionato per tanti anni la nostra vita anche sociale (con gli effetti che stiamo vivendo). Ed ormai da qualche tempo, negli Stati Uniti ne sono proposte applicazioni al diritto. Basti pensare alla produzione del noto costituzionalista Cass SUNSTEIN (per stare ai libri tradotti in italiano, *A cosa servono le costituzioni*, il Mulino, 2009; or. 2001; *Quanto rischiamo*, Edizioni Ambiente, 2004; or. 2002; *Il diritto della paura*, il Mulino, 2010; or. 2005, cui *adde* il *best seller* SUNSTEIN-THALER, Nudge. *La spinta gentile*, Feltrinelli, 2009; or. 2008).

<sup>31</sup> KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, 2012.

penso alla *vicenda della causalità omissiva*, spesso chiamata in ballo in materia di responsabilità sanitaria e dai più ritenuta in questo momento storico diversa, per natura, dalla causalità attiva: materiale quest'ultima; ipotetica la prima e, come tale, insuscettibile di raggiungere lo *standard* probatorio di quella attiva.

È davvero così? Ne dubito<sup>32</sup>, e sospetto che l'equivoco sia nato dalla scelta degli esempi, *biased* dal bisogno interiore di categorizzazione del penalista, per condizionamento culturale proteso verso l'obiettivo della certezza. Sicché, un po' banalizzando, dall'amputazione ad opera del chirurgo della gamba sbagliata si finisce con il desumere che la causalità attiva possa essere *sempre* provata secondo certezza; dall'omessa diagnosi di un tumore si inferisce che *tutti* i casi di causalità omissiva possono essere dimostrati soltanto secondo probabilità.

Basta tuttavia cambiare o anche solo modificare gli esempi per constatare come mutino le conclusioni del ragionamento e smascherare i tranelli cognitivi in cui cade (anche) il ragionamento giuridico.

Così, a proposito della *causalità attiva*, se al primo chirurgo (quello che amputa l'arto sbagliato) sostituissimo uno che opera un signore molto anziano in condizioni fisiche tutt'altro che esemplari per arginare un infarto intestinale (ed ipotizziamo che il paziente muoia durante l'operazione), diverrebbe legittimo chiedersi se una manovra diversa avrebbe salvato quella vita. Ancora, è fuori di dubbio che nel caso di omessa diagnosi di un tumore generico il nesso causale con la morte sopravvenuta del paziente non possa affermarsi con certezza. Siamo però certi che il paziente si sarebbe salvato se il medico, nel rispetto dei protocolli, lo avesse curato con dosaggi differenti di chemio-terapia, tenendo cioè un comportamento attivo?

D'altronde, come risulta pensando al medico che non diagnostichi un inizio di peritonite la quale conduca di lì a due giorni alla morte del paziente, non è nemmeno detto che in materia di *causalità omissiva* la ragionevole certezza sia sempre inattuabile.

Passando all'euristica della *disponibilità*, appartiene all'esperienza comune che i nostri giudizi si fondano, più che su verifiche di carattere oggettivo, su stime poco accurate, pregiudizi, stereotipi e che dipendono dalla facilità con cui ci tornano alla memoria eventi simili a quelli che siamo chiamati a giudicare. Ed è quasi superfluo notare che ci restano più impressi gli eventi fortemente connotati dal punto di vista emotivo (ci ricordiamo più quelli negativi che quelli positivi: lo sanno bene i media).

Ebbene, questa euristica è tipica del funzionamento giudiziario della colpa, da sempre caratterizzata dal *bias* del senno del poi. Teorizziamo che la prevedibilità della colpa (della sua misura oggettiva) andrebbe oggettivizzata: misurata cioè sulla

<sup>32</sup> Più diffusamente, DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.* 2013, pp. 67 ss.

particolare ricorrenza statistica di una tipologia di eventi (è doveroso prevedere solo eventi probabili). Invece la giurisprudenza si ostina a configurarla anche ove tale evidenza dichiaratamente manchi.

La mente va ai processi per l'accertamento delle responsabilità nel caso di catastrofi naturali, ed in particolare al processo dell'Aquila per il terremoto del 2009. Semplificando (ma neppure troppo), appare emblematico che p.m. e tribunale abbiano riconosciuto, con la letteratura scientifica unanime, che i terremoti non sono prevedibili, ma cionondimeno muovano un rimprovero ai membri della Commissione Grandi Rischi per non aver usato toni adeguatamente allarmistici (giustificabili rispetto a quale probabilità?).

Lo stesso avviene nell'ambito della responsabilità medica dove infatti la letteratura indaga da tempo l'*hindsight bias* (lo studio di questo errore sistematico, prima che a livello giudiziario, ricorre nelle valutazioni cliniche ed ha rappresentato uno dei motori dello sviluppo della EBM) che riesce addirittura a condizionare negativamente, ad evento avverso verificatosi, il giudizio sulla prevedibilità e addirittura sulla bontà delle linee-guida<sup>33</sup>.

Sempre in Kahneman si trovano poi tematizzate le caratteristiche del sistema irreflessivo (e le relative distorsioni), come: l'ancoraggio (per cui quando dobbiamo esprimere una stima su qualcosa che non conosciamo, usiamo un dato noto e procediamo ad aggiustamenti su almeno in parte inconsapevole suggestione di altri elementi, appunto àncore, *anche del tutto estranei alla materia del giudizio*; il *priming* (che è un modo più ricco per indicare l'associazione di idee e gli effetti a cascata prodotti in modo spesso inconsapevole dall'evocazione di una idea); il *framing* ristretto, e cioè la tendenza a scomporre i problemi contenendo le opzioni; il WYSIATI (*What You See Is All There Is*), per cui di fronte ad una impressione iniziale, tendiamo ad essere insensibili alla qualità ed alla quantità di informazioni disponibili (il sistema riflessivo, oltre che pigro e narciso, è anche accomodante, poiché tende a fidarsi delle intuizioni di quello automatico)<sup>34</sup>.

Tutte tendenze atte a spiegare come mai un p.m., una volta che si sia fatto un'idea di quel che è successo e del possibile colpevole, rimane solitamente legato a quella ipotesi, sottovalutando le evidenze contrarie e sovra-interpretando quelle favorevoli, in barba (spesso inconsapevole!) ad ogni oggettività<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Alludo alla criticatissima sentenza Cass. IV, 23 novembre, 2010, Grassini, in cui il rispetto delle linee guida è stato considerato una cautela insufficiente poiché esse mirerebbero non alla salute dei pazienti, bensì ad obiettivi economici. Dopo la "riforma Balduzzi", vd. però ora Cass IV, 29 gennaio 2013, Cantore.

<sup>34</sup> KAHNEMAN, *op. cit.*, 96 ss.

<sup>35</sup> Con specifico riferimento al ragionamento giudiziario, CHERUBINI, *Processi cognitivi e ragionamento giudiziario*, in AA.VV., *Psicologia e società. Diritto*, Giunti, 2011, 74 ss. L'autore parla

Tra queste tendenze cognitive rientra infine il *bias*, molto famoso e discusso soprattutto in (alcuni studi di) bioetica, *dell'omissione*, che porta a ritenere meno riprovevole e quindi a giudicare con maggiore indulgenza un evento quando è cagionato mediante una condotta omissiva piuttosto che attiva (come in tema di eutanasia).

Si tratta di meccanismi che, se conosciuti, possono essere inibiti o comunque contenuti negli effetti, favorendo un maggior auto-controllo e cioè mettendo il giudicante quanto meno *sul chi vive* rispetto a rischi di distorsione che diversamente opererebbero in modo inconscio (com'è chiaro, il discorso potrebbe però valere anche per chi non giudica, ma difende).

### 9. Conclusioni: le euristiche dell'affetto ed il ruolo delle emozioni nel diritto penale

Questa incursione nell'ambito della psicologia cognitiva impone tuttavia alcune precisazioni.

Daniel Kahneman dedica le *conclusioni* del suo libro a spiegare che le euristiche presentano svantaggi, ma pure vantaggi<sup>36</sup>. E, in effetti, la schiera di autori che rivalutano il ruolo delle emozioni tende ad allungarsi.

Anche nell'ambito della psicologia cognitiva, c'è ad esempio chi evidenzia i pregi dell'«euristica dell'affetto» e mette il dito proprio in quella che ritengo la piaga del *ragionamento razionale* di stampo classico anche nel diritto penale: il problema della incommensurabilità dei valori (o perlomeno di alcuni). Si muove dalla critica dell'idea che i rischi siano oggettivi (*esistano* cioè *nel mondo*) a prescindere dalla nostra cultura, e si ritiene che la nostra specie ne abbia inventato il concetto per

ad esempio di *pseudodiagnosticità*, e cioè della sistematica tendenza a sottovalutare la probabilità di osservare l'indizio nei casi negativi a favore della probabilità di osservarlo nei casi positivi, che cioè rispondono all'ipotesi. Evidenzia la propensione automatica ed inconscia ad accettare il *Modus Ponens* (modo di ragionamento in cui affermando qualcosa si afferma qualcos'altro) piuttosto che il *Modus Tollens* (modo di ragionamento in cui negando qualcosa si nega qualcos'altro). Pone l'accento sulla sottovalutazione delle assenze: poiché è difficile percepire a livello sensoriale un'assenza (la mancanza di impronte, di macchie di sangue, di una traccia bancaria), tale assenza viene spiegata in termini di irrilevanza o di ipotesi alternative, piuttosto che indiziare l'innocenza dell'indagato.

<sup>36</sup> L'ambito neuroscientifico vanta in proposito importanti studi, come quelli sul "marcatore somatico" di DAMASIO (celeberrimo *L'errore di Cartesio*, Adelphi, 1995; or. 1994) e sulle "regole del pollice" di GIGERENZER (*Decisioni intuitive*, Cortina, 2009; or. 2007). In base ad essi saremmo evolutuzionisticamente predisposti a livello neuronale per avere reazioni emotive utili non soltanto alla sopravvivenza, ma anche ad una adeguata vita relazionale e sociale (le emozioni come fondamento della ragion pratica).

capire ed affrontare meglio i pericoli e le incertezze della vita.

Invero, in tanti casi i rischi presentano un aspetto non soltanto quantitativo, ma anche qualitativo-valoriale, che sfugge alla misurazione degli esperti. Secondo questa tesi, il pubblico opererebbe quindi valutazioni più fini: gli esperti considerano solo il numero freddo delle morti, degli incidenti o in genere degli eventi negativi; alle persone non sfuggirebbe invece la distinzione tra una buona ed una cattiva morte, tra incidenti più o meno tragici, tra eventi più o meno avversi. Il che fa della valutazione di senso comune una valutazione complessivamente migliore<sup>37</sup>.

Vero è che i rischi di esplosione di una centrale nucleare sono nettamente inferiori rispetto a quelli implicati dal ricorso ad altre forme di energia, come il petrolio, ma per *qualità* le morti del secondo tipo potrebbero essere preferite a quelle del primo.

Ammettiamo inoltre che i rischi di morire di fame per i lavoratori i quali perdano il posto per effetto della crisi economica indotta da un procedimento penale a carico di un grande impianto industriale che non rispetta gli standard legislativi di sicurezza e produce materiale cancerogeno siano maggiori dei rischi che in prospettiva la prosecuzione dell'attività dello stabilimento prospetta per la salute loro e di tutte le persone coinvolte. Davvero la qualità di questi rischi deve però rimanere recessiva nella valutazione cui sarebbe chiamata l'Agenzia-Stato?

Ecco allora le precisazioni cui accennavo.

Non sono una fautrice incondizionata degli strumenti di logica formale ma nemmeno della forza persuasiva delle statistiche in ambito giuridico.

Sempre per essere sincera, ritengo che in alcuni campi il diritto penale stia raggiungendo un grado di normativizzazione esasperante e che ciò lo renda non meno ingestibile e incontrollabile di un diritto fondato su basi più *intuitive* e di senso comune. Da qualche anno sostengo pertanto – in controtendenza con la dottrina penalistica, ma sulla base delle evidenze addotte dalla già citata letteratura neuroscientifica – la necessità di *naturalizzare* il diritto penale, rivalutando il ruolo delle emozioni in alcuni settori (la bioetica) in cui il ragionamento di tipo razionalistico è destinato per il momento a fallire.

Penso tuttavia che occorra procedere con cautela, con la massima consapevolezza dei rischi e distinguendo sempre di caso in caso. In tal senso, mi riconosco ancora una volta negli insegnamenti pragmatico ed ermeneutico.

<sup>37</sup> SLOVIC, *The perception of risk*, Sterling (VA), EarthScan, 2000. Incidentalmente, l'autore ha spesso collaborato anche con Kahnemann e Tversky.

GAETANO INSOLERA

QUALCHE RIFLESSIONE E UNA DOMANDA  
SULLA LEGALITÀ PENALE  
NELL'“EPOCA DEI GIUDICI”

SOMMARIO: 1. Una nuova deontologia giudiziaria. – 2. Legittimazione del giudice e legalità materiale. – 3. Il potere giudiziario come componente del sistema di governo. – 4. Le fonti sovranazionali. – 5. La Corte costituzionale, severo custode della Legge fondamentale. – 6. Il quesito di un gatto.

1. *Una nuova deontologia giudiziaria*

Nel capitolo dedicato a “Quali giudici per quali diritti?”, la relazione annuale del Presidente della Corte d’Appello di Milano Giovanni Canzio<sup>1</sup> si è soffermata su indipendenza, autonomia, libertà di giudizio e imparzialità come “pre-condizioni indispensabili del giudicare. E però, contro ogni esasperato soggettivismo, opacità, abuso di zone d’ombra, sovraesposizione mediatica, per la legittimazione del giudice nella società moderna – come si è efficacemente affermato – *terzo non basta!*”.

Si è così ripresa una importante sollecitazione al dibattito<sup>2</sup> sulla odierna legittimazione del giudice penale, che ha aperto la relazione ad alcune riflessioni su ruolo e responsabilità del potere giudiziario, inedite nel contesto consueto delle relazioni ufficiali di inaugurazione dell’anno giudiziario.

Rigorosa fedeltà al principio di legalità a cui accompagnare una cultura professionale adeguata alla complessità dei fenomeni economici e sociali, sui quali la magistratura è chiamata ad intervenire; necessità di rivisitare il modello burocratico e i meccanismi concorsuali di reclutamento, aggiornando, accanto alle conoscenze tecnico-giuridiche, quelle delle scienze sociali; rivedere, in termine di rigore e imparzialità, i criteri di selezione, da parte del CSM, dei capi degli uffici individuati anche in ragioni di capacità di governo delle strutture; previsione di canali istituzionali fra Magistratura e professioni forensi, capaci di produrre un’omogeneità culturale dei professionisti del diritto, rafforzando l’indipendenza di fatto dei giu-

<sup>1</sup> In *penalecontemporaneo*. It 27 gennaio 2013.

<sup>2</sup> F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 259 s.

dici; una deontologia professionale<sup>3</sup> che si esprima con doti di equilibrio, sobrietà e riservatezza anche sul piano dei rapporti con i "media" e con la politica e nel rispetto e lealtà nei confronti delle altre istituzioni.

«...coniugandosi potere e responsabilità, l'indipendenza dei giudici sarà vista come la garanzia fondamentale dei cittadini per l'applicazione imparziale e uniforme della legge nello Stato di diritto, sì da scongiurare il rischio che la crescita esponenziale del ruolo di supplenza della magistratura nella governance, all'incrocio fra politica economia e diritto, ne sposti l'asse della legittimazione sul terreno – improprio e infido – delle pratiche del consenso sociale e popolare».

## 2. Legittimazione del giudice e legalità materiale

La questione della legittimazione del giudice, a cui si riferiscono le coraggiose parole del Presidente della Corte d'Appello di Milano, si colloca in un contesto dominato dalla crisi della legalità nella sua storica definizione giuspositivistica. Sono sempre più incalzanti le voci che ne rielaborano i contenuti, assegnando un ruolo cooperatorio, "concorrenziale" all'interpretazione giurisprudenziale. Alla legalità formale se ne vuole contrapporre ormai una *materiale*, sorretta soprattutto da un dialogo diretto stabilitosi con le fonti giurisprudenziali sovranazionali, che consentirebbe di raggiungere livelli garantistici "per certi aspetti più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione": che ingloba sia il diritto di produzione legislativa, sia quello di derivazione giurisprudenziale "riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nell'individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati; quello legislativo e quello interpretativo." «"una relazione di tipo concorrenziale" tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio culturale, non emerge unicamente dall'analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa"».

Ruolo creativo della interpretazione, quindi, purché non si varchi la "linea di rottura del dato positivo"<sup>4</sup>.

È questa fisionomia del potere giudiziario, non più raccontata e teorizzata da fascinosi, accattivanti e *soidisant*, interpreti del postmoderno, ma fatta proprio anche

<sup>3</sup> Interessanti le *Nuove massime di deontologia giudiziaria* (inedite) esposte da Luigi Ferrajoli, nella relazione tenuta al XIX congresso di Magistratura democratica, svoltosi a Roma dal'1 al 3 febbraio 2013. Su di esse tornerò. Il testo è di prossima pubblicazione su *Jus17@unibo.it* e su *Questione giustizia*.

<sup>4</sup> SS.UU. n. 18288 del 2012. Sul tema dei rapporti tra le Corti rinvio al mio, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, IV, 2351 ss.

dalla massima istanza giurisdizionale, ad imporre una riflessione su ciò che debba innervare, legittimandola, la “nuova” figura di giudice penale.

Breve, è conciliabile questa realtà con requisiti di legittimazione che si sono costruiti sulla ben diversa narrativa giuspositivistica, sulla separazione dei poteri, sulla soggezione del giudice alla legge, sulla modernità, insomma?

Viene così in primo piano un elenco di fattori che non si può fingere di ignorare se si vuole seriamente immaginare una “nuova” legittimazione.

Come vedremo, se ciò invece avviene, se li si ignora, gli scenari sono diversi: in gioco non vi è solo la, non certo nuova<sup>5</sup>, ricerca del punto di equilibrio tra disposizione e norma, dei limiti del percorso interpretativo di concretizzazione della legge, in un campo, quello penale, dominato da principi garantistici inviolabili<sup>6</sup>.

La partita diventa direttamente politica. Nei fatti, in termini di “costituzione materiale”, la posta è una diversa definizione delle attribuzioni di potere.

Un “nuova” legittimazione si deve infatti confrontare: con i criteri di formazione e reclutamento basati su prove tecniche. Per decidere in base ad una legalità materiale può bastare la legittimazione di un funzionario pubblico? Con l’assenza di un serio reclutamento dalle altre professioni giuridico-forensi e una formazione gelosamente autogestita: quanti rischi questo comporta in termini di autarchica unilateralità del contributo espresso nell’individuazione dei contenuti della norma? Con la sdegnata sordità dell’attuale sistema a qualsiasi effettiva ipotesi di responsabilità professionale: ciò è conciliabile con un giudice che pretende di uscire dai confini della stretta osservanza legalistica? È possibile porre dei limiti, e come, alla discrezionalità interpretativa?

Ancora, quanto è determinante l’irrisolta questione della mancata separazione tra requirenti e giudicanti? Al peso assolutamente preponderante ormai assunto, in

<sup>5</sup> Ricorda recentemente M. Gallo che «l’andamento degli studi giuridici ci si rivela (...) come quello di un pendolo oscillante tra due poli: l’esegesi, ad una estremità; la dommatica, all’altra: con un’oscillazione più accentuata verso la regola in giorni di sicuro, largamente e abbastanza tranquillamente accettato potere centrale; verso il concetto, quando il potere si scioglie in tanti rivoli e fa capo ad entità orizzontali, che gettano un’ombra sul territorio, verticali, che si propagano quali esponenti di una classe, corporazione o setta”: il superamento di questo pendolarismo risiede in una metodologia che fonda esegesi e concetti (*Prove d’autore*, in *Crit. Dir.*, n. 1/2009).

<sup>6</sup> Interessanti le osservazioni di D. PULITANÒ, *Riflessioni sul caso ILVA*, di prossima pubblicazione in *Jus17@unibo.it* e le sue conclusioni: «Questi richiami non intendono affatto essere una critica verso la gestione giudiziaria del caso ILVA, sul cui merito ritengo doveroso non entrare. Si legano ad una riflessione d’ordine generale: i problemi di fondo della giurisdizione (della sua conformazione, del suo funzionamento, del suo rapporto con la politica) hanno a che fare con il suo carattere, ad un tempo, di istituzione di garanzia ed istituzione di potere. Fuori del paradigma del suo giudizio cognitivo su fatti avvenuti, retto dal principio dell’oltre il ragionevole dubbio, il profilo delle garanzie è più debole, e meno controllabile il potere. I problemi specifici del caso ILVA si collocano in questo campo aperto».

termini di penalità effettiva, personale e reale, esercitata nelle indagini preliminari<sup>7</sup>, corrisponde l'incedere di una giurisprudenza erosiva della legalità processuale<sup>8</sup>.

Ognuno degli aspetti richiamati implica questioni di ordine costituzionale. Essi sono infatti comunque riferibili all'affermarsi di una volontà politica forte e precisa. Se il potere giudiziario, nella sua autonomia e indipendenza, fa sempre più parte del sistema di governo<sup>9</sup>, ognuno di quei temi implica una ridefinizione nella attribuzione dei poteri dello Stato.

### 3. *Il potere giudiziario come componente del sistema di governo*

Il potere giudiziario non può che essere una componente del sistema di governo: anche nell'ambito di una rigida soggezione alla legge<sup>10</sup>.

È in queste coordinate – che *tendenzialmente* dovrebbero collocare il potere giudiziario in una prospettiva se non omogenea, comunque coerente, non conflittuale, con legislativo ed esecutivo – che si coglie la specialità della situazione italiana.

È una vicenda storica che ci riporta al lungo tramonto della prima Repubblica, alla crisi dei partiti fondatori che si espresse anzitutto, nei loro requisiti identitari nell'esperienza del compromesso storico, sostituendo alla responsabilità delle scelte politiche, la frammentazione delle risposte nei capillari della giurisdizione.

Una maniera, di tutte le parti democraticamente rappresentate, per smarcarsi, per deresponsabilizzarsi. In un gioco perverso: l'illusoria convinzione di rilegittimare la classe politica non compromettendola con decisioni che potessero diminuirne il consenso elettorale, ha alimentato ogni malinteso sui concetti di indipendenza esterna ed interna del potere giudiziario. Alla sua fisiologica frammentazione ha corrisposto un progressivo allentamento dei fondamentali dello Stato di diritto, a

<sup>7</sup> G. INSOLERA, *Il processo lungo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 913 ss.

<sup>8</sup> Penso, ad esempio, alla sindacabilità degli "abusi" del diritto di difesa (SS.UU. Sent. n. 155 del 2011) e, più in generale, alla costante limitazione delle invalidità processuali.

<sup>9</sup> «I tribunali, da organi collocati alla periferia del sistema politico-istituzionale, incaricati di marginali vicende del crimine, sono diventati protagonisti di decisioni che riguardano la vita del Paese, dove configgono interessi fondamentali...»: così, di recente, L. VIOLANTE, *A proposito del caso dell'ILVA. Sequestri e garanzie, Codice da rivedere*, in *Corriere della sera*, 2 febbraio 2013, 52.

<sup>10</sup> «L'uniformità della giurisprudenza sarà tanto maggiore quanto più convergenti risulteranno le concezioni assiologiche diffuse in un determinato contesto storico-sociale». «All'interno, invece di una società ideologicamente disomogenea, articolata e complessa, pervasa da un policentrismo quasi conflittuale dei rapporti di potere, esasperata e lacerata da continue tensioni, l'opinione consolidata sarà l'eccezione, mentre l'opinione più o meno controversa, all'interno di un ventaglio, molto ampio di opinioni, sarà la regola». «La relativa omogeneità della prassi decisionale è da ricondursi infine, alle condizioni di tipo strutturale, situazionale e personale (estrazione sociale dei giudici, loro formazione culturale, loro impegno politico o volontà di potere, ecc.) piuttosto che alla capacità orientativa offerta dalle metodologie giuridiche accademiche», G. ORRÙ, *Richterrecht*, Milano, 1985, 66-67.

cominciare dalla divisione dei poteri. Il risultato ce lo mostrano infine le cronache odierne. Sono singole decisioni, il più delle volte strategie di singole Procure della Repubblica, che affrontano i grandi temi bioetici, che gestiscono dirompenti crisi aziendali e ambientali, che provvedono alla bonifica di un personale politico-amministrativo degradato. Fino al contrasto con la massima istituzione repubblicana, alla base del quale si coglie l'idea che solo il controllo giudiziario possa convalidare le strategie di contrasto, anche quelle contro le più gravi minacce messe in atto nei confronti della Repubblica<sup>11</sup>.

È diffusa l'opinione secondo la quale il fenomeno della cd. supplenza giudiziaria non sia nuovo, ma, soprattutto nello scorcio dell'ultimo ventennio, si è assistito a mutamenti straordinari.

L'affermarsi di una "cultura dei diritti" ha trovato nelle giurisdizioni-fonti sovranazionali un potente combustibile e ha visto, in tutti i contesti nazionali, come attore principale, il potere giudiziario, con il suo controllo diffuso. Nella speciale realtà italiana quest'ultimo ha costituito inoltre un contrappeso nei confronti di una classe di governanti non più prodotta da élites credibili, responsabili e vocate alla legalità<sup>12</sup>.

Il potere giudiziario, dotato di caratura istituzionale e finalità pubblica, con il suo controllo capillarizzato e anarchico [il termine è forte, ma non insensato ai tempi del diritto mite e dell'interpretazione onnivora], ancora una volta interverrebbe in modo supplente nei confronti dell'irresponsabile vacuità degli attori politici, conclamata nell'attuale stasi febbrile e di fronte al blocco dello sviluppo del paese.

È questa una chiave esplicativa – nell'emergenza, fisiologica supplenza giudiziaria: contro terrorismo, mafia, corruzione politica amministrativa, criminalità economica – che, nello sfacelo della seconda Repubblica, non coglie, tuttavia, come l'operato del potere giudiziario si presentati progressivamente in veste inedita.

Con un percorso esaminato in altre occasioni, l'attenzione deve anzitutto concentrarsi sulla magistratura requirente e su ciò che avviene nelle indagini preliminari. Mi sembra difficilmente confutabile che il baricentro non solo del processo, ma anche della punizione *effettiva* si sia infine collocato in quella fase<sup>13</sup>.

Nell'operato del potere giudiziario non mi pare proprio che oggi si possa più cogliere una prevalenza di magistrati che orientino la loro azione verso prospettive finalistiche influenzate da valori e idee guida coerenti con le ideologie – con diverse inflessioni, progressiste o conservatrici – rinvenibili nei partiti o in altre aggrega-

<sup>11</sup> Ci parla L. Ferrajoli del protagonismo, della supplenza e del settarismo di taluni magistrati messo in scena dai media dapprima, nello svolgimento del loro ruolo di pubblici ministeri, e poi nella campagna politica nella quale si sono gettati.

<sup>12</sup> C. GALLI, *I riluttanti. Le élites italiane di fronte alla responsabilità*, Bari, 2012.

<sup>13</sup> G. INSOLERA, *Il processo lungo*, cit.

zioni. Ciò che si caratterizzò, anche per quello che concerne taluni settori della magistratura, come ruolo egemonico dei partiti usciti dalla guerra. Questo, quanto meno, in una lunga fase della prima Repubblica<sup>14</sup>.

Una realtà, quella, – penso in particolare ai “progressisti” – che molto contribuì allo svecchiamento del sistema di giustizia e ad un suo adeguamento ai principi costituzionali, ma nella quale non mancarono forzature. Esse tuttavia, da un lato, erano compensate da una sostanziale tenuta della legalità penale: l’affermarsi di criteri di interpretazione teleologici, si misurava costantemente con la resistenza di una cetto politico legittimato [ed una Corte costituzionale], pronti a difendere le rispettive attribuzioni di potere. Dall’altro, vi era una decifrabilità dell’impegno sociale e politico dei magistrati – penso alle polemiche ricorrenti attorno alla legittimità della loro iscrizione ai partiti – che consentiva un trasparente dibattito sulle loro decisioni. Dibattito che, in qualche caso, accompagnava il loro ingresso in Parlamento.

Non è più questo lo scenario attuale. La fine dei partiti storici, il degrado nell’ultimo scorcio della prima Repubblica e nella seconda, non ci insegnano un ritorno di élites provenienti anche dal potere giudiziario che si rapportano con la politica<sup>15</sup>.

È il potere giudiziario che direttamente fa azione politica mettendo in campo un formidabile armamentario di strumenti invasivi e coercitivi delle libertà individuali<sup>16</sup>.

La attuale drammaticità della crisi economica e l’incertezza delle prospettive future, potrebbero rendere in qualche modo accettabile, ancora una volta in nome della emergenza, questo inedito riparto dei poteri?

Prendo ancora spunto dal *pamphlet* di Carlo Galli, vi è anzitutto il problema della responsabilità delle élites.

A proposito della magistratura non si tratta però del rifiuto di un’assunzione di responsabilità, ma del contrario: dell’assunzione di poteri, nei fatti sovraordinati e capaci di tenere perennemente in scacco gli altri attori, a cui corrisponde un per-

<sup>14</sup> Sul deteriorarsi di quel sistema, ancora le parole di Galli: «...la centralità dei partiti – di per sé ovvia in una democrazia... – degenerò in partitocrazia, consociazione, corruzione».

<sup>15</sup> «Oggi l’immagine della magistratura presso il grande pubblico rischia di identificarsi con quella di tre pubblici ministeri divenuti noti per le loro inchieste, i quali hanno dato vita a una lista elettorale capeggiata da uno di loro, promossa da un altro con il contributo del partito personale del terzo». Ancora L. FERRAJOLI.

<sup>16</sup> Riprendendo l’immagine medievale di una società tripartita, con la quale esordisce il citato *pamphlet* di C. Galli, l’estraneità al potere economico e a quello religioso, potrebbe far pensare al monopolio della forza appartenente all’ordine dei *bellatores*. Assai efficaci le parole L. Ferrajoli: la prima regola di deontologia giudiziaria democratica «*La consapevolezza del carattere ‘terribile’ e ‘odioso’ del potere giudiziario*». «*Odioso perché, diversamente da qualunque altro pubblico poter – legislativo, politico o amministrativo – è un potere dell’uomo sull’uomo, che decide della libertà ed è perciò in grado di rovinare la vita delle persone sulle quali è esercitato*». E la sesta regola, il rispetto di tutte la parti in causa, compreso l’imputato, sia esso soggetto debole o forte: «...*se nel momento del reato il soggetto debole è la parte offesa, nel momento del processo il soggetto debole è sempre l’imputato e i suoi diritti e le sue garanzie sono altrettante leggi del più debole*».

vicace rifiuto di qualsiasi forma di controllo e di stigmatizzazione che non provengano dal proprio ordine. All'azione politica non corrisponde alcun contrappeso o verifica. È un potere irresponsabile.

Ancora, si è sostenuto, nel deserto delle élites responsabili: ritorno di quelle portatrici di conoscenze, di sapere tecnico. Sono indispensabili nella transizione<sup>17</sup>.

Vale questo per il nostro attuale potere giudiziario?

È una strana chimera quella che osserviamo: una tecnocrazia selezionata ancora, apparentemente, secondo un modello burocratico e giuspositivista.

Nei fatti formata, reclutata e gelosamente addestrata nelle forme di una legge che si vuole però "molle cera nelle mani dei giudici": diritto vivente, dialogo diretto con le giurisdizioni-fonti sovranazionali e con le istanze sociali, messa ai margini delle interpretazioni fornite dalla Corte costituzionale. Testa e corpo di leone corrispondono a principi di cui si rivendica l'intangibilità ad ogni piè sospinto: artt. 101 e 112 Cost. Ma quale significato possono avere quei principi senza la legge?

Ecco l'immagine della chimera. Il suo corpo rivela altri componenti che non rimandano alla forza della legge e non ne esprimono la capacità di legittimazione.

È un paradosso identificare nel potere giudiziario una élite tecnica nel momento in cui si vogliono mollare tutti gli ormeggi che lo subordinavano al legislatore.

Ma l'attuale estrema debolezza di quest'ultimo ci mostra invece una equiparazione tra la guida tecnica accettata sui temi economici e quella riconosciuta, o subita, dando voce decisiva ai magistrati associati o singoli sui provvedimenti portati dal governo in tema di giustizia.

Un potere diffuso ma coeso, che, se trova dei limiti, sono quelli che si autoimpone. Così quando si tratta di contenere una frammentazione capricciosa dell'azione politica dei singoli magistrati si richiamano all'ordine interpretativo delle Sezioni unite<sup>18</sup> e si vuole ibridare il sistema, espandendo gli effetti del precedente.

#### 4. *Le fonti sovranazionali*

Nel definirsi di questo scenario un ruolo importante viene svolto dagli spazi "di libertà" offerti dall'affermarsi di un dialogo diretto tra potere giudiziario e giurisprudenza-fonte sovranazionale.

È mia opinione che questa tendenza contempra un ridimensionamento del ruolo della Corte costituzionale.

Ancora le SS.UU n. 18288/2010: la Consulta, nel definire l'oggetto del sindacato di costituzionalità, rinuncia "ad imporre la propria libertà interpretativa [e]

<sup>17</sup> C. GALLI, *op. cit. passim*.

<sup>18</sup> Su questo aspetto rimando ancora al mio, *Luci ed ombre, cit.*

ritenenosi vincolata all'esegesi dei giudici ordinari" (il diritto vivente). L'affermazione si allinea alla posizione assunta dalle SS.UU. con la sentenza 31 marzo-17 maggio 2004 (Pezzella): tra più opzioni esegetiche il giudice non è condizionato da quella portata dalla decisione interpretativa della Corte, ma deve comunque adottarne una costituzionalmente orientata.

Conclusione forse condivisibile in termini formali, ma che cela alcune insidie: priva infatti le decisioni interpretative di quel valore persuasivo che gli è proprio – esse esprimono comunque il risultato a cui è giunto l'organo a cui è istituzionalmente affidata la custodia e l'interpretazione della nostra Costituzione – e, soprattutto, può fornire al giudice ordinario un comodo *escamotage*, di fronte al consolidarsi di un *diritto vivente* in contrasto con il percorso tracciato dal giudice delle leggi, per sottrarsi alla richiesta di una "doppia pronuncia" di costituzionalità. E questo attraverso una autoreferenziale asseverazione di conformità alla Costituzione della sua lettura.

Ancora: come si concilia la svalutazione delle letture costituzionalmente conformi prodotte dalla Corte, con le conclusioni che obbligano ad una interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, quindi, alla giurisprudenza – "fonte" di Strasburgo?

La struttura del giudizio della CorteEDU – un sindacato riguardante il rispetto della Convenzione da parte dello Stato chiamato in giudizio nella concretezza del singolo caso – è assai distante dalle coordinate di un giudizio di legittimità costituzionale<sup>19</sup>.

Se anche in questo ultimo non si riescono ad isolare in modo ermetico le linee interpretative del dato normativo, dalle connotazioni del caso che dà origine alla questione<sup>20</sup>, nel primo, alla base del giudizio della Corte stanno una pluralità di formanti che hanno cooperato alla violazione del diritto convenzionale. Tra di essi il dato normativo può addirittura svolgere un ruolo ingannevole, di solo apparente conformità, vanificata dalle concrete modalità operazionali realizzate nell'ordinamento *sub judice*.

Ebbene, ciò implica (o dovrebbe implicare), una strutturale difficoltà e, quindi, prudenza, nella definizione di linee capaci di obbligare un percorso di interpretazione conforme<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Molto chiaramente G. DE VERO - G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino 2007, 5 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 22 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *Jus17@unibo.it*, 2009, 57 ss. Di recente la questione è affrontata in ogni aspetto problematico da V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2013.

<sup>20</sup> Fino alla posizione che nega l'appartenenza dei bilanciamenti degli interessi ad opera della Corte costituzionale all'interpretazione (R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992, 133 ss.)

<sup>21</sup> «Il ruolo della Corte, interprete della Convenzione, non consiste solo nel risolvere la controversia (...) ma anche, e in ogni caso nell'enunciare *erga omnes*, la interpretazione (e dunque il con-

Ma questo rilievo fa parte della complessa opera di tessitura di un ordito assai complesso che consegue alla ibridazione di ordinamenti, mentalità e tradizioni molto distanti. Con ciò occorrerà sempre più cimentarsi: una costante opera di traslitterazione tra alfabeti diversi.

Torniamo così ai dubbi espressi in precedenza: la svalutazione delle indicazioni esegetiche della Corte costituzionale, a favore invece di una diretta ricezione di quelle – lo si è detto, di incerta distillazione – provenienti da quella sovranazionale, sospinge ai margini la Consulta.

L'idea che prende corpo è quella di un dialogo interpretativo diretto tra giurisdizione ordinaria e sovranazionale nel quale il dato positivo, la regola normativa e la sua stretta esegesi, vedono progressivamente ridotto il loro spazio. E con essi, è giocoforza, quello della Corte costituzionale nel suo ruolo di giudice di legittimità delle leggi. È forse questa una conseguenza inevitabile della assegnazione al legislatore e ai giudici di un ruolo paritario nella produzione delle norme penali. Teorie della interpretazione, fatte proprie in modo esplicito dalle Sezioni unite, con l'indugiato richiamo alla giurisprudenza di Strasburgo. Che, tuttavia, esclude la Corte costituzionale dalla relazione di tipo concorrenziale tra potere giudiziario e potere legislativo, nella individuazione del significato della norma in un determinato contesto storico culturale. A questa soluzione penso che spinga una prevalenza assegnata al volto politico dell'organo di giustizia costituzionale, alla estraneità della sua speciale funzione giurisdizionale al corpo che si esprime nel potere giudiziario, in definitiva alla sua natura di istituzione "non maggioritaria, ma non troppo"<sup>22</sup>.

In conclusione: l'incertezza che affetta in modo inevitabile un sistema reticolare di fonti<sup>23</sup> può costituire una *chance* per un regolamento di conti tra potere giudiziario e legislativo. Ed è questo, almeno da venti anni, il *climax* del discorso che connota la specialità del caso italiano.

tenuto attuale) delle previsioni convenzionali. Tale caratteristica si manifesta particolarmente nelle sentenze che la Corte pronuncia, talora anche quando sia venuto meno il concreto interesse del singolo ricorrente, al solo scopo di enunciare, nell'interesse del sistema, il contenuto degli obblighi che vincolano gli Stati», V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 58. Ma siamo sempre nell'ambito dell'interpretazione della Convenzione e dei Protocolli, senza con ciò allineare l'operato dalla Corte ad un giudizio di legittimità ("convenzionale") degli ordinamenti nazionali.

<sup>22</sup> Secondo l'icastica definizione di P. PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2008, 251 ss. Sul tema, diffusamente, 177ss.

<sup>23</sup> "È famosissimo il fatto che a un certo punto, dove spiega come è organizzato il sistema ateniese, Pericle fa la distinzione fra leggi scritte e leggi non scritte; è un luogo che appassiona sempre moltissimo; tutti pensano subito ad Antigone, si commuovono, – e va bene –, anche se poi la legge scritta è garanzia di eguaglianza, mentre la legge non scritta è appannaggio delle caste sacerdotali. Bisognerebbe stare un po' attenti ad inneggiare tanto alle leggi non scritte, con tutto il rispetto per Antigone, ben inteso". Un invito di Luciano Canfora (*La democrazia di Pericle* in AA.VV. *I volti del potere*, Bari 2010, 18) che, come penalista, a proposito di un diritto distillato da un reticolo di fonti, mi sento proprio di accogliere!

## 5. La Corte costituzionale, severo custode della Legge fondamentale

In questo quadro – di ridefinizione materiale dell’equilibrio costituzionale dei poteri – assume un grande significato la Sent. n. 230 della Corte costituzionale: ciò avviene per la sua esplicita *cifra politica*.

In questo senso, forse, decisione “storica”, che va ben oltre il conosciuto, e più ristretto, ambito del regolamento di confini tra potere giudiziario e legislativo e condensa nella sua motivazione più di un’affermazione a cui è possibile attribuire un valore direttamente politico: si tratta di prese di posizione chiarificatrici, probabilmente influenzate anche da avvenimenti concomitanti alla questione decisa, che suonano come moniti che, in difesa della Costituzione, vengono pronunciati dai suoi custodi contro l’affermarsi di elementi di “costituzione materiale” in contrasto con la Legge fondamentale<sup>24</sup>.

Di recente, analizzando il percorso storico dei rapporti tra giurisdizione ordinaria, nella espressione più autorevole della Corte di cassazione, e Corte costituzionale, si è proposta una chiave di lettura che, al periodico riproporsi di “guerre tra corti”, vedrebbe succedere l’affermarsi di una interdipendenza reciproca capace di evolversi in una condivisione fraterna dei medesimi obiettivi, nell’ambito di un unico “grande potere giudiziario”<sup>25</sup>.

Si tratta di una tesi a cui occorre accompagnare alcuni chiarimenti.

Anzitutto la ciclicità delle tendenze rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, espressione della sua connotazione anfibia di organo giurisdizionale e politico, non consente di consegnare al passato vicende caratterizzate da accesi conflitti, ovvero da allineamenti illiberali che imposero addirittura interventi di riforma costituzionale.

Ed è ancora questa connotazione a sottolineare il significato di decisioni, come quella in esame, nelle quali sul dialogo con le tendenze che si fanno strada nella giurisprudenza ordinaria, prevale la volontà politica di riaffermare i fondamenti del nostro ordine costituzionale.

Breve, un unico grande potere giudiziario può esprimere il progressivo definirsi di regole che coordinino le due diverse funzioni in una logica che contempli gli interventi della Corte in termini di stretta necessità: e questo ha significato, dalla sent. n. 356/96, l’imposizione della preventiva ricerca di un’interpretazione conforme, con l’affidamento anche alla magistratura ordinaria di un ortopedico sindacato diffuso di legittimità. Nella stessa direzione, di affinamento del nostro sistema di giustizia costituzionale, il riconoscimento del concetto di “diritto vivente”.

<sup>24</sup> Sulla Sent. n. 230/2012 si veda V. MANES, *Prometeo alla Consulta, gli ostacoli costituzionali all’equiparazione tra ‘diritto giurisprudenziale’ e ‘legge’*, di imminente pubblicazione in *Giur. Cost.*

<sup>25</sup> E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Bari, 2012.

Ma l'*interpretazione costituzionalmente conforme* può anche produrre, come si è visto, una marginalizzazione della Corte costituzionale, che sperimentiamo in tante vicende nelle quali le motivazioni rinvenibili nelle decisioni interpretative di rigetto sono *littera morta*, per la giurisprudenza ordinaria.

Nella Sent. n. 230/2012, la Corte procede attraverso un serrato succedersi di argomentazioni che contrastano le tesi del giudice *a quo*, volte a chiarire i limiti che circoscrivono il potere giudiziario.

Sul dialogo con la giurisprudenza/fonte della Corte-Edu: la norma convenzionale si pone comunque a livello *sub costituzionale*, cede in caso di conflitto con previsioni della Costituzione e alla Corte nazionale resta sempre la spettanza di individuare un "margine di apprezzamento e di adeguamento" che tenga conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi.

È in base a questo chiarimento nei confronti di letture troppo disinvolute delle sentenze n. 248 e 249/2007 [ e della stessa giurisprudenza della Corte-Edu, posto che in realtà, secondo la Corte, difetterebbe anche "la norma convenzionalmente interposta" ricavabile dalla giurisprudenza di Strasburgo ] che la Corte costituzionale, da un lato, prende atto della evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo verso una nozione di legalità sostanziale che tenga conto, anche negli ordinamenti di *civil law*, del rilevante apporto della giurisprudenza nell'individuazione dell'esatta portata del diritto penale. Dall'altro, però, conferma, con decisione, la prevalenza della nozione costituzionale interna di legalità, più ampia di quella dell'art. 7 CEDU in quanto comprensiva della riserva di legge espressa dall'art. 25, 2° comma Cost. È significativo inoltre come la Corte, nel fare ciò, richiami la fondamentale sent. n. 487 del 1989: una decisione – in tema di competenza regionale in materia penale – nella quale venne diffusamente ricostruito – in tempi assai diversi, più di venti anni fa – l'insuperabile fondamento politico sul quale si fonda, nella nostra democrazia costituzionale, il principio di riserva di legge.

Citazione assai significativa oggi: contro l'idea di introdurre elementi di costituzione materiale che ridisegnino il sistema e la divisione dei poteri.

Ancora un chiarimento, robusto e senza ambiguità, a proposito del "diritto vivente". Ai fini dell'individuazione dell'oggetto dello scrutinio di costituzionalità esso fa assumere alla Corte la disposizione censurata nel significato in cui essa vive nell'applicazione giurisprudenziale: ma il giudice remittente ha soltanto la facoltà, e non già l'obbligo di uniformarsi ad esso.

E le decisioni delle Sezioni unite *aspirano* ad acquisire stabilità e generale seguito. Ma si tratta di connotati solo tendenziali, non cogenti e di tipo essenzialmente "persuasivo". Non sono confondibili con la legge abrogativa o con la declaratoria di incostituzionalità: si tratta infatti di decisioni suscettibili di essere disattese in qualunque tempo e da *qualunque giudice della Repubblica*, sia pure con l'onere di

una adeguata motivazione. Come tali incapaci di travolgere il giudicato.

La Corte non manca poi di distinguere la proposta equiparazione tra *abrogatio e overruling* favorevole, dalla situazione decisa dalla già richiamata SS.UU. 18288/2010: in quel caso non era in gioco il travolgimento del giudicato, ma l'interpretazione dell'art. 666 c.p.p. in relazione a una semplice preclusione processuale.

Il riferimento potrebbe sembrare anche superfluo, considerando la gerarchia tra le due Corti: forse arbitrariamente, io gli attribuisco la volontà, resa esplicita nella motivazione della Consulta, di esprimere la mancata condivisione degli argomenti rinvenibili in quella decisione e che avevano diffusamente alimentato l'ordinanza di remissione.

Forte cifra politica della decisione, ho detto. Ben espressa quando si ipotizza una *sovversione "di sistema"* nell'ipotesi di incostituzionalità prospettata alla Corte. Da cogliere nella, per altro contraddittoria, subordinazione gerarchica del (solo) giudice dell'esecuzione al *dictum* Sezioni unite. Ma, in chiave più generale, nell'idea di ricondurre al principio della *lex mitior* il mutamento giurisprudenziale favorevole: a ciò si oppone oltre all'art. 25, 2° comma "*il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto alla legge)*".

Una decisione che è riuscita coerentemente a confrontarsi con la attuale travagliata crisi delle nostre istituzioni e che ci riconsegna il volto, che mi piace, di una Corte costituzionale severa custode della Legge fondamentale.

## 6. *Il quesito di un gatto*

La questione da cui abbiamo preso le mosse – la compatibilità con l'ancora vigente sistema costituzionale di un potere giudiziario che, anche attraverso la dilatazione del proprio apporto interpretativo, eserciti direttamente azione politica, a discapito degli altri poteri, scavalcandoli e confrontandosi senza mediazioni con le giurisdizioni sovranazionali e con le istanze della "società civile" – si presenta in vero complessa. L'invocazione, per altro condivisibile nell'immediato, di una nuova *deontologia giudiziaria* che, da una parte, limiti gli eccessi, dall'altra, rilegittimi l'inconfutabile aumento di peso del ruolo della giurisdizione, non mi pare sia sufficiente, se intesa a riproporre forme di autolimitazione.

Il tema è inscindibile da quello politico riguardante il riequilibrio del sistema dei poteri: e penso che la conclusione peggiore sia quella improntata al paradossale conservatorismo che abbiamo sotto gli occhi. La difesa ad oltranza di tutti i corollari della legalità penale, come declinata in Costituzione, per potere meglio aggirarli nella *Law in action*. La legalità penale sulla bocca, il governo dei giudici nel cuore.

Scrutando l'orizzonte alla ricerca di una lingua di terra che costituisca, infine, l'approdo di una transizione politica mai compiutasi nello scorcio degli ultimi venti anni, proviamo a riflettere su un interrogativo.

È pensabile che il quadro che ha sollecitato queste considerazioni, che ormai non mi sembrano più inquietudini circoscritte a quattro gatti garantisti, pigramente adagiati sul consunto sofà vetero-illuminista, possa mutare, *e in che modo*, in presenza di una politica riaccreditata da consenso e credibilità e più raziocinante sulla questione criminale?



SERGIO MOCCIA

SULLE PRECONDIZIONI DELL'ERMENEUTICA  
GIUDIZIALE NELLO STATO DI DIRITTO

Dall'angolo visuale del diritto penale sostanziale, il tema dell'attività ermeneutica si lega strettamente a quello della legalità, in particolare sotto il profilo della determinatezza/tassatività.

L'aspirazione illuministica ad un diritto penale laico, espressione del contratto sociale e, dunque, di democrazia, si riflesse, com'è noto, pure nella ricerca di soluzioni normative tali da porre argini all'arbitrio del giudice. Non si trattava di un'istanza puramente teorica, ma della critica ad una realtà di gravissima incertezza del diritto, dovuta alla confusione delle fonti, all'oscurità delle norme e all'imperare di una giurisprudenza creativa, nelle forme dei *crimina* e delle *poenae extraordinariae* e del ricorso casistico – slegato dai vincoli della sistematica, in assenza di una parte generale – all'*opinio doctorum*.

E le soluzioni normative venivano proiettate nella riserva di legge, nella codificazione, nella rarità delle leggi penali, nella loro chiarezza, nella verificabilità empirica delle fattispecie.

Tutto ciò doveva costituire la premessa indispensabile perché dal governo dei giudici si passasse a quello delle leggi, e, quindi, perché il potere giudiziario fosse soggetto a quello legislativo: perché il giudice fosse *bouche des lois*.

Si tratta di ideali che, attraverso percorsi complessi e plurisecolari, sono divenuti principi costituzionali del nostro ordinamento: riserva di legge, determinatezza – anche *sub specie* verificabilità empirica – e tassatività, sussidiarietà del diritto penale, soggezione dei giudici alla legge (art. 101, comma 2, Cost.). Essi esprimono ancora oggi esigenze irrinunciabili, come quelle di democrazia e di garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo, che sono sempre in pericolo quando interviene il potere punitivo. E tutti i cittadini, compresi i giudici, «hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi», come recita l'art. 54 Cost.: la distanza della prassi dai principi costituzionali non può costituire argomento per un disincantato realismo, nei fatti eversivo di quei principi, ma deve indurre – secondo l'idea di “utopia concreta” – ad un impegno costante volto al superamento dell'attuale crisi della legalità e, con essa, dell'attività ermeneutica.

Un tale superamento passa attraverso l'analisi e la critica delle ragioni della crisi della legalità.

La prima di esse è rappresentata dallo stato della legislazione penale. Un codice

obsoleto, sul piano ideologico oltre che dell'adeguatezza al mutamento economico, sociale, culturale, tecnologico; oramai reso irriconoscibile da amputazioni ed innesti, prevalentemente di carattere emergenziale. Una legislazione extracodicistica alluvionale, sovente inefficace, talora draconiana – si pensi alla disciplina degli stupefacenti –, talora di privilegio per i 'reati da gentiluomini'. Una serie di novelle – a partire da quella del 1974 – che, per sopperire alla mancata riforma, sono andate sempre più ampliando gli spazi di discrezionalità giudiziale, anche attraverso l'ampliamento delle fattispecie e la proliferazione incontrollata di circostanze, non insovente indefinite: dall'"ingente quantità" (art. 80, comma 2, t.u.) alla "lieve entità" (art. 73, comma 5, t.u.) della disciplina degli stupefacenti, ai casi di violenza sessuale di "minore gravità" (art. 609-*bis*, comma 3, c.p.), ove l'indeterminatezza della circostanza è conseguenza di quella della fattispecie, imperniata sul concetto di "atti sessuali".

Il dato secondo cui ormai ci troviamo di fronte ai brandelli di un sistema penale è la prima ragione della crisi dell'attività interpretativa del giudice. Infatti, dall'inadeguatezza del codice Rocco a fronte di fenomeni criminali talora nuovi – criminalità ambientale, ad esempio – e dalla mancanza di interventi strutturali di riforma legislativa sono scaturite, da lungo tempo, perniciose tendenze verso forme di supplenza giudiziaria. Ancora, a fronte di livelli sanzionatori talora insopportabilmente repressivi o ritenuti, al contrario, inadeguati per difetto, si è assistito ad una vera e propria riscrittura giudiziale, di taglio casistico ed intuizionisticamente equitativo, delle regole della commisurazione della pena – suggellata sovente dall'autocertificazione, non sindacabile in Cassazione, secondo cui la pena irrogata è "congrua" –; tale riscrittura è stata certamente favorita da una disciplina legislativa onnicomprensiva sul piano degli indici fattuali ed ambigua sotto il profilo degli indici finalistici.

Alla crisi della legislazione ed alla crisi della politica è corrisposta, poi, negli anni dell'emergenza terroristica, di quella mafiosa e soprattutto di Tangentopoli, l'esaltazione, avallata dai mass-media, del potere giudiziario quale potere per definizione buono, ritenuto l'unico baluardo della legalità costituzionale. La grave corruzione politico-amministrativa, la pessima qualità dei prodotti legislativi e la creazione di un doppio binario della legislazione penale, tra diritto penale del nemico e, all'opposto, dell' 'amico', hanno contribuito a determinare atteggiamenti di superiorità del potere giudiziario, poco attenti alla soggezione del giudice alla legge ed alle stesse garanzie costituzionali del diritto penale: prima fra esse, il principio di legalità.

Anche il sindacato di legittimità costituzionale delle leggi penali e processuali penali ha subito, in talune occasioni, un'impropria espansione attraverso il richiamo al principio costituzionale, ampiamente indeterminato, della ragionevolezza: emblematiche, ad esempio, alcune pronunce in tema di 'non dispersione della pro-

va'. Ma il segno più evidente dell'eccessivo spazio rivendicato dalla magistratura nella stessa produzione del diritto è costituito dalla valorizzazione del cosiddetto diritto vivente. La Corte costituzionale, utilizzando tale criterio per salvare la legittimità di norme carenti sul piano della determinatezza – si veda, ad es., la sent. n. 21/1990, in materia di inosservanza di misure di prevenzione – ha finito per svuotare di contenuto il principio di determinatezza: la cui *ratio* impone al legislatore il dovere di definire con chiarezza e precisione le fattispecie per limitare la discrezionalità giudiziale e, quindi, risulta violata allorché non è il legislatore, ma la giurisprudenza a definire, con interpretazioni talvolta stabili, ma molto più spesso oscillanti, la sfera del punibile.

All'ampliamento dello spazio discrezionale del giudice ha contribuito considerevolmente, inoltre, il modo in cui è stata concepita l'uropeizzazione del diritto penale.

Così, su un primo versante, quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art. 7 è stato impropriamente accostato al principio di legalità come noto alla tradizione degli stati di diritto dell'Europa continentale: si è, così, prospettata una riduzione del contenuto essenziale della legalità alla sola "prevedibilità ed accessibilità" del diritto penale, che, certamente, consente di ridurre ad un massimo comune denominatore le esperienze giuspenalistiche di *civil* e *common law*, ma al gravissimo costo di rinunciare ad aspetti qualificanti della legalità costituzionale, che connotano la stessa forma di stato e incidono sulla separazione dei poteri. Quando, infatti, si rinuncia alla riserva assoluta di legge, non richiesta dall'art. 7 CEDU, ed alla determinatezza legale – non richiesta dall'art. 7 e non certo conseguibile attraverso l'opera della giurisprudenza, interna o della Corte EDU! – è al fondamento contrattualistico, democratico, parlamentare della legalità che si rinuncia.

I guasti di un tale ordine di idee sono chiaramente percepibili anche nel nostro ordinamento, basti pensare alla recente sentenza delle Sezioni Unite n. 34952 del 19 aprile 2012 in tema di rapina: in essa si afferma che, se è vero che il tenore letterale della legge non consente di configurare il tentativo di rapina impropria, tuttavia l'art. 7 CEDU impone di intendere la legalità nel senso di prevedibilità ed accessibilità della giurisprudenza, cosicché, esistendo un costante orientamento giurisprudenziale – ma non tanto, visto che si è dovuti giungere alle Sezioni unite – pur poco compatibile con il tenore letterale, la *ratio* del principio di legalità sarebbe rispettata e l'art. 25, comma 2, Cost non sarebbe violato.

Sull'altro versante dell'uropeizzazione del diritto penale, quello del diritto dell'Unione europea, si è assistito al tentativo di ricorrere alla Corte di giustizia dell'Unione per ottenere pronunce di illegittimità comunitaria di norme penali *contra reum*, per violazione di obblighi comunitari di tutela penale – CGUE, sent. 3 maggio 2005, Berlusconi ed altri –; ancora, la Corte di giustizia, con una nota sen-

tenza – CGUE, Grande Sezione, 13 settembre 2005, Commissione vs. Consiglio UE – ha configurato, in via giurisprudenziale, la legittimità di obblighi di tutela penale imposti mediante direttive.

Per di più, le decisioni-quadro emanate nell'ambito del terzo pilastro e, dopo il Trattato di Lisbona, alcune direttive hanno imposto l'introduzione o l'ampliamento di fattispecie penali e sono state anche richiamate in funzione interpretativa di norme penali interne; tali decisioni-quadro e direttive danno luogo sovente ad un conflitto tra l'attuazione efficace delle norme UE, che impongono un 'minimo' di tutela penale, e l'osservanza di principi costituzionali, tra cui in particolare anche il principio di offensività. Così, ad esempio, nell'adempiere ad obblighi derivanti da convenzioni del Consiglio d'Europa e decisioni-quadro, si è ampliata la punibilità degli atti preparatori in materia di terrorismo, introducendo gli artt. 270 *quater*, arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale, e 270 *quinquies*, addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale; un altro settore problematico è quello degli abusi sessuali su minori, laddove, prima con l'introduzione della punibilità della pedopornografia virtuale, art. 600 *quater* 1, e più di recente con l'introduzione della fattispecie di adescamento di minorenni, art. 609 *undecies* c.p., si è ampliata la tutela penale, in contrasto con il principio di offensività, a condotte che non coinvolgono alcun minorenne in carne ed ossa – pedopornografia virtuale – o che risultano sideralmente distanti dall'effettiva offesa. Si consideri, infatti, che l'adescamento punibile si realizza qualora «allo scopo di commettere i reati di cui agli articoli 600, 600 *bis*, 600 *ter* e 600 *quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 *quater* 1, 600 *quinquies*, 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *quinquies* e 609 *octies*» si commetta «qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi comunicazione». Ai fini della punibilità è, dunque, sufficiente una "lusinga" soggettivamente "volta a carpire la fiducia del minore", ancora con la finalità interiore di commettere determinati reati sessuali.

Gli obblighi di tutela penale imposti dall'Unione europea indirizzano, dunque, il giudice in senso contrario al principio di offensività e contribuiscono, con la vaghezza o l'oscurità dei precetti, ad ampliarne a dismisura il potere discrezionale – oltre al citato elemento delle lusinghe nel reato di adescamento, si pensi alla definizione di immagini virtuali di cui all'art. 600 *quater* 1, comma 2, c.p.: «per immagini virtuali si intendono immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali».

Anche al di là delle considerazioni già svolte, in alcune pronunce – si pensi al tema dell'eutanasia – soluzioni giurisprudenziali anche sostanzialmente condivisibili sono state argomentate, anziché sulla base di dati giuridici vincolanti, richia-

mando esperienze normative e giurisprudenziali straniere ed addirittura convenzioni all'epoca del giudizio non ancora vincolanti per l'Italia, come la Convenzione di Oviedo.

Sul piano teorico, a legittimare la crisi della legalità ha contribuito la valorizzazione dei recenti sviluppi della teoria dell'interpretazione, che riconoscono un indubitabile momento creativo nell'attività del giudice. Ciò ha alimentato un grave equivoco: non si tratta, infatti, di negare l'esistenza di uno spazio ermeneutico, ma di circoscriverlo alla luce dei principi della nostra Costituzione e, in primo luogo, attraverso la determinatezza legale. Ma anche attraverso il vincolo del giudice ai principi costituzionali, la cui efficacia deve esplicarsi nell'opera esegetica: ciò costituisce un dato ormai acquisito per quel che concerne, ad esempio, il principio di offensività cosiddetto 'in concreto', a partire dalla sent. Corte cost. n. 333/1991, in tema di sostanze stupefacenti. Il giudice che, tra due interpretazioni possibili, sceglie quella contraria al principio di offensività, viola una regola ermeneutica fondamentale, quella di un'interpretazione teleologica costituzionalmente orientata. E lo stesso deve valere anche per gli altri principi, come ad esempio quello di personalità della responsabilità penale, evitando, in sede ermeneutica, di avallare forme occulte di responsabilità oggettiva o di posizione – come pure frequentemente si verifica, e di recente è accaduto – e così via.

L'esegesi del giudice in diritto penale, lungi dall'orientarsi al diritto vivente – il che spesso significa, purtroppo, alla tralatizia recezione di massime giurisprudenziali, elaborate in relazione a costellazioni fattuali a volte diverse – deve essere illuminata dai principi, ma anche da quel patrimonio ricchissimo di conoscenze costituito dalla dommatica e, in particolare, dalla sistematica, tradotta, in parte, in quei complessi consolidati di regole che sono le parti generali dei codici.

Talora l'attività ermeneutica giurisprudenziale sembra invece allontanarsi da esse, inseguendo pragmaticamente – il che, spesso, vuol dire arbitrariamente – la soluzione ritenuta equitativamente più adeguata al caso concreto. E così, ad esempio, in materia di concorso esterno – posto che si ritenesse applicabile quella clausola indeterminata che è l'art. 110 c.p. ai reati associativi, altrettanto indeterminati e che costituiscono una deroga alle norme sul concorso – si sarebbero dovute applicare le norme in tema di concorso di persone. Invece, perfino la giurisprudenza delle Sezioni unite si è ripetutamente discostata da quelle regole, creandone, in via giurisprudenziale, di nuove e diverse. Prima si è affermato, con la sent. Cass. SS.UU. 5 ottobre 1994, Demitry, che concorrente 'esterno' fosse solo quello infungibile, indispensabile, ovvero solo chi prestasse un contributo tale da costituire una condicio sine qua non: il che non corrisponde agli orientamenti dominanti in tema di concorso di persone, laddove si punisce pacificamente il contributo soltanto agevolatore. Poi, con la sent. Cass. SS.UU. 30 ottobre 2002, Carnevale, si è affermata la punibilità del concorrente esterno che compie atti idonei, adeguati ad

agevolare l'associazione: arrivando, così, a configurare la punibilità eccezionale di un tentativo di concorso. Addirittura, in alcune sentenze – v. in particolare Cass., sez. I, 16 marzo 2000, Proc.gen. App. Catanzaro in c. Frasca – si è giunti ad affermare la punibilità, a titolo di concorso di persone nel reato associativo, del mero accordo, del patto di scambio politico-mafioso che non rientrasse nell'art. 416 *ter* c.p.: in palese contrasto non solo con il principio di offensività, ma con la stessa disciplina del concorso: art. 115 c.p.!

E gli esempi potrebbero continuare, come in tema di dolo eventuale, categoria più che controversa, di difficile legittimazione in uno stato di diritto, per il contrasto con il principio di legalità – l'art. 43 c.p. certamente contrasta con il suo riconoscimento – e con la determinatezza *sub specie* verificabilità empirica, perché non è possibile provare in un processo che l'autore abbia accettato il rischio dell'evento e non abbia piuttosto confidato nel suo non verificarsi. Ad esempio, nella nota sent. delle SS.UU. della Cassazione, n.12433 del 26 novembre 2009, in tema di ricettazione e dolo eventuale, la configurabilità della stessa viene basata sulla prima formula di Frank, quella secondo cui vi è dolo ogni volta che si possa ipotizzare che l'autore, se si fosse rappresentato con certezza l'evento, avrebbe agito ugualmente: posizione pressoché unanimemente rigettata, da tempo, dalla dottrina, perché in tal modo si fonda la sussistenza del dolo su una mera congettura. In altre sentenze il dolo eventuale viene impiegato in maniera del tutto acritica ed irriflessa, così come nei commenti di qualche studioso epigono del diritto vivente, che si preoccupa soltanto di costruire una casistica. Si assiste, così, alla 'morte' del sillogismo giudiziario: per sapere se si possa punire taluno a titolo di dolo eventuale, non occorre più interrogarsi su cosa sia il dolo eventuale!

Di fronte ad un tale stato di cose, alla dottrina penalistica spetta un compito fondamentale: quello di continuare a vivificare la cultura del diritto penale, dei suoi principi costituzionali e vincolanti, di coltivare una sistematica affidabile e di promuovere una critica inflessibile rispetto ad applicazioni legislative e giurisprudenziali foriere di gravissime cadute sul piano delle garanzie e, quel che non è meno grave, anche sul piano dell'efficienza del controllo penale.

In uno stato di diritto garanzie ed efficienza camminano di pari passo.

VITO VELLUZZI

DUE (BREVI) NOTE SUL GIUDICE PENALE  
E L'INTERPRETAZIONE

1. Nella teoria del diritto contemporanea il dibattito intorno all'interpretazione giuridica è sempre vivace. Sarebbe davvero riduttivo e inutilmente pretenzioso compendiarlo o voler dire una parola nuova in poche battute<sup>1</sup>. La finalità di questo scritto è più modesta. Le pagine che seguono vertono su due aspetti dell'interpretazione giuridica visti dalla prospettiva del giudice penale e sono caratterizzate dall'intento di indicare rispetto ad essi degli spunti di riflessione, non delle soluzioni<sup>2</sup>. L'ottica assunta è quella del teorico dell'interpretazione giuridica che guarda con marcato rispetto al diritto penale, ritenendolo un terreno fecondo per l'affinamento delle proprie elaborazioni.

Il primo aspetto riguarda la discrezionalità interpretativa del giudice penale e più in particolare se sia ancora ragionevole e sensato ritenere esistenti per l'interpretazione giudiziale dei limiti, dei criteri di controllo di natura semantica e sintattica. Si tratta cioè di capire se una certa lettura della legalità penale e delle disposizioni normative che ne costituiscono il presidio sul versante dell'interpretazione sia tutt'ora percorribile e in quali termini lo sia, oppure se costituisca una sorta di ingannevole e vanamente consolatoria illusione<sup>3</sup>. La trattazione di questo primo punto terrà in considerazione l'interpretazione giuridica intesa in senso stretto, come determinazione del significato delle disposizioni normative.

Il secondo aspetto concerne la costruzione di principi inespressi da parte del giudice, specie per l'ipotesi in cui la costruzione del principio sia finalizzata alla

<sup>1</sup> Due libri recenti e ricchi di informazioni sono quelli di R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011 e F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2012. Per una sintetica e curata esposizione delle problematiche connesse all'interpretazione giuridica v. G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. Dir., Annali*, V, 2012, *ad vocem*.

<sup>2</sup> La filosofia del diritto, infatti, al pari di quella generale, assolve al proprio compito soprattutto se sollecita e stimola ragionamenti. La base concettuale delle considerazioni che seguiranno è costituita principalmente dai saggi *Osservazioni sull'analogia giuridica* e *L'abuso del diritto in poche parole* entrambi in V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Pisa, 2012. Nel corso di questo scritto disposizione normativa ed enunciato normativo saranno usati col medesimo significato di enunciato delle fonti del diritto (di natura legislativa in particolare). Determinazione e attribuzione di significato saranno usate in maniera equivalente sul piano semantico.

<sup>3</sup> Si tratta di capire se le principali ragioni per le quali il diritto penale contemporaneo è stato concepito in un certo modo possano essere soddisfatte e a quali condizioni.

limitazione di diritti soggettivi dell'imputato. Anche qui entra in gioco la discrezionalità, tuttavia coinvolge profili differenti e ulteriori rispetto al punto segnalato per primo, forse ancora più problematici. Le questioni riguardanti questo secondo aspetto del rapporto tra giudice penale e interpretazione trovano un'eccellente esemplificazione nel cosiddetto abuso del processo, esempio dal quale si prenderanno le mosse per compiere considerazioni di ordine più generale<sup>4</sup>. La trattazione del secondo punto concerne l'interpretazione intesa in senso ampio, come attività compiuta dal giudice al fine di risolvere il caso a lui sottoposto<sup>5</sup>.

2. Iniziamo dal primo punto. Un giurista autorevole ha correttamente affermato che «ogni teoria dell'interpretazione "porta con sé" una immagine particolare del giudice, ed ogni definizione del ruolo del giudice "porta con sé" una specifica concezione dell'interpretazione. Di conseguenza, le variazioni nella teoria implicano variazioni nella definizione del ruolo istituzionale del giudice (e forse, in qualche misura, nel modo in cui i giudici interpretano il loro ruolo) e viceversa»<sup>6</sup>. È fisiologico che i giudici abbiano, in maniera più o meno consapevole, un modo di intendere il proprio ruolo e sposino, pur sempre con maggiore o minore consapevolezza, una concezione dell'interpretazione giuridica. Le due questioni subiscono, come riferito appena sopra, condizionamenti reciproci. Tuttavia, ciò appurato, bisogna interrogarsi sul fatto che per l'ambito penale esistono disposizioni normative di vario rango gerarchico le quali pongono divieti per l'interprete o forniscono indicazioni condizionanti l'attività giudiziale che si connettono alla legalità penale. Ne segue che il giudice penale non può proiettare sulla propria decisione (più puntualmente: sulla decisione e sulla motivazione adottata a sostegno di essa) la concezione dell'interpretazione a lui gradita o il modo di intendere il proprio ruolo di giudice senza rendere l'una e l'altro compatibili col quadro normativo complessivo, e per l'oggetto di questo breve scritto perlomeno con gli artt. 1 c.p., 14 preleggi e 25 comma 2 Cost.<sup>7</sup>. A seconda del modo in cui le disposizioni normative caratterizzanti la legalità penale sono intese, ossia vengono tradotte in norme, muta l'intensità del vincolo posto al giudice.

Orbene, la tesi che gli artt. 1 c.p., 14 preleggi, 25 comma 2 Cost. (assieme anche

<sup>4</sup> Non v'è l'intento di trattare complesse questioni processuali senza possederne le competenze, ma di cogliere i profili di interesse del tema per il teorico del diritto.

<sup>5</sup> Ossia di quelle attività (per esempio colmare le lacune e risolvere le antinomie) che sarebbe preferibile chiamare di integrazione e che presuppongono l'interpretazione intesa come determinazione e attribuzione di significato alle disposizioni normative (per questo e per altri aspetti salienti dell'interpretazione in campo giuridico v. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999).

<sup>6</sup> M. TARUFFO, *Il giudice e la «Rule of Law»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 943.

<sup>7</sup> È superfluo rammentarne in questa sede la formulazione.

ad altre fonti) possano fondare nel sistema giuridico un argine semantico e sintattico per l'interprete rispetto all'attribuzione di significato alle disposizioni normative (incriminatrici) che lo stesso interprete compie, si dice, in crisi. Il controllo della compatibilità tra decisione giudiziale e legalità penale non può più trovare il suo snodo principale ed efficace nella semantica e nella sintassi adottata (ovviamente all'interno dello schema costituzionale) dal legislatore. Ciò dipenderebbe dal fatto che gli enunciati normativi non veicolano un ambito di significati ben delineato, le regole semantiche e sintattiche di funzionamento della lingua in cui lo stesso enunciato normativo è formulato sono indeterminate e per questo non in grado di costituire un limite alla discrezionalità interpretativa. Se continuassimo a considerare il significato delle disposizioni normative sopra citate nel senso che "il legislatore emana testi portatori di significati" e "il giudice penale opera all'interno del perimetro semantico e sintattico tracciato dal legislatore" occulteremmo non solo un dato di fatto (ciò che taluni giudici fanno), bensì un profilo non eludibile di natura linguistica: il giudice non incontra vincoli particolari nel determinare il significato<sup>8</sup>. Bisognerebbe abbandonare, quindi, questa lettura, per così dire, ingenua e porsi in una differente prospettiva che sappia leggere con la dovuta e realistica malizia la relazione tra il legislatore e il giudice penale, proprio al fine di non occultare il peso del ruolo che quest'ultimo ineluttabilmente ha nel sistema giuridico e cercare di comprendere quali possano essere gli strumenti adeguati di valutazione e di controllo del suo operato<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Per essere chiari. Non si discute che il giudice decida discrezionalmente, si tratta però di capire in che cosa consista la discrezionalità, se vi sia un perimetro all'interno del quale possa essere esercitata e da che cosa il perimetro sia costituito. Si tratta di capire se tra i criteri di controllo dell'operato del giudice penale la semantica e la sintassi delle disposizioni normative assolvano un compito necessario e importante (anche se talora non sufficiente). Si tratta di comprendere, quindi, se si possa sostenere che «Assume rilievo, pertanto, il modo in cui una decisione si forma (nonché il contenuto che essa ha), e non solo il fatto che sia presa. Emerge, a questo proposito, il principio di legalità, che rinvia alla conformità a modelli giuridici prestabiliti, ponendosi come criterio irrinunciabile dell'esercizio legittimo del potere e del suo controllo [...] Il principio di legalità, infatti [...] Pretende che l'attività dei poteri pubblici debba svolgersi entro una cornice di regole e di principi riconosciuti che ne restringano la discrezionalità, talché questi poteri risultano soggetti alla (e dunque vincolati alla) legge, sia riguardo alle forme sia riguardo ai contenuti del loro esercizio» (così B. PASTORE, *Decisioni e controlli tra potere e ragione*, Torino, 2013, p. VIII). Altrimenti bisognerebbe interrogarsi sull'opportunità di mutare radicalmente la rotta, oppure bisognerebbe interrogarsi sull'opportunità di soddisfare quelle medesime esigenze per altra via; per un interessante dibattito in proposito v. F. GIUNTA (a cura di), *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in questa rivista, annata 2011, p. 77-137, con saggi di G. FIANDACA - A. GARGANI - C. F. GROSSO.

<sup>9</sup> Si tratta di una tendenza che accomuna autori e correnti di pensiero di differente estrazione, per una panoramica con particolare attenzione agli aspetti filosofico-linguistici v. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006. In queste parole introduttive si è accennato più volte alla dimensione decisionale e di controllo del diritto (penale e non), per una efficace chiarificazione delle nozioni di decisione e di controllo e delle reciproche cor-

Così ragionando, però, v'è probabilmente l'inconveniente di buttare il bambino assieme all'acqua sporca. Abbandonata a ragion veduta l'insostenibile tesi del giudice bocca della legge e privo di discrezionalità interpretativa non v'è l'inevitabile approdo dello scetticismo radicale rispetto alle norme (e quindi pure alle norme di legge)<sup>10</sup>. Occorre chiedersi: le regole semantiche e sintattiche di funzionamento della lingua sono davvero inservibili per distinguere ciò che è interpretazione (intesa come determinazione del significato delle disposizioni normative) da ciò che non lo è? Qualora la risposta all'interrogativo posto fosse negativa non si potrebbe indicare la lettura della legalità penale messa in discussione come ingenua o financo illusoria. I suoi critici non potrebbero più proporre la definitiva archiviazione perché impossibile da realizzare, bensì dovrebbero adoperarsi per sostenere (in maniera apertamente prescrittiva) le ragioni che militano a favore di un diverso atteggiarsi del rapporto tra legislatore e giudice. Un tentativo di fornire una risposta negativa all'interrogativo può essere fatto. Vediamo, seppure in estrema sintesi, come<sup>11</sup>.

La discrezionalità giudiziale dipende, si sa, da molteplici fattori, tra i quali v'è, oltre alla vaghezza dei significati e all'ambiguità delle parole, la qualità e la quantità del materiale normativo col quale il giudice è tenuto a misurarsi<sup>12</sup>. Qui non interessa passare i fattori in rassegna, interessa, invece, mettere in luce il carattere peculiare del linguaggio giuridico, ossia la presenza di un prestito linguistico (o semiotico)

relazioni v. ancora B. PASTORE, *Decisioni e controlli tra potere e ragione*, cit., cap. I-IV; si aggiungano le riflessioni significative di L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, 2008.

<sup>10</sup> È celebre l'affermazione di H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, per cui lo scettico radicale è sovente un formalista deluso. Con nitore è stato detto che il modello dell'interprete bocca della legge «apparentemente espressivo della massima precisione e tassatività della legge, è contrario al principio di tassatività». Se per principio di tassatività si intende l'aspetto *giudiziale* della determinatezza della legge, ossia il dovere del giudice di non depotenziare o violare l'esigenza di precisione e determinatezza della formulazione legale della regola [...] Per applicare un sillogismo giudiziale [...] non è necessario, ma neppure possibile, rinunciare all'interpretazione che deve precedere quell'operazione di sussunzione», così M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, in B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar, D. Pulitanò (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, p. 90. Sul rapporto tra interpretazione e sillogismo giudiziale v. D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, p. 316 ss.

<sup>11</sup> Per approfondimenti mi permetto di rinviare al mio *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in questa rivista, annata 2008, p. 493-507.

<sup>12</sup> Un'ampia trattazione di queste e di altre ragioni alla base della discrezionalità interpretativa è svolta da C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999. Sulla qualità della redazione delle leggi sono preziose le parole di U. SCARPELLI, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. Di Lucia (a cura di), *Nomografia*, Milano, 1995, p. 5 ss.; una questione di sicuro interesse è quello dell'uso di cosiddette clausole generali (la nozione è tra le più oscure v. la recente ed esaustiva voce di E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. Dir., Annali*, V, 2012, *ad vocem*) nel diritto penale, su cui da ultimo D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, in rete il 14.11.2012.

tra lingua naturale e diritto<sup>13</sup>. Sostenere che il diritto adotta la tecnica del prestito linguistico significa asserire che il legame tra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario è importante, sia a livello sintattico, sia a livello semantico. Più in particolare, il prestito «è massimo a livello sintattico, la struttura sintattico-grammaticale delle disposizioni giuridiche è presa quasi interamente dalla sintassi della lingua naturale di riferimento [...] Tanto grande è il “prestito” che l’espressione è in qualche modo ingannevole»<sup>14</sup>. Va aggiunto poi che il prestito linguistico «è grande anche a livello lessicale o semantico»<sup>15</sup>.

L’operatività del prestito semiotico o linguistico a livello semantico e sintattico si riverbera sulla questione dei limiti dell’interpretazione, poiché mette bene in evidenza che laddove l’interprete sia chiamato ad attribuire significato alle disposizioni normative «al di fuori dei significati ad esso attribuibili per mezzo delle regole semantiche e sintattiche della lingua in cui esso è formulato, non vi sia spazio alcuno per gli organi competenti di invocarlo. La prevedibilità del non intervento degli organi decisionali ed esecutivi è possibile pure perché le regole di funzionamento della lingua non sono patrimonio esclusivo del ceto degli esperti del diritto, bensì anche di coloro che non operano professionalmente col diritto»<sup>16</sup>. Insomma, pur nella complessità riconosciuta al linguaggio giuridico l’interprete resta tale, compie, cioè, attribuzioni di significato e non qualcosa d’altro se si muove nelle «aree di significanza» e nella «preesistente trama di relazioni sintattiche» che il legislatore gli consegna<sup>17</sup>. Per cui, almeno fino a quando il linguaggio giuridico resterà ca-

<sup>13</sup> Si segue qui M. JORI, *Linguaggio giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, cit., p. 257-288, specialmente 273-287.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 274, ove l’autore prosegue «in realtà si possono indicare solo le poche differenze [...] per esempio, la suddivisione dei testi di legge o anche di contratti in articoli, capitoli e commi».

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 274, senza per questo trascurare la presenza di termini tecnici e tecnicizzati, riguardo ai quali va comunque ricordato che entrambi operano all’interno della struttura sintattica e i secondi arricchiscono il lessico ordinario muovendo però da questo.

<sup>16</sup> Cito dal mio *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, cit., p. 501-502. Nella citazione v’è il riferimento alla certezza del diritto intesa come prevedibilità del non intervento dei pubblici poteri. Si tratta di una certezza del diritto ragionevolmente perseguibile sulla base delle caratteristiche del linguaggio giuridico e per quanto sia meno intensa della prevedibilità della decisione, non è da disprezzare (le varie distinzioni tra le specie di certezza del diritto interne al genere certezza come prevedibilità sono mutate da L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., p. 82 ss.).

<sup>17</sup> Le parole tra virgolette sono di U. SCARPELLI, *Semantica, morale, diritto*, Torino, 1969, p. 103-104. Le regole di funzionamento della lingua non indicano, quindi, il significato, bensì un insieme di significati. L’interprete gode di discrezionalità nel senso che opera scelte all’interno del lotto dei significati. Ciò non si pone in inevitabile urto con le concezioni cosiddette pragmaticamente orientate dell’interpretazione giuridica (si veda V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, Torino, 2012) che mettono al centro le teorie contestualiste del significato ritenendo il contesto (testuale e situazionale) decisivo per la determinazione del significato

ratterizzato dal prestito semiotico, all'interrogativo posto poco sopra potrà essere data risposta negativa. Quanto si è detto configura lo strumentario argomentativo tipico dell'interprete (costituito dagli argomenti sistematici, teleologici etc.)<sup>18</sup> in questi termini: esso è destinato a essere usato all'interno di un ambito delineato che lascia più opzioni disponibili all'interprete e rende la sua decisione discrezionale, ma non arbitraria.

Tuttavia, v'è da considerare l'ipotesi che il quadro semantico e sintattico abbia contorni sfumati e che quindi risulti indeterminato l'ambito dei significati di una disposizione normativa. Ciò parrebbe particolarmente importante per il diritto penale, poiché si potrebbe sostenere che se il criterio proposto per distinguere le attribuzioni di significato a un enunciato normativo dalle "altre attività" non è in talune occasioni fruibile esso non fornisce adeguate garanzie di riuscita. L'obiezione però è superabile richiamando la norma di chiusura del sistema penale per la quale nel dubbio si adotta l'interpretazione favorevole all'imputato (o sarebbe meglio dire che si esclude il significato rispetto al quale v'è il dubbio che possa essere uno dei significati di quella particolare disposizione normativa). Norma di chiusura che evoca, appunto, la stretta legalità penale e viene tratta dall'interpretazione di svariate disposizioni normative di rango costituzionale e legislativo, alcune delle quali sono già state menzionate. Ne segue che per il diritto penale «*Non c'è dunque una diversità della "natura" del diritto, ma nei doveri del giudice e dell'interprete, per ragioni di garanzia.* Nel declinare questa garanzia [...] i diritti dell'imputato sono costituzionalmente prevalenti rispetto a quelli della vittima, giacché questi ultimi sono già stati contemplati attraverso il principio di legalità»<sup>19</sup>. Ecco, dunque, che la trasformazione della discrezionalità interpretativa del giudice penale da capacità di opzione vincolata dalle scelte semantiche e sintattiche compiute dal legislatore a capacità di adottare la decisione andando anche oltre ciò che il legislatore ha detto

degli enunciati normativi. A meno che non si acceda a una visione radicale del contestualismo per la quale il solo contesto serve per determinare il significato degli enunciati normativi, la concezione pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica non nega, anzi afferma come necessario il ruolo svolto dalle regole di funzionamento della lingua, non lo ritiene però sufficiente: per avere un significato completo è indispensabile far ricorso al contesto. Il peso accordato al contesto (e quindi alle regole di funzionamento della lingua) può essere, però, diverso a seconda che si ritenga che: a) il contesto sia elemento necessario di arricchimento di ciascuno dei significati disponibili; b) il contesto serva a scegliere il significato più appropriato tra quelli disponibili.

<sup>18</sup> Sui quali diffusamente P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007. Ovviamente laddove gli sia consentito dal sistema giuridico e secondo le modalità dallo stesso fissate nulla impedisce all'interprete di spingersi oltre la cornice dei significati (strumento paradigmatico è l'analogia).

<sup>19</sup> M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale*, cit., p. 90. Per la messa alla prova della tesi qui difesa con alcuni casi giurisprudenziali rinvio a quanto ho scritto in F. GIUNTA (a cura di), *Tra analogia giuridica e interpretazione estensiva. Opinioni a confronto*, in questa rivista, annata 2010, p. 375-382.

(e di come lo ha detto), non è la conseguenza necessitata del tramonto di un certo modo di intendere la legalità penale, della non percorribilità, per così dire, della via semantico-sintattica della legalità penale stessa e della perseguibilità e garanzia dei valori a essa sottesi. Si tratta, invece, di un diverso modo di intendere i doveri del giudice e il suo compito nel sistema giuridico, differente modo che va però giustificato alla luce del quadro normativo vigente, oppure va proposto come un (legittimo) programma di cambiamento del sistema penale.

3. Ora bisogna affrontare il secondo punto che tocca il processo penale. L'intento è quello di mettere in luce, attraverso un esempio, i rischi per la legalità processuale derivanti da talune attività di costruzione e uso di principi inespressi da parte dell'interprete. Non v'è il proposito di discutere questioni squisitamente processuali.

In una nota sentenza della Corte di Cassazione si legge: «Lo svolgimento e la definizione del processo di primo grado sono stati insomma ostacolati da un numero esagerato di iniziative difensive, ciascuna in astratto di per sé espressione di una facoltà legittima, ma che essendo in concreto del tutto prive di fondamento e di scopo conforme alle ragioni per cui dette facoltà sono riconosciute, hanno realizzato un abuso del processo [...] non può non ricordarsi che è oramai acquisita una nozione minima comune dell'abuso del processo che riposa sull'altrettanto consolidata e risalente nozione generale dell'abuso del diritto, riconducibile al paradigma dell'utilizzazione per finalità oggettivamente non già solo diverse ma collidenti (pregiudizievoli) rispetto all'interesse in funzione del quale il diritto è riconosciuto». Poco oltre, dopo aver citato giurisprudenza nazionale ed europea a proprio sostegno, nonché dopo aver indicato l'art. 35 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per il quale il ricorso non è ricevibile se «è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo», i giudici affermano che «Alla luce della giurisprudenza delle Sezioni Unite civili, della Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo, l'abuso del processo consiste, dunque, in un vizio per sviamento della funzione; ovvero secondo una più efficace definizione riferita in genere all'esercizio di diritti potestativi, in una frode alla funzione»<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> *Cass. pen., SS.UU.*, 10 gennaio 2012, n. 155, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444 ss., con nota di F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*. I giudici affermano pure che «Il carattere generale del principio dipende dal fatto che, come osserva autorevole dottrina, ogni ordinamento che aspiri a un minimo di ordine e completezza tende a darsi misure, per così dire di autotutela, al fine di evitare che i diritti da esso garantiti siano esercitati o realizzati, pure a mezzo di un intervento giurisdizionale, in maniera abusiva, ovvero eccessiva e distorta [...] Sicché l'esigenza di individuare limiti agli abusi s'estende all'ordine processuale e trascende le connotazioni peculiari dei vari sistemi».

La sentenza riconduce l'abuso del processo al più generale abuso del diritto (soggettivo). Il tema è tra i più complessi e temibili. In questa sede si intende richiamare l'attenzione del lettore solo su due aspetti. Il principio dell'abuso del processo, quale specie dell'abuso del diritto, è un principio inespresso. Il modo in cui la Corte configura le condizioni operative dell'abuso (o per essere rigorosi: del divieto di abuso) comportano l'individuazione delle ragioni dell'attribuzione del diritto soggettivo di cui l'imputato avrebbe abusato con la sua condotta processuale frustrandone, appunto, gli scopi.

Esaminiamoli brevemente entrambi.

Che cos'è un principio inespresso? «Generalmente parlando, da una o più regole si desume – o per meglio dire, a partire da una o più regole si “costruisce” – un principio inespresso mediante una congettura intorno alla “ratio”, alla ragion d'essere, allo scopo della regola o delle regole in questione»<sup>21</sup>. Un principio inespresso è, quindi, una norma elaborata a partire da una o da più norme (denominate sovente regole per distinguerle proprio dalle norme che sono principi). Il principio è inespresso in quanto ragione giustificatrice latente di una o più norme. Facendo emergere questa ragione il principio prende forma. Il principio del divieto di abusare dei propri diritti soggettivi all'interno del processo penale viene desunto, per la sentenza in questione, da una norma della CEDU e da una serie di decisioni giurisprudenziali nazionali e sopranazionali. Il materiale di costruzione del principio è costituito in prevalenza da (autorevoli) precedenti giurisprudenziali in gran parte maturati in contesti differenti dal processo penale. Il contenuto del principio sarebbe questo non si possono usare i propri diritti nel processo in maniera manifestamente contraria alle ragioni per le quali i diritti medesimi sono stati attribuiti. Non per uno scopo semplicemente diverso, si badi, bensì contrario in via palese a quello sotteso all'attribuzione del diritto.

Qui emerge un primo problema: come può l'esercizio di un diritto soggettivo conforme ai significati attribuibili alla disposizione normativa che lo conferisce essere manifestamente contrario alla finalità per la quale il diritto è riconosciuto? L'interrogativo non è di poco conto, poiché se è più o meno agevole sostenere

Il lessico della sentenza non è estraneo alle riflessioni di teoria del diritto v. M. ATIENZA - J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento del potere*, Bologna, 2004; sul diritto soggettivo e sulle principali questioni a esso attinenti v. G. PINO, *Diritti soggettivi*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, cit., p. 220-253; sui profili storici, teorici e di diritto positivo italiano dell'abuso del diritto v. i saggi contenuti in V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012; sull'abuso del processo penale v. E. M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004 e più di recente P. CORSO, *Quale difesa dall'abuso nella difesa?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2013, p. 104 ss.

<sup>21</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 186. Per il vero le modalità grazie alle quali vengono costruiti i principi inespressi sono molteplici v. G. B. RATTI, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Torino, 2008, p. 319 ss.

che talune modalità di esercizio del diritto soggettivo, pur essendo in linea con lo spettro semantico della disposizione normativa, non raggiungono, non realizzano al meglio la finalità per la quale è stato attribuito o ne realizzano pure altre assieme a quella, pare più arduo comprendere in quale guisa, stante una certa disposizione normativa, uno o più dei significati per essa determinabili e alcune delle azioni a questi significati riconducibili, siano manifestamente contrari al risultato cui mira il diritto soggettivo che la stessa disposizione normativa attribuisce. Inoltre le categorie della legittimità in astratto e dell'abuso in concreto sono fuorvianti: se l'azione realizzata è legittima in astratto vuol dire che essa è una istanza della classe regolata dalla norma attributiva del diritto soggettivo, per cui in quanto tale o è legittima pure in concreto, oppure ad essere illegittima è l'intera classe di comportamenti prevista e non solo la singola azione o la serie di azioni di esercizio del diritto soggettivo. Pur tralasciando queste aporie, il punto cruciale è che dietro l'uso di strumenti concettuali non sempre cristallini v'è un esito riassumibile in termini chiari: individuata la finalità dell'attribuzione del diritto soggettivo per mezzo di essa si escludono tutti i significati della disposizione normativa attributiva del diritto soggettivo che si ritiene non realizzino la finalità medesima o producano uno o più effetti ulteriori sgraditi.

Ciò detto, va ricordato, allora, che il soggetto deputato a individuare la finalità dell'attribuzione diritto soggettivo è il giudice, per cui a seconda della ragione attributiva di volta in volta individuata egli è in grado di restringere i diritti soggettivi dell'imputato rispetto ai significati attribuibili gli enunciati normativi che li conferiscono. Si sa, infatti, che l'individuazione della *ratio* dell'attribuzione è attività caratterizzata da forte discrezionalità<sup>22</sup>. V'è inoltre da chiedersi: vista l'assenza di un espresso divieto di abusare del processo penale (sarebbe meglio dire dei diritti soggettivi riconosciuti all'imputato nel processo) e visto che il contenuto del principio inespresso consiste esclusivamente nel vietare l'abuso, chi stabilisce la conseguenza giuridica dell'uso abusivo del diritto soggettivo? La risposta è semplice: il giudice.

Riassumendo. Per la sentenza di cui si discute l'abuso del processo penale è riconducibile alla più ampia figura dell'abuso del diritto; che non si possa abusare del processo penale è stabilito da un principio inespresso ricavato soprattutto da precedenti giurisprudenziali di varia provenienza; il contenuto del principio consiste nel vietare usi del diritto soggettivo contrari alla finalità per la quale il diritto stesso è stato attribuito; la determinazione della finalità per la quale il diritto soggettivo è stato attribuito è rimessa al giudice, il quale individua così le condizioni di esercizio legittimo del diritto e la conseguenza giuridica che deriva dall'assenza di tali condizioni.

<sup>22</sup> Al pari della determinazione della *ratio legis* (sull'argomento mi sia consentito il rinvio a V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, p. 125 ss.).

Considerando che ci si muove nell'ambito del processo penale, però, assecondare questa linea interpretativa comporta il rischio di abusare dell'abuso. V'è da riflettere, infatti si limitano i diritti soggettivi per mezzo di un supposto principio generale (tanto generale da apparire rarefatto) che consente al giudice di determinare le condizioni del legittimo esercizio del diritto soggettivo e ciò che consegue dalla loro carenza: che si usi una formula di sicuro impatto retorico (l'abuso appunto) non muta la situazione, poiché «*What's in a name? That which we call a rose By any other name would smell as sweet*»<sup>23</sup>. Laddove siano in discussione garanzie processuali bisogna tenere in seria considerazione il pericolo che per riscattare il diritto (oggettivo) dalla propria miseria<sup>24</sup> per il tramite dell'abuso del processo (in quanto specie del genere abuso del diritto) si paghi un prezzo assai, forse troppo, alto.

<sup>23</sup> W. SHAKESPEARE, *Romeo and Juliet*, Atto II, scena II.

<sup>24</sup> Sono le autorevoli e conosciute parole di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, p. 205 ss.

NICOLÒ ZANON

SU ALCUNI PROBLEMI ATTUALI DELLA RISERVA DI LEGGE  
IN MATERIA PENALE

1. Faccio un'immediata *discovery* culturale, che serve da premessa e illustra lo spirito con il quale affronto il tema. Cerco di restare fedele a quelli che ritengo essere alcuni fondamenti del diritto costituzionale contemporaneo e perciò non accolgo con favore acritico mode e tendenze recenti. Ma proprio per questo, in ordine al tema del rapporto tra giudice e legge penale, e alla connessa "legittimazione" del giudice, sono costretto a registrare una serie di trasformazioni profonde, che appaiono quasi rivoluzionarie rispetto al tradizionale sistema concettuale utilizzato dai giuspubblicisti post-rivoluzione francese. Da questo punto di vista, la questione di fondo è comprendere se a queste trasformazioni si debba cercare di resistere, ovvero se si debba semplicemente prendere atto del loro "accadere", e piuttosto attivarsi per una loro razionalizzazione.

Quanto al rapporto tra giudice e legge (non solo penale, ovviamente), l'art. 101 è la disposizione che, nella nostra Costituzione, sintetizza alcuni degli elementi essenziali di questo sistema concettuale. La giustizia è amministrata in nome del popolo, e i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Il significato minimale della prima parte della disposizione è che la democrazia, quindi il potere del popolo (che si esercita nei limiti e nelle forme della Costituzione), è la giustificazione ultima anche della funzione giurisdizionale; e la seconda parte sottolinea che l'indipendenza del giudice nell'esercizio delle sue funzioni non equivale all'arbitrio ma ha senso solo nell'ambito di ciò che la legge prevede. Se il giudice abbandona il terreno all'interno del quale gli è possibile sussumere sotto norme generali e astratte la fattispecie concreta da decidere, «in tal caso non può più essere un giudice indipendente, e nessuna apparenza di giurisdizionalità può allontanare da lui questa conseguenza»<sup>1</sup>. Indipendenza del giudice e sua soggezione alla legge, così si diceva, sono due facce della stessa medaglia.

Ora, sappiamo da tempo che non è più possibile ripetere in modo innocente questi assunti. Rischia di non avere molto significato limitarsi a sostenere che il giudice è soggetto solo alla legge, mettendo tra parentesi l'avverbio "solo" e sottolineando l'aspetto della soggezione, quale precipitato della divisione dei poteri

<sup>1</sup> C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), trad. it. *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, p. 37.

che identifica, nell'esperienza storica post-rivoluzione francese, il *proprium* della funzione giurisdizionale. Alla dottrina post-illuminista il "segreto della casa", per dir così, è da tempo svelato: ed ormai anche in materia penale si insegna che la soggezione alla legge non fa del giudice un mero applicatore, e che egli non è potere "neutro"<sup>2</sup>.

Il fatto è che, nei tempi attuali, si è andati ben oltre queste constatazioni: sul piano teorico, vi sono ad esempio forti e diffuse tendenze ad abbandonare programmaticamente, e consapevolmente, ogni tentativo di fissare in principio il confine tra interpretazione giurisprudenziale e creazione di nuovo diritto, sostenendosi l'impossibilità teorica di tale operazione, ciò che si traduce non solo in una certa tolleranza per alcune disinvolture interpretative della giurisprudenza, ma anche talvolta in una certa indifferenza per i principi della distinzione tra poteri e funzioni<sup>3</sup>.

In dottrina, si è ormai portati, *bon gré mal gré*, a riconoscere che in tutti i settori del diritto, e anche nel diritto penale, l'esperienza giurisprudenziale e il diritto vivente che si forma nel concreto esercizio della funzione giurisdizionale, hanno non solo un ruolo centrale, com'è inevitabile che sia, ma finiscono quasi per esaurire l'essenza stessa del diritto.

Nota la dottrina costituzionale che in argomento ritengo più avvertita<sup>4</sup> il diffondersi di un atteggiamento culturale che vede l'essenza del diritto assai più nella giuris-dizione che non nella legis-lazione. Non solo il diritto sarebbe molto più della legge, ma quel che davvero conterebbe non sarebbe tanto il "fare" la legge (la sua *latio*), quanto il "pronunciarne" il contenuto (la sua *dictio*). Ciò, osserva questa dottrina, si manifesta nella dommatica, nella teoria dell'interpretazione, nella teoria della forme di Stato e di Governo. Nella prospettiva dommatica, è frequente l'affermazione per cui anche nei sistemi di *civil law* le sentenze (non solo quelle della Corte costituzionale<sup>5</sup>) sarebbero ormai fonti del diritto (e analizzerò

<sup>2</sup> Per una disamina della problematica in materia penale v. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

<sup>3</sup> Sono tendenze culturali che si disvelano, con piena consapevolezza, e senza mezzi termini, anche nella giurisprudenza. Tanto per fare un esempio, la Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili (15 giugno 2003 n. 11091), ha potuto affermare che "la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è di rilievo meramente teorico, in quanto – postulando che il giudice applichi non la norma esistente, ma una norma da lui creata – è figura che può ipotizzarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di formale produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa che, come si riconosce dalle più recenti ed accreditate teorie post-illuministiche, non ha una funzione meramente euristica, ma si sostanzia in opera creativa della volontà di legge nel caso concreto".

<sup>4</sup> M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) n. 3/2012 (3 luglio 2012).

<sup>5</sup> Esprime in materia una posizione molto critica A. CARMONA, *La legislazione penale ad personam. I rimedi in malam partem della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012, 717 ss.

più avanti un tentativo di applicazione di questa prospettiva al settore del diritto penale, opportunamente frenato dalla Corte costituzionale). In quella della teoria dell'interpretazione, è diffusa l'idea che l'interprete abbia quale principale funzione l'identificazione del corretto bilanciamento tra valori concorrenti, operazione nella quale il testo della disposizione finisce per avere un'importanza tutto sommato marginale. In quella della teoria della forma di Stato e di Governo l'attenzione è ormai posta solo alla giurisdizione, o meglio agli effetti istituzionali dell'attività delle giurisdizioni, italiane ed europee: effetti che derivano innanzitutto dal cd. "dialogo tra le Corti", nuovo paradigma culturale dominante al quale vengono dedicati da anni libri e convegni e sul quale ogni giovane studioso è chiamato a farsi le ossa. Secondo questa prospettiva è alla giurisdizione che viene accollato il fardello della decisione pubblica, mentre la legge resta solo sullo sfondo, come mero punto di avvio dell'opera del giudice.

2. Anche con riferimento specifico al diritto penale, la soggezione alla legge e la stessa riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.) vengono poste in forte discussione e minacciate da fenomeni di crisi, erosione e corrosione. Continuano a manifestare una certa capacità di resistenza, che si rivela attraverso omaggi non solo formali che la giurisprudenza, anche costituzionale, riconosce loro e che cercherò di illustrare attraverso qualche esempio. Ma non c'è dubbio che la linea di resistenza da essi sprigionata appare residuale, e indebolita assai la loro forza di legittimazione attuale.

Ciò vale per tutti gli aspetti della riserva di legge in materia penale, da quello democratico a quello garantista.

Il carattere democratico della riserva di legge è intaccato dalla crisi grave e profonda della rappresentanza politica e dalle istituzioni che ad essa danno forma<sup>6</sup>.

Come è noto, nella nostra tradizione dottrinale, di origine illuminista, il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, "unita per contratto sociale". La letteratura illuministica, più che affidare il monopolio della competenza penale alla legge in quanto atto-fonte, lo attribuisce all'organo-Parlamento<sup>7</sup>. E in Parlamento, il procedimento di formazione della legge penale – questo è il modello! – è aperto al confronto tra maggioranza e minoranza, ed è adeguato a tutelare i diritti dell'opposizione, che può sindacare le scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza. La dottrina penal-illu-

<sup>6</sup> Si v. sul punto il lucido quadro offerto da G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior.*, XXXVI, 2007, p. 1281 ss.

<sup>7</sup> V. per tutti, tra i penalisti, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 64 ss.

ministica individua quindi il fondamento del principio di riserva di legge penale nel fatto che il soggetto-Parlamento, l'organo produttore della legge, vede riunito, attraverso i suoi rappresentanti, tutto il popolo sovrano. In una famosa sentenza (la n. 487 del 1989), la Corte costituzionale individua in questa *ratio* l'incompetenza della legge regionale (o meglio: dei consigli regionali) in materia penale. La criminalizzazione comporta, anzitutto, una scelta tra tutti i beni e valori emergenti nell'intera società: e tale scelta non può esser realizzata dai consigli regionali (ciascuno per proprio conto), a causa della mancanza d'una visione generale dei bisogni ed esigenze dell'intera società.

Ancora di recente, nella sentenza n. 230 del 2012, sulla quale tornerò, la Corte costituzionale insiste sulla *ratio* democratica della riserva di legge in materia penale, e riafferma che il potere di normazione in materia penale è affidato al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale, il quale esprime le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione.

3. Ma se questi sono i fondamenti della *ratio* democratica della riserva, l'illustrazione dei fattori di crisi può apparire agevole<sup>8</sup>.

Sono fattori innanzitutto endogeni.

Sul piano istituzionale, vi è la tendenza alla marginalizzazione della produzione legislativa di origine parlamentare, a favore degli atti normativi del Governo.

Sul piano parlamentare, si osservano alcune frequenti distorsioni del procedimento legislativo – come ad es. la prassi dei cd. “maxiemendamenti”, poi magari blindati attraverso la posizione della questione di fiducia – che mettono in discussione proprio le virtù garantiste della procedura.

Sul piano dell'evoluzione del sistema politico, si assiste alla tendenza verso sistemi maggioritari o para-maggioritari, in cui l'accento si sposta, di fatto, dall'elezione di una rappresentanza politica alla individuazione del *Leader*, a prescindere da ogni valutazione sulla auspicabilità o meno di riforme costituzionali che vadano anche formalmente in questa direzione.

Sul piano della sociologia politica, non ha bisogno di essere sottolineata la crisi dei partiti e la drammatica perdita di autorevolezza e legittimazione delle classi politiche. Sul piano dei rapporti tra le fonti del diritto, la dottrina e la giurisprudenza descrivono frequenti fenomeni di etero-integrazione delle norme penali ad opera di fonti secondarie, e la presenza di norme penali che sanzionano la disobbedienza a provvedimenti della pubblica amministrazione (si pensi al cd. diritto penale “sin-

<sup>8</sup> Cfr. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, 2006, Milano, *passim*.

dacale”, ove la sanzione penale è irrogata per la violazione di ordinanze di necessità e urgenza emanate dal sindaco<sup>9</sup>).

Sul piano delle tecniche interpretative tipiche dell'attività giurisdizionale, come fattore di crisi della riserva di legge in generale, e anche di quella in materia penale, si pensi al fenomeno della cd. interpretazione “conforme a”: conforme a Costituzione, al diritto dell'Unione, a Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al diritto internazionale. Limitandomi alla prima – sulle altre dirò a proposito dei fattori esogeni – è noto che la stessa Corte costituzionale ha avallato e incoraggiato la tendenza dei giudici comuni a fare da soli le operazioni interpretative volute, senza interpellare il giudice delle leggi: “*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali* (Corte cost. 356 del 1996)”.

Come si è efficacemente notato dalla dottrina meno entusiasta circa il fenomeno<sup>10</sup>, tutto ciò ha condotto: a) alla lacerazione della “legalità legale”, non più semplicemente modellata dalla legalità costituzionale, ma da questa sostituita; b) alla circostanza che il giudice comune si è sostituito al giudice costituzionale, il giudizio in via incidentale si è avvizzito (anche quantitativamente: basta ascoltare i dati statistici contenuti nelle sempre più allarmate conferenze stampa annuali dei Presidenti della Corte), per essere sostituito da un controllo paradiffuso di costituzionalità; c) la Corte costituzionale ha ridotto il raggio di applicazione di una disposizione, come l'art. 136 cost., che impone l'annullamento con effetto *erga omnes* delle leggi incostituzionali, e che è essenziale per la certezza del diritto.

La dichiarazione di incostituzionalità finisce così per essere sostituita, in troppe circostanze, da un sindacato caso per caso, con effetti imprevedibili, che anziché la

<sup>9</sup> Sul tema, nella dottrina costituzionale, I. PELLIZZONE, *Norme penali in bianco e riserva di legge*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Quaderni del Gruppo di Pisa, Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008, a cura di Elena D'Orlando e Laura Montanari, Torino, 2009, 3 ss.

<sup>10</sup> M. LUCIANI, *op. ult. cit.* Lo stesso A. sottolinea i rischi dell'interpretazione conforme che diventi, in assenza di controlli, “normazione”, in *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”* (06-08-2007), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 7 ss.

In tema di interpretazione conforme e diritto penale si v. anche, nella dottrina costituzionale, G. U. RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2412 ss. Per un approccio decisamente più disponibile, sempre in riferimento a un caso verificatosi in materia penale, v. invece M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 1/2012 (20 marzo 2012).

Nella dottrina penalista, si v. inoltre, con specifico riferimento all'interpretazione conforme alle fonti sopranazionali, V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (9 luglio 2012), che mette in guardia dai rischi segnalati nel testo.

certezza del diritto assicura, negli slogan delle dottrine entusiaste, la “certezza dei diritti”, la quale, nella realtà, è però spesso il trionfo del soggettivismo occasionalistico applicato alla giurisdizione, attraverso interpretazioni pretesamente conformi a Costituzione, che non di rado prescindono dal testo di legge<sup>11</sup>.

È evidente come tutto ciò congiuri a favore di una crisi “istituzionale”, per dir così, della riserva di legge in generale e, per quel che a noi interessa, della riserva in materia penale.

4. Ci sono poi i fattori esogeni. Tra questi, il progressivo sviluppo del diritto penale dell’Unione europea: l’art. 83 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona) prevede ormai specifici ed espressi ambiti di competenza penale dell’Unione, sia in quanto competenza del tutto nuova ai fini della lotta contro forme di criminalità gravi e per loro natura transnazionali, sia in quanto espressione di un potere riconosciuto all’Unione dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia – ricordo in particolare una nota sentenza del 2005 in materia di inquinamento ambientale – al fine di favorire il raggiungimento dei fini cui tendono normative extra-penali già emanate dall’Unione per regolare alcune politiche proprie (nelle materie dell’*ex primo pilastro*)<sup>12</sup>. Questo potere si deve esercitare attraverso direttive, che certo richiedono l’attuazione negli ordinamenti interni attraverso normative nazionali: ma è facile osservare che, spesso, le nostre leggi delega comunitarie finiscono per attribuire ampi poteri all’esecutivo nel recepimento di direttive dell’Unione che impegnano lo Stato a preve-

<sup>11</sup> Tra i casi recenti ricordo soltanto la particolarissima operazione interpretativa realizzata dalla Corte di Cassazione sull’art. 275, comma 3, c.p.p., che impone di applicare la misura della custodia cautelare in carcere ai responsabili del delitto di violenza sessuale di gruppo. La Cassazione ha stabilito che possono essere applicate misure diverse quando siano stati acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte anche mediante restrizioni non carcerarie della libertà personale: e ciò fa in antiletterale applicazione “analogica” dei medesimi principi in base ai quali la Corte costituzionale aveva dichiarato incostituzionale la previsione della custodia cautelare in carcere obbligatoria per altri reati! Difficile negare che la scelta legislativa testuale finisca per essere alterata, nel caso specifico: e nessuna considerazione circa l’opportunità della scelta di merito operata dalla Suprema Corte può oscurare il problema. Sulla questione cfr. M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, cit.; T. E. EPIDENDIO, *Violenza sessuale di gruppo: la crisi dei rapporti tra Cassazione e Corte costituzionale* (Nota a Cass. sez. un. pen. 20 gennaio 2012, n. 4377), in *Quaderni costituzionali*, 2012, 408 ss.

<sup>12</sup> V. in tema di recente C. SOTIS, *La mossa del Cavallo. La gestione dell’incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 464 ss.; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Per un’illustrazione in concreto del livello di avanzamento dell’elaborazione di un diritto penale “europeo” cfr. A. VENEGONI, *Prime brevi note sulla proposta di direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell’Unione attraverso la legge penale*, *www.penalecontemporaneo.it*.

dere sanzioni anche penali. Sicché, anche se è ormai meno forte il lamento per il *deficit* democratico dell'Unione, in virtù dell'affermarsi in essa di un procedimento normativo che vede necessariamente coinvolto il Parlamento europeo, e grazie alla presenza di penetranti controlli reciproci fra gli organi dell'Unione, la crisi istituzionale della riserva di legge "nazionale" in materia penale si aggrava.

D'altra parte, non è così facile pensare che il Parlamento europeo si sostituisca, puramente e semplicemente, a quello nazionale nel ruolo che la tradizionale *ratio* democratica della riserva affida a tale organo<sup>13</sup>.

Dico per inciso che altre democrazie si sono accorte del problema molto più di quanto sia accaduto l'Italia, che per vero – è vecchia, tradizionale questione – non conosce procedure che attribuiscono al giudice costituzionale un controllo finale sulla compatibilità costituzionale dei trasferimenti di competenza (o di sovranità!) dallo Stato all'Unione Europea (e anzi siamo l'unico Paese in queste condizioni: tutti gli altri Stati di democrazia matura e anche i nuovi si sono dotati di procedure apposite). In ogni caso, assai significative sono le parole del *Bundesverfassungsgericht* tedesco nella nota sentenza del giugno 2009 sul Trattato di Lisbona<sup>14</sup>. Secondo il giudice costituzionale tedesco, proprio per le caratteristiche che il Parlamento europeo esibisce, le norme che attribuiscono competenze penali all'Unione devono essere interpretate in modo restrittivo.

Afferma la Corte tedesca che, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione europea difetta di un organo di decisione politica formato attraverso elezioni eguali per tutti i cittadini dell'Unione e capace di rappresentare in modo unitario la volontà popolare. A tal riguardo manca un sistema di organizzazione del potere nel quale una volontà di maggioranza europea potrebbe reggere la formazione di un governo, ricollegandosi a decisioni libere ed eguali degli elettori e favorendo una competizione trasparente tra maggioranza e opposizione. Il Parlamento europeo, anche dopo la riformulazione dell'art. 14 paragrafo 2 TUE-Lisbona e contrariamente a quanto la lettera dell'art. 10 paragrafo 1 TUE-Lisbona sembra pretendere, non è un organo che rappresenta un popolo europeo sovrano. Il suo disegno istituzionale è quello di una rappresentanza dei popoli attraverso i contingenti nazionali dei deputati assegnati, non invece di una rappresentanza dei cittadini dell'Unione in quanto unità indistinta secondo il principio dell'eguaglianza del voto.

E in considerazione del fatto che le norme del diritto penale e della procedura penale toccano in modo particolarmente sensibile l'autodeterminazione democratica, le basi pattizie delle competenze relative a tali ambiti devono essere interpretate in senso stretto – in nessun caso in modo estensivo – e la loro applicazione

<sup>13</sup> In direzione opposta v. A. BERNARDI, *op. ult. cit.*, 22 ss.

<sup>14</sup> Decisione *BVerfG*, 2*BvE* 2/08 del 30/06/2009, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), con commenti di L. CASSETTI - R. DICKMANN.

richiede una giustificazione apposita. Il diritto penale nel suo nucleo normativo non si presta a essere strumento giuridico tecnico per rendere più effettiva una cooperazione internazionale, ma esprime una decisione democratica particolarmente sensibile sul minimo etico del diritto. Questo viene riconosciuto esplicitamente anche dal Trattato di Lisbona che prevede per le nuove competenze attribuite in materia penale il cd. freno d'emergenza, che consente al rappresentante di uno Stato membro nel Consiglio – in ultima istanza tenuto a rispondere al parlamento – di richiamarsi ad “aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale” per impedire con il veto almeno per il proprio paese che una direttiva incida sul diritto penale (art. 83 paragrafo 3 TFUE).

5. Ancora, contribuisce in notevolissima misura a erodere la *ratio* democratica della riserva di legge in materia penale la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e il suo conseguente utilizzo da parte dei giudici nazionali nell'interpretazione anche del diritto penale<sup>15</sup>. Come è noto, in base alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la nozione di “diritto” contenuta nell'art. 7 della CEDU comprende sia il diritto di origine legislativa che quello di origine giurisprudenziale: ed è estremamente significativo che entrambi i formanti, quello legislativo e quello giurisprudenziale, debbano possedere, per questa giurisprudenza, i requisiti della accessibilità e della prevedibilità<sup>16</sup>. È evidente che, a questa stregua, la nozione convenzionale di “base legale” non è affatto equivalente alla garanzia della riserva di legge in materia penale prevista dalla nostra Costituzione.

Nel giudizio sulla violazione dell'art. 7 della Convenzione un ruolo di spicco viene attribuito, in un orientamento da tempo consolidato della Corte europea, al preteso ruolo “chiarificatore” della giurisprudenza, chiamata, anche in assenza di patologie nella produzione normativa, ad applicare norme penali talvolta astrattamente suscettibili, per come sono formulate, di interpretazioni distanti tra loro.

Si può dire che, sulla base dell'art. 7 CEDU, la giurisprudenza della Corte europea accentua piuttosto le esigenze di garanzia assicurate da norme penali chiare e dal principio di irretroattività, ma trascura la riserva alla legge della decisione di politica criminale, quale prodotto di un organo democraticamente legittimato. Non potrebbe probabilmente che essere così, sia per la natura stessa della Corte EDU, che opera come giudice sovranazionale in un sistema privo di organi capaci di porre autoritativamente norme penali, al quale aderiscono ordinamenti alla cui

<sup>15</sup> V. al riguardo O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, 2011, 2197 ss.; della stessa A., *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *www.penalecontemporaneo.it* (5 novembre 2012); V. MANES - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.

<sup>16</sup> V. M. SCOLETTA, *El principio de legalidad penal europeo*, in *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Pamplona, 2010, 245 ss.

tradizione è estranea la concezione democratica della riserva, sia perché è chiamata ad accertare la violazione di diritti in casi concreti. In questa prospettiva, la previsione di un reato da parte di fonti differenti dalla legge approvata dal Parlamento non conduce per la Corte EDU alla compressione di un diritto del singolo, purché tale fonte sia chiara, conoscibile da colui che ha posto in essere la condotta penalmente rilevante, e la sua entrata in vigore preceda la commissione del reato.

In tal modo, è evidente che la prevedibilità delle conseguenze dei propri comportamenti ben può essere assicurata da orientamenti giurisprudenziali costanti.

E quanto agli standard richiesti per la redazione delle disposizioni penali, la Corte europea riconosce, fin dal noto caso *Cantoni contro Francia*, di non poter imporre livelli minimi di precisione.

In dottrina si osserva efficacemente che, in ambito Convenzione europea, “la legalità risulta compatibile con una interpretazione oggettivamente estensiva (ed anche analogica) del testo legislativo qualora tale estensione normativa sia già consolidata nella giurisprudenza pregressa e, in quanto tale, sicuramente prevedibile *ex ante* dai potenziali destinatari”<sup>17</sup>.

Ora, come accennavo, è altrettanto evidente che l’abitudine culturale a utilizzare questa giurisprudenza, conduce i giudici comuni nazionali a mutuare atteggiamenti simili, influenzati da queste tendenze. È in altre parole l’uso che di questa giurisprudenza viene fatto dai giudici comuni e dalla nostra Corte di Cassazione che contribuisce in modo decisivo a delineare i nuovi termini della questione.

6. Credo che un esempio significativo di tutto questo, si trovi nella vicenda che ha portato alla sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale. Qui, la Corte, rigettando assai significative visioni che serpeggiano nella giurisprudenza comune – e che ai miei occhi hanno avuto almeno il merito di interpellare in proposito la Corte costituzionale, senza procedere autonomamente a innovazioni con la tecnica dell’interpretazione conforme – ha affermato che gli artt. 25, comma 2, e 101, comma 2, cost. costituiscono limiti all’applicazione del diritto vivente *in bonam partem* dopo il passaggio in giudicato della sentenza e ha giudicato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sull’art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede l’ipotesi di revoca della sentenza di condanna in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato.

Può risultare singolare che un’innovazione *in bonam partem* sia ostacolata dalla riserva *ex art.* 25, comma 2, cost., per sua natura destinata a garantire contro inter-

<sup>17</sup> M. SCOLETTA, op. cit., 264 ss.; A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2002, 690.

venti autoritativi *in malam partem*. Gli è che l'innovazione richiesta era vistosissima, giacché il giudice *a quo* sosteneva in pratica che il succedersi nel tempo di due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali possa equivalere ad un atto di produzione normativa. E, appunto, buona parte dell'assunto si basava sull'armamentario culturale derivato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Il giudice remittente argomentava sulla non manifesta infondatezza proprio osservando che la giurisprudenza della Corte europea ha “*inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati; quello legislativo e quello interpretativo (cfr. sentenze della Corte di Strasburgo 24/4/1990, caso Kruslin contro Francia; 12/2/2008, caso Kafkaris contro Cipro; 15/11/1996, caso Cantoni contro Francia; 25/5/1993, caso Kokkinakis contro Grecia)*”<sup>18</sup>.

Come noto, la Corte costituzionale è intervenuta in modo piuttosto secco sulla questione così sollevata. La *consecutio* tra diversi orientamenti giurisprudenziali non equivale – afferma la Corte – ad un'operazione creativa di nuovo diritto oggettivo e

<sup>18</sup> Prosegue il giudice remittente: “*Detto in altri termini: laddove non si considerasse la questione del mutamento giurisprudenziale alla luce dell'art. 7 CEDU, si rischierebbe, da un lato, di depotenziare la portata di quella norma (e la sua funzione garantista) e, dall'altro lato, di porre il nostro ordinamento in frizione anche con i principi ricavabili dagli artt. 5 e 6 della Conv.EDU. E un simile principio vale non solo con riguardo ai mutamenti giurisprudenziali (potenzialmente) sfavorevoli agli imputati (in relazione ai quali viene in gioco il valore della prevedibilità del contesto normativo). Ma una simile considerazione del valore dei mutamenti giurisprudenziali non può che valere anche con riferimento ai mutamenti giurisprudenziali favorevoli (in relazione ai quali viene in gioco il principio della retroattività del trattamento di maggior favore per le persone imputate e condannate).*”

*Del resto, la necessità che un ordinamento ha di garantire la stabilità delle decisioni e, in definitiva, la certezza del diritto risponde non già ad un'esigenza di vuoto ossequio all'autorità delle decisioni statuali, bensì ad una profonda esigenza di garanzia per i diritti dell'individuo (che –giovà ribadirlo- ha la necessità di poter orientare i propri comportamenti in un contesto normativo e giurisprudenziale concretamente prevedibile ed affidabile).*”

Ma anche le nostre Sezioni Unite della Cassazione hanno argomentato che “*l'art. 7 CEDU [...], norma apparentemente “debole” e scarsamente “incisiva” rispetto ai connotati degli ordinamenti penali continentali (riserva di legge, irretroattività, determinatezza, divieto di analogia), presenta, in realtà, contenuti particolarmente qualificanti, resi progressivamente espliciti dalla giurisprudenza della Corte europea, che ha esteso la portata della disposizione, includendovi il principio di determinatezza delle norme penali, il divieto di analogia in malam partem (cfr. sentenza n. 32492/96, caso Coeme e altri e/ Belgio), il principio implicito della retroattività della legge meno severa (sentenza Grande Camera 17/9/2009, caso Scoppola c/ Italia), e ha enucleato dal sistema della Convenzione un concetto di “legalità materiale”, in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione. La Corte europea ha saputo “distillare dalla disposizione dell'art. 7 il condensato dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea”, conciliando, all'interno di una realistica visione del principio di legalità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi. In considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di common law e quelli di civil law, il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso “allargato”.*”

non giustifica la dilatazione del perimetro applicativo dell'art. 673 c.p.p. E la conclusione non cambia per il solo fatto che la nuova decisione delle Sezioni Unite andasse nella direzione della configurabilità di un'*abolitio criminis*: "al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (eius est abrogare cuius est condere)".

Significativo che in questa sentenza la Corte, sottolineando che gli artt. 25, comma 2, e 101, comma 2, cost. vadano letti a sistema, si spinga a evocare i fondamenti del sistema costituzionale: a opporsi all'equazione suggerita dal giudice *a quo* (successione di linee interpretative contrastanti da parte dell'organo di nomofilachia = atto di produzione normativa) è lo stesso principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge. Si potrebbe chiosare: a richiesta estrema, barriera di freno che evoca i principi di confine dell'ordinamento costituzionale, cioè la stessa separazione dei poteri.

Ora, sulla sentenza n. 230 del 2012, i commenti prevalenti della dottrina non sono entusiasti. Da una parte, si fa notare come la Corte costituzionale avrebbe potuto decidere semplicemente sottolineando che nella sentenza Scoppola della Corte europea viene rinvenuto, come limite alla retroattività in *bonam partem*, il giudicato. Dall'altra, si osserva che non era necessario, ai fini della decisione, il passaggio della Corte sull'art. 25, secondo comma, cost., e sulla *ratio* più antica della riserva di legge in materia penale, nonché sulla distinzione tra diritto legislativo e giurisprudenziale, che sarebbe "sterile" (commento questo tanto più significativo in quanto proveniente da un costituzionalista)<sup>19</sup>. Per questa dottrina, la Corte avrebbe potuto fare leva, per dichiarare infondata la questione, sul limite del giudicato penale. In questo modo avrebbe potuto evitare di incorrere nella contrapposizione tra tutela costituzionale, radicata nella riserva di legge in materia penale, e tutela convenzionale, secondo cui in materia penale la norma incriminatrice deve essere prevedibile e conoscibile.

Ma intanto la giurisprudenza continua nella sua opera. Il giudice dell'esecuzione di Torino, con ordinanza 30 gennaio 2012, successiva all'ordinanza di rimessione che ha dato luogo alla sentenza n. 230 del 2012, ha proceduto all'applicazione, per così dire analogica, della revoca della sentenza penale di condanna di cui all'art. 673 c.p.p. anche al caso di mutamento giurisprudenziale *in bonam partem* delle Se-

<sup>19</sup> A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale* ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012), in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 15 ottobre 2012. *Ivi*, del medesimo A., *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012*, post scriptum. Non entusiasta sembra anche V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 19 ottobre 2012.

zioni Unite della Cassazione (il caso è identico a quello oggetto del giudizio in cui è stata invece sollevata la questione di legittimità costituzionale poi decisa con la sent. n. 230 del 2012: si tratta ancora del reato di omessa esibizione dei documenti di passaporto e permesso di soggiorno, ritenuto ascrivibile al solo straniero regolare e non più anche, invece, allo straniero illegittimamente presente sul territorio dello stato). Si è dunque in presenza di una fuga in avanti, a mio sommo avviso preoccupante, che incontra però sostegno in dottrina<sup>20</sup>.

7. Questa situazione, sommariamente descritta, richiede rimedi? Torniamo alla domanda iniziale: la questione di fondo è comprendere se a queste trasformazioni si debba cercare di resistere, ovvero se di esse si debba semplicemente prendere atto e piuttosto attivarsi per una loro razionalizzazione.

Altre domande, tuttavia, si affollano. I criteri e i metodi attuali di “legittimazione” dei magistrati sono adeguati a questi mutamenti? Tutti ormai siamo abituati a rispondere di no. La legittimazione “tecnica” fornita dalla vittoria di un concorso, certo serio e selettivo, così come attualmente disciplinato, non sembra bastare. Al giudice custode dei diritti, si dice, non può essere sufficiente accedere allo *status* tipico del funzionario pubblico. Ma la questione, osservo, potrebbe essere rovesciata: giacché ad un magistrato – *rectius*: ad un giudice (essendo ancora diversa la questione per un pubblico ministero) – che ha (soltanto) una tale legittimazione tecnica non si potrebbero, né si dovrebbero, chiedere prestazioni che involgano ampi margini di discrezionalità, che sfiorano quella tipicamente politica, in tema di garanzia dei diritti.

E allora: si dovrebbe pensare ad introdurre forme di reclutamento alternativo, come ad esempio la cd. ventilazione, con accessi laterali in magistratura dalle altre professioni legali? Ma l’esperienza dice che queste misure non sembrano godere di sufficiente *appeal* e attrattiva nei nostri contesti professionali e sociali.

Vi sono poi questioni attinenti alla formazione iniziale e permanente dei magistrati. È attualmente in corso il passaggio dei compiti formativi dal CSM alla Scuola superiore della Magistratura, finalmente messa nelle condizioni di iniziare a svolgere la propria funzione, come la legge richiede. Ed è ancora troppo presto per dire se la Scuola potrà segnare una opportuna discontinuità con vecchie prassi, e in particolare con una formazione talvolta auto-referenziale, governata con l’attento bilancino di un pluralismo talvolta più di “corrente” che non culturale.

<sup>20</sup> F. VIGANÒ, *Mutamento in bonam partem del diritto giurisprudenziale e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?*, 19 ottobre 2012, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), il quale, pur riconoscendo come la soluzione in questione sia in frontale contrasto con quanto affermato nella sent. 230/2012 dalla Corte costituzionale, osserva che il giudice ordinario non è vincolato all’interpretazione che la Corte costituzionale fornisca di una norma ordinaria, e ritrova nel principio di uguaglianza la sostenibilità di un’applicazione analogica dell’art. 673 c.p.p.

Andrebbero inoltre, e ovviamente, affrontati i delicati problemi relativi al tipo di responsabilità che un giudice dotato dei poteri descritti dovrebbe accollarsi. Una responsabilità vista non solo nell'ottica della sanzione disciplinare o civile, ma soprattutto professionale: ciò che aprirebbe a considerazioni, qui non possibili, sulle valutazioni di professionalità assicurate dal CSM alla luce della riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005-2006<sup>21</sup>.

Ma, infine, la sfida più importante, che è prima di tutto sfida teorico-culturale, consiste oggi, in un sistema a tradizione europeo-continentale, nel segnalare con sufficiente approssimazione, alla luce delle mutate condizioni in cui opera la funzione giurisdizionale, i nuovi confini della discrezionalità giudiziaria. Sottolineo che questo è innanzitutto un compito culturale della dottrina, giacché non avrebbe senso immaginare ora un improvviso intervento, *ab externo*, di un legislatore probabilmente non all'altezza del compito.

Ritengo in particolare che questo sia un compito di rilievo costituzionale. Non perché limitato al diritto costituzionale come settore scientifico, ovviamente, ma perché orientato a segnare nuovi confini e rapporti tra poteri e funzioni all'interno di una democrazia pluralista.

Se le decisioni politiche del legislatore sono oggettivamente insufficienti, è certo che al giudice, come si è detto, spettano oggi con evidenza funzioni un tempo non immaginabili: ma ciò non può ovviamente significare né che le sentenze siano divenute *tout-court* fonti del diritto, né che esse abbiano legittimamente un contenuto creativo, né, infine, che i criteri dei quali il giudice si serve nella sua nuova opera siano criteri politici, omogenei a quelli utilizzati da organi politici. Per questo, è necessario dire se i canoni ermeneutici tradizionali sono insufficienti e, in caso affermativo, identificare con precisione i canoni di una "nuova" ragionevolezza tipica della funzione giudiziaria, e, infine, circoscrivere all'interno di questa l'ammissibilità degli interventi del giudice<sup>22</sup>. Questa riflessione va condotta dai teorici del diritto, ma applicata ai casi concreti di diritto positivo che la pratica e la giurisprudenza esibiscono<sup>23</sup>.

E proprio alla luce di quel che si è detto sulla crisi della legalità nel diritto penale, è necessario altresì distinguere, da questo punto di vista, tra settore e settore del diritto, poiché vi sono ambiti nei quali la discrezionalità giudiziaria deve avere spazi più limitati: e torniamo così proprio al diritto penale, e dunque al significato fondamentale della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, cost., cui è augurabile possa essere concessa, se ve ne saranno le condizioni, una stagione di rinnovata vitalità.

<sup>21</sup> In argomento cfr. ad esempio alcuni degli scritti raccolti in N. ZANON - G. DI RENZO VILLATA - F. BIONDI (a cura di) *L'ordinamento giudiziario a cinque anni alla riforma*, Milano, 2012.

<sup>22</sup> A partire dall'insegnamento di A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, *passim*.

<sup>23</sup> Ad esempio secondo il metodo utilizzato negli scritti raccolti da V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Pisa, 2012.



**Il punto su...**  
*Il nesso causale:  
accertamento e motivazione*



FRANCESCO D'ALESSANDRO

SPIEGAZIONE CAUSALE MEDIANTE LEGGI SCIENTIFICHE,  
A DIECI ANNI DALLA SENTENZA FRANZESE

SOMMARIO: 1. La sentenza Franzese al crocevia tra diritto e processo penale. – 2. Le questioni ancora aperte: il richiamo alle frequenze medio-basse. – 3. Gli sfuggenti contorni giurisprudenziali del concetto di probabilità logica. – 4. Il rebus dell'efficacia condizionante della condotta omissiva e la recente "riscoperta" della causalità commissiva. – 5. I limiti estrinseci della sentenza Franzese: in particolare, il concorso morale e la causalità psichica.

1. *La sentenza Franzese al crocevia tra diritto e processo penale*

Una tra le sentenze più significative e culturalmente raffinate, tra quelle pronunciate in materia penale dalla Suprema Corte di cassazione, ha da poco compiuto dieci anni<sup>1</sup> e merita, dunque, una rinnovata riflessione, tesa a tracciare, da un lato, un bilancio del cammino percorso dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, in questo lasso di tempo, sul tema della spiegazione causale nel contesto del diritto e del processo penale, e a individuare, dall'altro, quegli ambiti problematici che non risultano ancora approdati a una soddisfacente sistematizzazione e necessitano, pertanto, di essere ulteriormente scandagliati e posti al centro del dibattito tra gli interpreti.

Osservandola con uno sguardo retrospettivo, che tenga conto a posteriori della ricca discussione svoltasi nell'ultimo decennio, alla sentenza Franzese può riconoscersi una vitalità che è tanto straordinaria quanto sorprendente, e ciò non tanto in rapporto ai suoi contenuti giuridici – per i quali, indubbiamente, tale vitalità può dirsi pienamente meritata – quanto in relazione al continuo fluire di pronunce che,

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1133 ss. Tra i numerosi commenti, si vedano: STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767 ss.; DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2002, p. 608 ss.; IADECOLA, *Note di udienza in tema di causalità omissiva*, in *Riv. pen.*, 2003, p. 247 ss.; DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. processo*, 2003, p. 50 ss.; BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1175 ss.; POTETTI, *Il nesso causale secondo le sezioni unite*, in *Riv. pen.*, 2007, p. 896 ss.

anche quando sono adottate dal più alto consesso delle Sezioni Unite, appaiono normalmente destinate ad essere travolte dal continuo succedersi delle “ultime mode” giurisprudenziali, in una “corsa al nuovo” che sempre più di rado concede agli interpreti il tempo necessario per lasciar sedimentare ciò che di buono offre l’elaborazione giuridica.

In materia di causalità, invece, è ormai da un decennio che – al netto di alcune pronunce invero eccentriche, alle quali brevemente si accennerà in seguito – la giurisprudenza sembra essersi progressivamente stabilizzata lungo le traiettorie tracciate dalle Sezioni Unite nella sentenza Franzese: non si scade nella facile retorica, dunque, se si afferma che si tratta di una decisione storica, che si è guadagnata sul campo i galloni di “opinione ricevuta”, dimostrando nei fatti una formidabile capacità di orientare l’attività degli interpreti. Non è un caso, allora, che nel fra-stagiatissimo panorama di decisioni che caratterizza il dibattito giurisprudenziale, non constino sentenze che abbiano ritenuto di dover mettere apertamente in discussione il percorso esegetico tracciato dalle Sezioni Unite e che gli eventuali “distinguo” siano stati, se mai, limitati alla concreta applicazione – talvolta, come si dirà, soltanto apparente e frutto di un’adesione per lo più farisaica – dei principi di diritti scolpiti dalla sentenza Franzese.

Ma perché questa sentenza ha saputo dimostrare, lungo il decennio appena trascorso, una così persistente vitalità? Per rispondere – a mo’ di inquadramento preliminare del tema – a questo interrogativo, è opportuno ricordare innanzi tutto il peculiare contesto nel quale le Sezioni Unite furono chiamate a pronunciarsi sui requisiti necessari per l’imputazione causale, penalmente rilevante, di un evento lesivo. È ben noto, in particolare, quale scontro caratterizzasse i due opposti orientamenti giurisprudenziali che, all’interno della sezione IV della Suprema Corte, si contendevano il campo nei primi anni 2000: da un lato, un’interpretazione – più tradizionale – che si connotava come il frutto di un’erosione lenta del paradigma condizionalistico e riteneva che per riconoscere esistente il nesso causale fosse sufficiente rilevare una “apprezzabile probabilità”, anche piccola, che la condotta dell’agente avesse contribuito ad aumentare il rischio di verificazione dell’evento<sup>2</sup>; dall’altro, un orientamento più esigente che – in ossequio a principi fondamentali del nostro ordinamento, tanto sul piano sostanziale (legalità e determinatezza della fattispecie), quanto su quello processuale (una sentenza di condanna si può pronunciare solo quando è possibile affermare, al di là di ogni dubbio ragionevole,

<sup>2</sup> Cass. pen., sez. IV, 7 gennaio 1983, in *CED* n. 158947; Cass. pen., sez. IV, 2 aprile 1987, in *CED* n. 176402; Cass. pen., sez. IV, 7 marzo 1989, in *CED* n. 181334; Cass. pen., sez. IV, 23 gennaio 1990, in *CED* n. 184561; Cass. pen., sez. IV, 13 giugno 1990, in *CED* n. 185106; Cass. pen., sez. IV, 18 ottobre 1990, in *CED* n. 185858; Cass. pen., sez. IV, 12 luglio 1991, in *CED* n. 188921; Cass. pen., sez. IV, 23 marzo 1993, in *CED* n. 195169; Cass. pen., sez. IV, 30 aprile 1993, in *CED* n. 195482; Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 1994, in *CED* n. 201554.

che l'imputato ha commesso colpevolmente il fatto) – sosteneva che la spiegazione causale dovesse (e potesse) impregnarsi soltanto attorno a leggi universali (e quindi certe) o, al più, a leggi statistiche dotate di coefficiente percentualistico prossimo alla certezza<sup>3</sup>.

Notevole, sul punto, che le Sezioni Unite, con la sentenza Franzese, non abbiano né tentato una mediazione tra le due tesi appena illustrate – come invece non di rado si osserva, anche nella giurisprudenza del Supremo collegio, attraverso il ricorso a una sorta di *panachage* degli orientamenti giurisprudenziali contrapposti, dagli esiti il più delle volte insoddisfacenti e precari – né imposto, attraverso l'apposizione del proprio sigillo di massimo organo nomofilattico, la prevalenza dell'uno sull'altro: la sentenza Franzese, infatti, rappresenta una felice sintesi dialettica svolta, per così dire, su un piano superiore, nel senso che – come in un sillogismo nel quale i due indirizzi interpretativi appena riassunti rappresentino rispettivamente tesi e antitesi – essa risolve il contrasto sublimandolo in chiave originale e delineando uno statuto epistemologico della causalità penalmente rilevante che non era rintracciabile, a ben vedere, nella giurisprudenza precedente.

Il punto merita qualche considerazione più approfondita, perché consente di cogliere alcune peculiarità di questa pronuncia, in particolare la felice collocazione sul crinale dei rapporti tra diritto penale sostanziale e dinamiche di accertamento processuale, che ne costituisce una delle caratteristiche più innovative e salienti. Ben lungi dall'aver tracciato un punto d'approdo finale al dibattito sul tema del rapporto di causalità, le Sezioni Unite Franzese possono infatti individuarsi come *un nuovo inizio*, una introduzione a percorsi di ricerca ancora in opera, da condurre con strumenti diversi rispetto al passato: con la citata sentenza – che fu caratterizzata, è bene ricordarlo, da una gestazione molto complessa e che incontrò, specialmente nei primi tempi, numerose resistenze tanto dentro quanto fuori la magistratura – la Suprema Corte ha infatti voluto inquadrare attraverso nuove coordinate il fenomeno, così complesso, della causalità, posizionandolo non soltanto all'interno delle più accreditate teorie della conoscenza ma, soprattutto, nel cuore pulsante del processo penale.

È questa, a ben vedere, la portata per certi aspetti “rivoluzionaria” – e destinata verosimilmente a durare ancora a lungo, garantendo ulteriori spazi di vitalità, nel futuro, al *dictum* delle Sezioni Unite – che caratterizza la sentenza Franzese, che ha saputo ricollocare l'elemento cruciale attorno al quale ruota l'imputazione giuridica dei reati d'evento sul terreno delle regole probatorie che governano il processo

<sup>3</sup> Così Cass. pen., sez. IV, 28 settembre 2000, in *CED* n. 218777; negli stessi termini: Cass. pen., sez. IV, 29 novembre 2000 in *CED* n. 218779; Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2001, in *CED* n. 220953; Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2001, in *CED* n. 220982; Cass. pen., sez. IV, 28 novembre 2000, in *CED* n. 218727.

penale: ecco perché, più ancora dei fondamentali principi di diritto enunciati sul terreno della causalità, ciò che rappresenta – a dieci anni di distanza – il frutto maggiormente apprezzabile di questa pronuncia può individuarsi, nonostante tutte le problematicità spesso segnalate dagli interpreti, nella capacità di gettare un ponte tra una fondamentale categoria sostanziale del diritto penale, quale la causalità, e la concreta dinamica di verifica processuale della stessa, secondo le cadenze tipiche del modello accusatorio a struttura antagonistica<sup>4</sup>.

Il punto è di cruciale importanza per comprendere appieno la funzione di “orientamento culturale” svolta dalla pronuncia delle Sezioni Unite<sup>5</sup>: infatti, la giurisprudenza maggioritaria – e, per così dire, “involutiva” – affermatasi nel corso del ventennio precedente, non era affatto scevra dal “contesto processuale”

<sup>4</sup> I contributi che hanno avuto modo di analizzare, compiutamente o anche solo incidentalmente, i contenuti della sentenza delle Sezioni Unite sono copiosissimi: oltre a quelli già citati, si possono indicare, seppur non esaustivamente, i seguenti: STELLA, *Giustizia e modernità*, III ed., 2003, p. 63 ss.; ID., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1215 ss.; ID., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi contro fattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1062; ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 898 ss., p. 891 ss.; FIANDACA, *Appunti su causalità e colpa nella responsabilità medica*, in Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, p. 179 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 122 ss.; ID., *Il garantismo della “condicio sine qua non” e il prezzo del suo abbandono: contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 917 ss.; MUCCIARELLI, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2011, p. 137 ss.; BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 363 ss.; DI LANDRO, *L'accertamento del nesso causale nella responsabilità penale del medico: dopo la sentenza delle Sezioni Unite, un confronto tra la dottrina penalistica e quella medico legale*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 102 ss.; ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1318 ss.; IADECOLA, *La causalità dell'omissione nella responsabilità medica prima e dopo le Sezioni Unite “Franzese”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 699 ss.; MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 493 ss.; VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. mer.*, 2006, 961 ss.; ID., *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss.; VALLINI, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in Canestrari-Giunta-Guerrini-Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 145 ss.; RONCO, *Aporie scienziste e certezza logico razionale: note in tema di nesso causale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 247 ss.; PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1037 ss.; MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 591 ss.; ID., *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3633 ss.; LONGOBARDO, *Sui rapporti tra causalità ed imputazione obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 649 ss.; CANZIO, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1971 ss.; ID., *La causalità scientifica*, in *Dir. pen. processo*, 2008, *Dossier “La prova scientifica nel diritto penale”*, p. 38 ss.; BARTOLI, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-post*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3219 ss.; ID., *Il problema della causalità penale*, Torino, 2010, p. 28 ss.; BRUSCO, *Il rapporto di causalità*, Milano, 2012, p. 121 ss.

<sup>5</sup> Sul tema, cfr. da ultimo TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1225 ss. e riferimenti *ivi* citati.

di riferimento. Al contrario, essa si sposava benissimo – e ne era in larga parte debitrice, almeno sotto il profilo degli schemi di gnoseologia giuridica utilizzati come base logico-argomentativa – con il modello inquisitorio imperniato attorno alla figura del giudice istruttore, il cui sforzo investigativo a tutto tondo, finalizzato all'accertamento della verità “senza se e senza ma”, ben collimava con un metodo di verifica basato su maglie comparativamente più larghe di quanto non accada nel sistema processuale attuale.

Il modello accusatorio vigente, invece, pur con tutte le sue imperfezioni e i suoi caratteri talvolta insuperabilmente ibridi, costringe il giudice a un maggior livello di rigore, imponendogli – per quello che qui, più da vicino, ci occupa – di costruire la causalità in termini di stringente adesione a uno schema che passi, da un lato, attraverso un *nomos* in grado di fornire adeguata solidità al giudizio controfattuale (pena lo scadimento nel mero arbitrio del giudicante) e tuttavia pretenda, dall'altro, un permanente ancoraggio alle evidenze probatorie che riportano il *nomos* al caso concreto (attraverso un meccanismo complesso che tenga conto della valutazione *ex post*, in termini di *causalità* e non di *causabilità*, della condotta dell'agente e delle sue conseguenze; della natura individuale dell'evento oggetto di contestazione; dei fattori che possono incidere, con efficacia concausale oppure alternativa, sulla concreta verifica del fatto): tutto ciò, nel contesto di un modello processuale che pretende espressamente dal giudice – attraverso il continuo richiamo alle “ragioni del decidere”, contenuto in norme-chiave come gli art. 192 e 606 c.p.p. – di fare i conti con l'epistemologia e con la logica, ossia con i criteri in base ai quali valuta in un determinato modo le prove sottoposte alla sua attenzione.

Le Sezioni Unite non hanno mediato, dunque, ma hanno aperto scenari affidati all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale successiva, nella consapevolezza che l'applicazione dei principi da esse enunciati avrebbe reso più difficile – rispetto al passato – il raggiungimento di un risultato di affermazione di responsabilità penale, specialmente in certe aree problematiche come quelle della causalità omissiva e del concorso di persone, nonché in alcune fattispecie al confine tra causalità e pericolo, quali si ritrovano, in particolare, nell'ambito della tutela dell'incolumità pubblica. Tuttavia, la Suprema Corte ha voluto, per certi aspetti, responsabilizzare le parti processuali, collocando la propria decisione sulla falsariga di quel pensiero filosofico che, a partire da Aristotele per arrivare fino a Popper, postula che ogni ipotesi esplicativa passi sempre attraverso il crogiolo del tentativo di confutazione: il che, sullo specifico terreno dell'accertamento causale, impone ai soggetti del processo (*in primis* il pubblico ministero e i difensori, ma anche il giudice, magari attraverso l'ausilio del perito) di tener conto, ad esempio, della ben nota *exceptio ex pluribus causis*, della possibile genesi multifattoriale degli eventi, della peculiare struttura “a rete” (c.d. *web of causation*) – nella quale non è spesso agevole distinguere cause ed effetti – di molti accadimenti complessi che caratterizzano lo svolgersi attuale della vita umana.

Il carattere maggiormente distintivo della sentenza Franzese, perciò, sembra potersi ravvisare nel pressante invito a un *concetto forte di giurisdizione*, che anima tutta la pronuncia in esame e la connota come una soluzione ragionevole, raggiunta dalla giurisprudenza in un determinato momento storico (e di conoscenza filosofica e giuridica), che sarà capace di orientare gli interpreti fino a quando un'argomentazione più ragionevole, più solida, più ricca di spunti non si dimostrerà in grado di sostenere, in qualità di precedente, la giurisprudenza degli anni successivi.

Allo stato attuale, perciò, non sembra di peccare di eccessivo ottimismo se si osserva che – sulla scorta dei principi enunciati dalle Sezioni Unite nel caso Franzese – tanto la qualità media della giurisprudenza penale in tema di causalità, quanto, a monte, la qualità degli accertamenti tecnico-scientifici che spesso sono messi a fondamento della decisione del giudice – quando si tratta di questioni a carattere specialistico, che esulano dalla sfera di conoscenza del magistrato e necessitano dell'intervento di un esperto in qualità di perito – appaiono significativamente migliori di quanto non accadesse quindici-venti anni orsono.

Certo, si assiste ancora oggi a qualche pronuncia che si produce solo in un "ossequio formale" al *dictum* della sentenza Franzese, tradendone in realtà l'ispirazione più profonda, così come non mancano casi – specie nella giurisprudenza di merito – che vengono decisi sulla base di criteri difformi da quelli enunciati dalle Sezioni Unite, riproponendo schemi estranei al nostro ordinamento come quelli che appiattiscono il concetto di causa su quello, ben diverso, dell'aumento del rischio: tuttavia, se una provvisoria conclusione si può trarre, dopo quest'ultimo decennio di riflessioni sul tema della spiegazione causale mediante leggi scientifiche, è che tale pronuncia ha favorito un'analisi ben più consapevole del problema causale, contribuendo in maniera fondamentale al progresso dell'elaborazione giuridica su questo spinoso argomento.

## 2. *Le questioni ancora aperte: il richiamo alle frequenze medio-basse*

Come si è anticipato nelle pagine precedenti, il *dictum* delle Sezioni Unite costituisce l'invalidabile premessa di un percorso radicalmente nuovo, avviatosi proprio a seguito della sentenza Franzese: nonostante l'ampio apprezzamento che essa ha (meritatamente) riscosso, i problemi che tale pronuncia squaderna, a ben vedere, sono tuttavia numerosi e riguardano sia i suoi contenuti dispositivo, che necessitano, in alcuni passaggi, di essere ulteriormente precisati (potremmo indicarli con l'espressione "*problemi intrinseci*"), sia i limiti applicativi della stessa, ossia la sua utilizzabilità come percorso di pensiero che, pur delineando analiticamente i contenuti del rapporto causale e configurandolo quale pietra angolare della responsabilità nei reati d'evento, lascia tuttavia da verificare se su di esso possa effet-

tivamente poggiarsi qualsiasi edificio del sistema penale (potremmo individuarli, simmetricamente, quali “*problemi estrinseci*”).

Senza che sia possibile, per ovvie ragioni di spazio, addentrarsi compiutamente su ciascuno di tali aspetti, pare tuttavia opportuno – per cogliere appieno la portata cruciale delle statuizioni della sentenza Franzese e individuare correttamente le linee di percorso argomentativo che esse offrono all’interprete, in relazione ai profili ancora incerti – ricapitolare rapidamente i nodi problematici che tuttora presentano grovigli da districare, dando invece per affrontate (e risolte) le questioni sulle quali, nella sostanza, può ritenersi raggiunto un soddisfacente accordo tra gli studiosi.

In particolare, sul versante dei “*problemi intrinseci*” sollevati dalla sentenza Franzese, sono soprattutto il tema delle frequenze medio-basse, della probabilità logica e della causalità omissiva a suscitare – ancora oggi – interessanti discussioni tra gli interpreti, mentre sul crinale dei “*problemi estrinseci*” la principale questione ancora da risolvere pare essere quella della causalità psichica, specialmente in relazione alle diverse forme di responsabilità concorsuale.

In relazione a tali temi si cercherà, nel prosieguo di questo contributo, di verificare quale sia l’attuale “stato dell’arte”, partendo dalle considerazioni svolte dalle Sezioni Unite e confrontandole, di volta in volta, con le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sviluppate nel corso dell’ultimo decennio, nella speranza di poter fornire qualche utile spunto di riflessione al dibattito.

Il primo punto sul quale si deve soffermare l’attenzione, in relazione ai “contenuti applicativi” della sentenza Franzese, è quello relativo ai “coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista”, che le Sezioni Unite richiamano, al par. 7 della motivazione, per affermare che anche «coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di eventi (...) possono essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del nesso di condizionamento, (...) se corroborati dal positivo riscontro probatorio circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa».

Senza che sia qui necessario ripercorrere compiutamente tutti i passaggi argomentativi della sentenza<sup>6</sup>, si deve innanzi tutto segnalare come l’espressione “coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista” presenti – nella sua formulazione letterale – non pochi profili di ambiguità, visto che essa delinea un contenitore concettuale in grado di accogliere nozioni tra loro anche molto diverse, nel cui ambito possono individuarsi, con buona approssimazione, almeno tre nuclei principali di significato.

In primo luogo, essa abbraccia quelle leggi scientifiche probabilistiche che esprimono un’efficacia esplicativa, in relazione al *caso concreto*, del tutto analoga a quella delle leggi universali: in tali situazioni, in realtà, la legge scientifica surroga

<sup>6</sup> Per approfondimenti, sia consentito rinviare a D’ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4812 ss.

l'ignoranza degli anelli causali intermedi che conducono alla spiegazione, consentendo di affermare che la condotta A è causa dell'evento B, anche se non si è in grado di dimostrare – passaggio dopo passaggio – *perché* A abbia causato B. Si pensi al caso di una sostanza tossica che abbia la caratteristica di far sviluppare, in coloro che vi sono esposti, una patologia del tutto peculiare che si riscontra *esclusivamente* in tali soggetti (l'evento B, dunque, si osserva *solo e soltanto* in presenza dell'antecedente A): in una situazione di questo tipo, anche una generalizzazione a carattere frequentista assistita da un coefficiente percentualistico basso (es.: solo un esposto su cento sviluppa la patologia) è del tutto bastevole ad affermare la sussistenza del nesso causale in relazione al caso singolo, in quanto – se si può asserire con certezza che non esistono altre possibili cause della malattia e che il soggetto è stato effettivamente esposto alla sostanza – tale conclusione è dotata di elevata (per non dire assoluta) credibilità razionale, giacché non si può dubitare che la generalizzazione in questione si sia concretizzata nel caso di specie.

All'estremo opposto rispetto a queste ipotesi, che richiedono solo di individuare la “*vittima storica*” ma non pongono particolari problemi in merito alla capacità esplicativa del caso singolo, vi sono invece quelle generalizzazioni probabilistiche che non possiedono mai (indipendentemente dal coefficiente di probabilità frequentista) la possibilità di spiegare – *da sole* – l'evento concreto verificatosi *hic et nunc*. È il caso, ad esempio, delle c.d. *leggi epidemiologiche*, che delineano una spiegazione in termini di causalità generale e mettono in relazione una determinata classe di condotte (ad es. l'esposizione a una sostanza in una popolazione) con l'eventuale aumento del rischio di osservare la verifica di un certo evento (ad es. la malattia): lo schema appena delineato è per definizione incapace di spiegare il caso singolo – si potrebbe, anzi, sostenere che tale obiettivo non appartenga affatto ai suoi scopi – in quanto rinuncia radicalmente all'interpretazione della causa in senso deterministico. In tali situazioni, anche un'alta incidenza di casi osservati, che segnali un aumento del rischio di morbilità perfino elevato, non sarà di per sé sufficiente a risolvere il problema dell'imputazione causale di eventi singoli, che, se mai, contribuirà a porre in termini di ipotesi esplicative, da dimostrare nel processo sulla base di dati concreti in grado di corroborarla, conferendole quell'elevata credibilità razionale che, per definizione, non può essere tratta da una legge che sia enunciata in termini di semplice causalità generale.

Detto in altri termini: se una legge è *a priori* incapace di spiegare il caso singolo – perché tale obiettivo non rientra nei “confini di utilizzabilità” della legge stessa – l'obiettivo dell'elevata credibilità razionale resta certamente fuori gioco.

Tra questi due estremi, vi sono poi le correlazioni statistiche cosiddette “*mere*”, in quanto esprimono semplicemente la frequenza relativa di un evento rispetto a un altro, ma non dicono nulla sul caso concreto (è il ben noto caso dello sparatore: Tizio e Caio sparano, rispettivamente, 99 colpi e 1 colpo nei confronti di Sempronio, che muore attinto da un unico proiettile): in questi casi, solo apparentemente

ci si ritrova di fronte a un problema *giuridico* di causalità, in quanto la vera questione problematica non risiede affatto nella determinazione del nesso di condizionamento (Sempronio è morto a causa dell'azione lesiva esercitata dal proiettile), bensì nella corretta individuazione della condotta, non essendo all'evidenza soddisfacente, nel contesto del processo penale, un'affermazione di responsabilità basata sul solo fatto che, *ex ante*, è molto più probabile che il proiettile responsabile della morte sia stato sparato da Tizio invece che da Caio.

A quale categoria di “coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista”, tra quelle appena descritte, intendevano riferirsi le Sezioni Unite?

Per rispondere correttamente a tale interrogativo, evitando di incorrere in pericolosi fraintendimenti, non bisogna mai dimenticare che l'architettura generale attorno alla quale si sviluppa la sentenza Franzese poggia su quattro cardini fondamentali: la natura irrinunciabile del concetto condizionalistico di causalità; la persistente vitalità di un modello nomologico di spiegazione, basato su un sapere generalizzante in grado di ricondurre il caso concreto all'interno di una regolarità causale sperimentata e verificabile; il principio secondo cui pretese difficoltà probatorie non possono determinare uno scivolamento verso la tesi, ripudiata dal nostro ordinamento, dell'aumento del rischio; la regola secondo cui, per poter fondatamente addivenire a una pronuncia di colpevolezza, è necessario raggiungere – secondo un percorso di correlazione del *nomos* al dato probatorio, che passa anche attraverso l'esclusione delle possibili spiegazioni alternative – un esito di (probabilità prossima alla) certezza, in merito all'efficacia condizionante della condotta posta alla base dell'ipotesi causale.

Se si tengono a mente queste premesse, non è difficile comprendere come il passaggio motivazionale dedicato ai “coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista” rappresenti, in realtà, un semplice corollario delle premesse argomentative fatte proprie dalla Suprema Corte, laddove – distaccandosi dalle conclusioni che contraddistinguevano l'orientamento minoritario della pregressa giurisprudenza di legittimità – essa ha riconosciuto che il sapere nomologico espresso nella generalizzazione esplicativa non è *mai da solo sufficiente* a fondare la spiegazione causale di un evento singolo, perché è sempre necessaria la prova della concretizzazione della legge scientifica nel caso di specie (alto, medio o basso che sia il coefficiente percentualistico che essa esprime)<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> In questi termini, in dottrina, già DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 47-48, osservava che «una percentuale statistica alta (es. 90%) può non avere nessun valore eziologico effettivo qualora consti che, in realtà, un certo evento è stato cagionato da una diversa condizione; e viceversa, una percentuale statistica medio-bassa (es. 40%) potrebbe risultare persuasivamente suffragata in concreto dalla verifica dell'insussistenza di altre cause esclusive, sul presupposto che si conoscano tutte le possibili cause di un certo effetto e se ne possa escludere l'incidenza o l'operatività nel caso di specie»; in senso analogo DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico*, cit., p. 654; IADECOLA, *Colpa medica*, cit., p. 603; BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Milano, 2004, p. 204.

Ecco perché, a parere di chi scrive, non coglie pienamente nel segno l'opinione di quanti ritengono che la sentenza Franzese abbia delineato una sorta di "modello bifasico" di accertamento della causalità, in base al quale, in prima battuta, si dovrebbe individuare una generalizzazione (di qualunque tipo) in grado di fondare un'ipotesi di spiegazione causale, per poi procedere, in un secondo momento, a provare la causalità specifica, relativa al singolo caso concreto, attraverso l'esclusione dei fattori causali alternativi.

In particolare, il rischio che tale interpretazione nasconde è quello di innalzare a "modello generale" di verifica del rapporto causale quello che, nell'economia complessiva della sentenza Franzese, è solo uno (e per di più residuale, come si vedrà immediatamente) dei possibili percorsi di accertamento a disposizione del giudice.

La ragione che sta alla base della precisazione formulata dalle Sezioni Unite, infatti, può essere ravvisata in quella massima, che potrebbe costituire un ideale sottotitolo dell'intera sentenza, la quale ricorda all'interprete come «a nessuno, neppure al giudice penale, è consentito dedurre fatti da norme»<sup>8</sup>. Il che vuole semplicemente dire, in altri termini, che senza la prova della concretizzazione della generalizzazione nel caso di specie, la legge scientifica da sola non basta a dimostrare la sussistenza del nesso causale, quale che sia il coefficiente percentualistico che essa è in grado di veicolare.

In quest'ottica, è facile comprendere perché la sentenza Franzese introduca *proprio qui* il tema della «sicura esclusione dei possibili fattori causali alternativi»<sup>9</sup>: nel mantenere sempre al centro dell'attenzione, come si è anticipato in apertura, il profilo dell'accertamento processuale, le Sezioni Unite si occupano infatti di scolpire i possibili percorsi probatori attraverso i quali raggiungere la dimostrazione di tale avvenuta concretizzazione: il primo, com'è ovvio, è quello della concretizzazione "*in positivo*" del meccanismo causale, attraverso l'individuazione di almeno alcuni degli anelli causali intermedi che collegano condotta ed evento; il secondo, più complesso, è quello che passa, "*in negativo*", attraverso l'esclusione *certa* di *tutti* i decorsi causali alternativi possibili: prova non facile, certo, ma teoricamente in grado di assicurare quel grado di certezza (espresso in termini di elevata probabilità logica, nel linguaggio delle Sezioni Unite) richiesto nel processo penale per fondare un giudizio di responsabilità dell'imputato.

Ove ci si mantenga fedeli a tali vincoli, non c'è dubbio che l'impiego di "frequenze medio-basse" non sollevi alcun problema teorico, rappresentando null'al-

<sup>8</sup> Così CANZIO, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, cit., p. 1978.

<sup>9</sup> Sul punto, cfr. ampiamente ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, cit., p. 906 ss., cui si rinvia per gli opportuni riferimenti al dibattito dottrinale e giurisprudenziale in corso in Germania e in Spagna.

tro che una semplice specificazione del paradigma nomologico-deduttivo: se, infatti, si sa con certezza che un certo evento E può essere provocato solo e soltanto dalle diverse possibili cause A, B, C e D, e nel caso di specie i dati fattuali consentono di escludere (sempre con certezza) tanto l'intervento di A, quanto quello di B e di C, ne deriva, *con certezza*, che nel caso in oggetto D è causa dell'evento E (c.d. *event token*), a prescindere dal fatto che antecedenti del tipo D causino eventi del tipo E (c.d. *event type*) in una percentuale alta (es. 99%), media (es. 51%) o bassa (es. 30%) di casi.

In casi come quello appena descritto, il riferimento alla frequenza statistica (alta, media o bassa) della generalizzazione invocata è in realtà manifestamente superfluo, poiché ciò che conta è esclusivamente la c.d. *prova per esclusione*, che tuttavia è possibile fornire, con certezza, solo a condizione di: a) conoscere *tutte* le possibili cause di un certo evento; b) poter *escludere con certezza* la presenza, nel caso specifico, di tutte le suddette "possibili cause" tranne una, che sarà appunto la causa dell'evento.

Il fatto che debba trattarsi di una esclusione *certa di tutti* i possibili decorsi causali alternativi è dunque particolarmente significativo, in quanto consente di scolpire – più precisamente di quanto non si sia osservato nella prassi giurisprudenziale dell'ultimo decennio – il percorso probatorio che il giudice è chiamato a seguire, qualora voglia verificare, in base a questa seconda possibile modalità, la sussistenza del nesso causale.

Un esempio particolarmente istruttivo, sul punto, può essere tratto dalla casistica relativa alla tutela della salute dei lavoratori esposti a sostanze tossiche e in particolare dal supposto legame eziologico tra l'esposizione ad altissime dosi di un gas impiegato nella produzione di materie plastiche – il cloruro di vinile monomero (Cvm) – e lo sviluppo di una rara patologia tumorale che colpisce i vasi sanguigni del fegato, nota come angiosarcoma epatico. Le indagini scientifiche condotte tra i soggetti esposti professionalmente alla sostanza tossica considerata, infatti, segnalano come la frequenza con cui si osserva la patologia in esame è davvero estremamente *bassa* (pari allo 0,0114% secondo lo studio multicentrico europeo, condotto dall'Agenzia Internazionale per la Ricerca sul Cancro (IARC)<sup>10</sup>; allo 0,0152% per lo studio multicentrico condotto in America<sup>11</sup>; allo 0,0146% per lo studio condotto dagli scienziati dell'Istituto Superiore di Sanità, in relazione

<sup>10</sup> SIMONATO - L'ABBE - ANDERSEN *et al.*, *Cancer incidence and mortality of vinyl chloride workers in the European multicentric cohort study*, in *Scand. J. Work. Environ. Health*, 1991, p. 159-169; WARD - BOFFETTA - ANDERSEN *et al.*, *Update of the follow-up of mortality and cancer incidence among European workers employed in the vinyl chloride industry*, in *Epidemiology*, 2001, p. 710-718.

<sup>11</sup> MUNDT - DELL - AUSTIN - LUIPPOLD - NOESS - BIGELOW, *Historical Cohort Study of 10109 men in the North American Vinyl Chloride Industry, 1942-1972: Update of Cancer Mortality to 31 December 1995*, in *Occup. Environ. Med.*, 2000, p. 774-781.

alla coorte dei lavoratori esposti a Cvm nello stabilimento petrolchimico di Porto Marghera<sup>12</sup>). Come si vede, ci troviamo qui di fronte a coefficienti percentualistici che non sono “medi” e nemmeno “bassi”, ma addirittura infimi, prossimi allo zero.

È possibile basarsi su una frequenza statistica di questo tipo, per spiegare un *singolo evento lesivo*?

Per rispondere a questa domanda, è necessario ricordare in primo luogo come le stesse Sezioni Unite ribadiscono che «il modello nomologico può assolvere nel processo penale allo scopo esplicativo della causalità *quanto più è alto il grado di probabilità* di cui l'*explanans* è portatore». Ciò significa, specularmente, che *quanto più basso* è il grado di probabilità, *tanto peggio* si è in grado di assolvere allo scopo esplicativo; e poiché quel grado di probabilità, nel caso di specie, è addirittura vicino allo zero, anche il potere esplicativo della percentuale è vicino a zero.

Fatta questa premessa, resta allora da vedere se sia possibile sopperire a questa evidente mancanza di forza esplicativa, mediante il già citato percorso di accertamento imperniato sulla *prova per esclusione*: problema destinato a porsi comunque all'attenzione dell'interprete, visto che gli studi scientifici di cancerogenesi hanno dimostrato, attraverso la ricostruzione delle catene causali rilevanti, che l'esposizione ad elevatissime dosi di cloruro di vinile *può causare*, seppur molto raramente, l'angiosarcoma epatico.

Ebbene, il caso sembra prestarsi particolarmente bene all'applicazione dello schema della prova per esclusione, in quanto la letteratura epidemiologica e clinica ha essenzialmente individuato, quali *possibili cause* dell'angiosarcoma epatico, *solo tre tipi* di antecedenti: l'esposizione ad altissime dosi di Cvm; l'assunzione di elevate quantità di derivati dell'arsenico, rintracciabili in particolare in alcuni pesticidi e in alcuni farmaci come il preparato di Fowler per il trattamento della psoriasi; il contatto con il biossido di torio (thorotrast), sostanza impiegata, soprattutto in epoche meno recenti, come mezzo di contrasto per lo svolgimento di alcuni esami angiografici<sup>13</sup>.

Sulla base di tali premesse, il percorso di verifica del nesso causale “*in negativo*”, delineato dalle Sezioni Unite nei termini sopra ricordati, sembrerebbe applicabile con assoluta facilità: infatti, ove sia possibile dimostrare che il soggetto che presenta la patologia non abbia assunto né arsenico né biossido di torio, essendo invece stato esposto professionalmente, per anni, ad alte dosi di cloruro di vinile, il

<sup>12</sup> PIRASTU - COMBA - REGGIANI - FOÀ - MASINA - MALTONI, *Mortality from Liver Disease among Italian Vinyl Chloride Monomer/polyvinyl Chloride Manufacturers*, in *Am. J. Ind. Med.*, 1990, p. 155-161.

<sup>13</sup> Sul punto, cfr. ZOCCHETTI, *Angiosarcoma del fegato nell'uomo: considerazioni epidemiologiche*, in *La medicina del lavoro*, 2001, p. 39 ss. ed *ivi* ampi ulteriori riferimenti. L'autore evidenzia come studi recenti ipotizzino un ruolo causale, nell'insorgenza dell'angiosarcoma epatico, anche per altre sostanze – gli steroidi anabolizzanti, il dietilstilbestrolo, i contraccettivi orali, il ciclofosfamide ecc. – per le quali, tuttavia, manca ancora una precisa ricostruzione (almeno parziale) del meccanismo di produzione dell'evento lesivo.

giudice si troverebbe ad avere in mano tutti gli strumenti necessari per procedere, con *certezza*, all'imputazione causale dell'evento lesivo.

Sennonché, non si deve dimenticare che, per poter funzionare, lo schema tracciato dalla Sezioni Unite postula che *tutte le possibili cause siano conosciute*, ossia che non sussistano angoli bui, rappresentati da casi nei quali l'evento si è osservato *pur in assenza* degli antecedenti presi in considerazione al fine di vagliarli attraverso la *prova per esclusione*: il che, tuttavia, non accade quasi mai, come dimostra emblematicamente proprio il caso del Cvm. Infatti, le *tre possibili cause* appena citate (Cvm, arsenico, biossido di torio) riescono a spiegare, messe insieme, appena il 20% dei casi di angiosarcoma censiti negli studi scientifici specializzati. In altri termini, una percentuale pari all'80% di tutti gli angiosarcomi entrati in qualche studio epidemiologico o clinico, resta a tutt'oggi *sconosciuta* nella sua origine, poiché la patologia si è verificata in soggetti che non sono stati mai esposti a *nessuna* delle tre possibili cause individuate dalla letteratura epidemiologica<sup>14</sup>.

Come dovrà regolarsi il giudice penale in una situazione del genere? L'impressione di chi scrive è che, stando così le cose, di prova per esclusione non si possa, in tali ipotesi, proprio parlare: non essendo note al giudice *tutte* le possibili cause dell'evento, infatti, non è nemmeno possibile pervenire alla prova del nesso eziologico attraverso l'esclusione delle *altre* possibili cause<sup>15</sup>.

Né il problema sembra potersi risolvere facendo riferimento, come pure è stato proposto in dottrina, all'esclusione delle *sole cause note*<sup>16</sup>, invece che di *tutte le possibili cause* dell'evento<sup>17</sup>. Accogliendo tale tesi, infatti, si verrebbe a far gravare sull'imputato il "peso" dell'incertezza scientifica, in palese contrasto non soltanto col *dictum* delle Sezioni Unite ma, prima ancora, con la presunzione costituzionale d'innocenza, che impone di risolvere a favore dell'accusato i casi nei quali sussistano dubbi in grado di inficiare la credibilità razionale della ricostruzione accusatoria.

Alla luce di queste considerazioni, si può dunque trarre qualche conclusione, in merito al primo dei "problemi intrinseci" che ancora coinvolgono i contenuti applicativi della sentenza Franzese: in particolare, si deve riconoscere che il richiamo alle frequenze medio-basse, così come lo hanno formulato le Sezioni Unite, è senz'altro coerente con un sistema che richiede al giudice penale di fornire una

<sup>14</sup> Per un'analitica illustrazione di tali dati, con dettagliati richiami alla letteratura epidemiologica pertinente, si veda ancora ZOCCHETTI, *Angiosarcoma del fegato nell'uomo: considerazioni epidemiologiche*, cit., p. 44 ss., il quale sottolinea che "se riuscissimo a registrare tutti i casi di angiosarcoma del fegato esistenti nel mondo, la quota di casi per i quali non saremmo neppure in grado di formulare delle ipotesi in merito alla insorgenza della malattia sarebbe ancora più elevata".

<sup>15</sup> STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 413 ss.

<sup>16</sup> Così DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, cit., p. 614.

<sup>17</sup> Così invece DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, cit., p. 48, nonché Cass. Sez. Un. pen., 11.9.2002, cit., p. 1140.

spiegazione forte, in termini di pratica certezza – o, se si preferisce, di elevata credibilità razionale – del *perché* dell'evento lesivo verificatosi. Tuttavia, la coerenza *teorica* del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, in tema di frequenze medio-basse, deve immediatamente fare i conti con una dimensione applicativa che si connota, dal punto di vista dell'effettiva utilizzabilità *pratica*, come verosimilmente angusta: basta appena riflettere sulle peculiarità che tale procedimento implica, per rendersi conto di come esso finisca per assumere, pressoché immancabilmente, i caratteri tipici di una “prova diabolica”.

Infatti, perché si possa dimostrare la sussistenza del nesso causale, partendo da “coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista” (accompagnati dalla “sicura esclusione” delle altre possibili cause dell'evento), è necessario, *in primo luogo*, che si versi in uno di quei casi in cui la frequenza medio-bassa invocata sia espressione di un effettivo legame causale (*ex ante*) e non di una nuda aggregazione statistica priva di reale potere esplicativo. È necessario, cioè, che l'antecedente del quale si vuole indagare l'efficacia causale, da dimostrare successivamente attraverso la “prova per esclusione”, possa essere effettivamente inserito nell'insieme delle *possibili cause* dell'evento concreto da spiegare nel caso singolo: e perché ciò sia possibile è necessario dimostrare che esistono dei casi in cui antecedenti del tipo di quello preso in considerazione abbiano “provatamente causato” un evento del tipo di quello osservato nel caso di specie, in modo da non incorrere nella fallacia del *post hoc, ergo propter hoc*<sup>18</sup>.

Tuttavia, anche qualora venga superata questa prima difficoltà, la “prova per esclusione” del nesso di condizionamento rimarrà pur sempre *estremamente difficile*<sup>19</sup>. Come si è già avuto modo di ricordare, infatti, il procedimento ipotizzato dalle Sezioni Unite può funzionare correttamente *soltanto* nei casi in cui siano conosciute *tutte le possibili cause* di un evento – senza, cioè, che residui una percentuale di casi privi di una qualche spiegazione eziologica – e si sia poi in grado, nel caso concreto, di escludere l'intervento di *tutte le possibili causa meno una*, che potrà essere ritenuta (a quel punto con certezza) condizione necessaria dell'evento.

C'è poi da aggiungere un'ultima considerazione, che rende ancor più ostico immaginare una significativa ricaduta pratica della “prova per esclusione”: ci si riferisce al fatto che, anche nelle eventualità in cui si conosca *ogni possibile causa* di un evento, l'accusa dovrà pur sempre provare, e provare *al di là di ogni ragionevole dubbio* (leggi: con *pratica certezza*), il mancato intervento, nel caso concreto, di ogni singolo fattore causale diverso dal comportamento dell'imputato. Ove tale prova mancasse, infatti, si dovrebbe immancabilmente riconoscere all'imputato il

<sup>18</sup> Sul tema, v. in dettaglio D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, cit., p. 4832 ss.

<sup>19</sup> STELLA, *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, cit., p. 1237.

beneficio del dubbio, oggi espressamente codificato anche nell'art. 533 c.p.p., col conseguente, obbligato, esito assolutorio del giudizio.

Concludendo sul punto, si può dunque affermare che ciò che conta realmente non è tanto (e non è solo) il coefficiente percentualistico della regolarità invocata per giungere alla spiegazione dell'evento, bensì il grado elevato di *probabilità logica* – intesa come *credibilità razionale* della proposizione che afferma il nesso di condizionalità necessaria tra la condotta dell'imputato e l'evento lesivo – che la conclusione raggiunta dal giudice deve possedere, per essere rispettosa delle regole che presiedono all'attribuzione della responsabilità, nel *contesto* del processo penale.

È senz'altro vero, dunque, che una *elevata credibilità razionale* – o, per utilizzare la terminologia più ricorrente nella giurisprudenza di legittimità, una *probabilità logica confinante con la certezza* – può essere raggiunta anche partendo da frequenze statistiche medio-basse, qualora si seguano, in modo rigoroso, le cadenze descritte in dettaglio nelle pagine precedenti: tuttavia, spetta sempre al giudice, nello schema logico-argomentativo tracciato dalla sentenza Franzese, il compito di verificare, sulla base delle evidenze disponibili nel caso di specie, la reale concretizzazione nel caso specifico della legge scientifica che si ritiene rilevante, e ciò indipendentemente dal coefficiente percentualistico del *nomos* invocato per la spiegazione dell'evento.

### 3. *Gli sfuggenti contorni giurisprudenziali del concetto di probabilità logica*

Una volta chiarito che il problema pratico della spiegazione causale non attiene tanto al grado di probabilità della generalizzazione invocata (alto, medio, o basso che esso sia), bensì all'effettiva possibilità di raggiungere – a partire da essa – una conclusione in termini di certezza circa l'imputazione dell'evento nel caso singolo, diventa indispensabile dedicare qualche considerazione anche al tema della *probabilità logica*, che la sentenza Franzese ha posto come criterio-guida per l'interprete, accogliendo una concezione di tipo baconiano ben distinta da altre teorizzazioni, *in primis* quella pascaliana o bayesiana<sup>20</sup>.

Secondo lo schema accolto dalle Sezioni Unite, dunque, essa *non* indica il grado di probabilità *soggettivamente* assegnato dal giudice alla spiegazione, *non* funge da contenitore vuoto che racchiude l'imperscrutabile apprezzamento del giudice e

<sup>20</sup> In proposito, cfr. ampiamente COHEN, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità* (1989), trad. it. 1998, Milano, p. 5 ss.; ID., *Il ruolo del peso probatorio nella prova penale*, in TILLERS - GREEN (a cura di), *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, Milano, 2003, p. 192 ss.

*nemmeno* coincide con il coefficiente percentualistico della legge di copertura (la c.d. probabilità statistica): essa esprime, per usare le parole di Carnap, «il grado di fiducia che può essere attribuito all'ipotesi esplicativa formulata, rispetto all'evidenza disponibile ed alle pertinenti assunzioni nomologiche»<sup>21</sup>.

Il tema merita qualche precisazione, poiché è proprio su questo terreno che sono emersi, nella prassi giurisprudenziale dell'ultimo decennio, i più significativi “*problemi intrinseci*” legati all'utilizzo dei principi enunciati dalla sentenza Franzese<sup>22</sup>, che molte volte sono stati di fatto aggirati, pur in presenza di un dichiarato «ossequio formale»<sup>23</sup> nei loro confronti.

Le sezioni Unite descrivono la probabilità logica come ciò che consente di affermare che «la conclusione è caratterizzata da un “alto grado di credibilità razionale”», ossia come la «“certezza processuale”, che, esclusa l'interferenza di decorsi alternativi, la condotta dell'imputato, alla luce della cornice nomologica e dei dati ontologici, è stata condizione “necessaria” dell'evento, attribuibile per ciò all'agente come fatto proprio»<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Così CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, (1966), trad. it. 1971, Milano, p. 52 ss. Nel suo significato più genuino, dunque, la probabilità logica (o credibilità razionale) non esprime altro che il *grado di conferma* di un enunciato causale singolare, derivante dalle *prove* e dal *sostegno nomologico* disponibile: in tal senso già STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., p. 222 ss. In tema, fondamentali anche le riflessioni svolte da TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 271.

<sup>22</sup> Il fenomeno è stato ripetutamente segnalato dalla dottrina: si vedano, *ex multis*, STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, cit., p. 1923 ss.; DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 2183 ss.; VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, cit., p. 1994; MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, cit., p. 591; CENTONZE, *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della quarta sezione della suprema corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2133 ss.; BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1265 ss., il quale mette espressamente in guardia contro le «degenerazioni di tipo retorico nell'uso di tale strumento concettuale», segnalando come spesso, in giurisprudenza, «si propone una qualunque argomentazione causale e si afferma apoditticamente che essa è appunto dotata di alta probabilità logica, così eludendo l'esigenza di una ricostruzione rigorosa del nesso causale».

<sup>23</sup> L'espressione è mutuata dalla relazione dell'Ufficio del Massimario relativa alla Giurisprudenza delle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, anni 2002-2004, del 15 gennaio 2005, p. 10.

<sup>24</sup> Interessante la prosecuzione del ragionamento svolto dalle Sezioni Unite, ove si afferma che parlando di credibilità razionale «s'intende fare riferimento (...) ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto: non essendo consentito dedurre automaticamente – e proporzionalmente – dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità. La moderna dottrina che ha approfondito la teoria della prova dei fatti giuridici ha infatti precisato che, mentre la “probabilità statistica” attiene alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa nella successione degli eventi (strumento utile e talora decisivo ai fini dell'indagine causale), la “probabilità logica”, seguendo l'incedere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare,

Affermare la sussistenza del nesso eziologico con alto grado di probabilità logica vuol dire, allora, null'altro che aver raggiunto la *certezza processuale* sul punto, sulla base dell'intero compendio probatorio acquisito nel corso del processo. Il che equivale, nella sostanza, ad aver fugato ogni ragionevole dubbio sulla ricostruzione del nesso causale, la cui sussistenza può essere dunque affermata con certezza: certezza processuale – inevitabilmente distante da un'inattingibile (e non certo solo per il giudice) certezza assoluta – ma pur sempre certezza.

Il punto è di capitale importanza, poiché molti fraintendimenti nascono proprio dalla tendenza della prassi giurisprudenziale a trattare come (processualmente) certo ciò che è, al più, soltanto (processualmente) probabile.

Senza che sia possibile, per evidenti ragioni di spazio, analizzare dettagliatamente tutte le pronunce che sono incappate in questo surrettizio svuotamento dei principi tracciati dalle Sezioni Unite, si possono tuttavia segnalare almeno due linee principali di emersione del fenomeno.

La prima è già stata analizzata e si riferisce alla mancata *sicura* esclusione di *tutti* i possibili decorsi causali alternativi, a fronte dell'utilizzo di generalizzazioni che esprimono semplici frequenze medio-basse di probabilità frequentista.

Emblematica, sul punto, la casistica giudiziaria relativa alla causazione del mesotelioma pleurico, nel caso di soggetti esposti ad amianto: in tali ipotesi, il giudizio controfattuale viene impostato a partire da leggi statistiche tutte dotate di coefficienti pacificamente lontani dalla certezza<sup>25</sup>, che vengono asseritamente corroborate attraverso la *sicura esclusione* di fattori causali alternativi, la quale, tuttavia, viene affermata pur in presenza di un contesto scientifico che – come nell'esempio del cloruro di vinile monomero analizzato nel paragrafo precedente – non è ancora riuscito ad individuare tutte le *possibili cause* in grado di innescare quella specifica patologia. Come icasticamente si chiedeva Roxin: «come può il giudice decidere su controversie scientifiche, se la scienza non è in grado di farlo?»<sup>26</sup>.

Eppure non sono rari i casi in cui, ancora oggi, si manifesta la figura del giudice che «si faccia scienziato»<sup>27</sup> e decida di bypassare le incertezze scientifiche sulla base del proprio convincimento, che esclude (apoditticamente) la possibile efficacia eziologica di fattori alternativi: così, nella recente sentenza emessa nella vicen-

contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell'intera evidenza disponibile, dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell'accertamento giudiziale».

<sup>25</sup> Per un'analisi dettagliata della questione, v. CENTONZE, *Il problema dell'accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1523 ss.

<sup>26</sup> ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Monaco, 1997, § 11-12, riportato da ROMANO, *Nesso causale e leggi scientifiche in diritto penale*, cit., p. 901, al quale si rinvia per una esaustiva analisi della questione.

<sup>27</sup> Si veda BRUSCO, *Scienza e processo penale: brevi appunti sulla valutazione della prova scientifica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 61 ss.

da c.d. Fincantieri<sup>28</sup> si è affermato – nonostante congrue evidenze scientifiche di segno contrario – che «il mesotelioma, che resta forma tumorale abbastanza rara, non poteva insorgere negli operai che ne sono rimasti vittima per cause diverse dalla esposizione ad amianto, la quale costituisce praticamente fonte esclusiva (salvo qualche rara eccezione che qui non ricorre la malattia dipende in via esclusiva dalla predetta esposizione)». La Suprema Corte, in questa occasione, ha semplicemente ritenuto di poter pretermettere la valutazione dell'effettivo grado di credibilità razionale dell'ipotesi accusatoria, attribuendole d'imperio il sigillo della *probabilità logica confinante con la certezza*, pur in presenza di un contesto scientifico tutt'altro che certo e di un diverso avviso giurisprudenziale – compiutamente espresso nelle sentenze pronunciate in relazione alle vicende c.d. Montefibre<sup>29</sup> e Ferrovie Trento Male<sup>30</sup> – che richiama apertamente il giudice all'obbligo di spiegare *perché* ritenga *processualmente certa* una determinata ricostruzione, nel contesto di una valutazione che non consente margini di scelta discrezionale circa il sapere scientifico utilizzabile (che deve, dunque, essere integralmente e compiutamente preso in considerazione)<sup>31</sup>.

Come si vede, il richiamo alla sicura esclusione dei fattori causali alternativi può facilmente trasformarsi, se applicato in maniera difforme dai rigorosi dettami delle Sezioni Unite, in un mero artificio retorico, un espediente per ritenere validato, senza che in realtà sia stato davvero percorso, il ponte che segna il passaggio da un'ipotesi causale meramente probabilistica a un'effettiva certezza processuale, ancorata al riscontro di un'elevata credibilità razionale, circa la fondatezza del legame causale posto a fondamento dell'accusa<sup>32</sup>.

Se quella appena descritta è la forma più sottile di manipolazione del concetto di probabilità logica, più grossolana – ma non per questo meno pericolosa e, soprattutto, meno diffusa nella prassi – è la tendenza consistente nel dedicare alla verifica del *grado di certezza processuale* dell'ipotesi «un passaggio motivazionale

<sup>28</sup> Cass. pen., 24 maggio 2012, n. 33311, in *Dir. pen. cont.*, con nota di ZIRULIA, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità sulle "morti da amianto"*.

<sup>29</sup> Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *Dir. pen. processo*, 2010, pp. 185 ss., con nota di PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*.

<sup>30</sup> Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, in questa *Rivista*, 2011, pp. 469 ss., con nota di BARNI, *Il medico legale e il giudizio sulla causalità: il caso del mesotelioma da asbesto*.

<sup>31</sup> Sul punto, si veda anche Cass. pen., sez. IV, 10 maggio 2012, n. 22471, in *Dir. pen. cont.*, con nota di PIRAS, *L'impunità dei germi e i germi dell'impunità*.

<sup>32</sup> Come ricorda ROMANO, *Nesso causale e leggi scientifiche in diritto penale*, cit., p. 906 «affinchè il rischio di manipolazioni giudiziali sia scongiurato, o almeno ridotto al minimo, occorre che le diverse alternative siano nel processo rigorosamente vagliate e concretamente escluse». Analogamente DONINI, *Il garantismo della condicio*, cit., p. 937, secondo cui leggi esplicative di valore probabilistico modesto possono trovare applicazione solo ove «sia davvero possibile escludere altre concause esclusive e alternative operanti in concreto».

puramente decorativo»<sup>33</sup>. In tali casi, cioè, si fa leva sulla semplice assonanza fra “probabilità del nesso causale che lega condotta ed evento” e “probabilità logica”, finendo per far coincidere la seconda con la prima.

Volendo citare solo un esempio, tratto dall’ampia casistica in materia di responsabilità colposa dell’operatore sanitario, si può ricordare un caso recentemente sottoposto al vaglio della Cassazione<sup>34</sup>, nel quale la Corte territoriale aveva ritenuto sussistente il nesso causale rifacendosi esclusivamente alle conclusioni del perito, che aveva stimato come la condotta doverosa omessa avrebbe importato, se tenuta, una probabilità di sopravvivenza pari all’80%. Su tale probabilità statistica veniva fondata, senza alcuna ulteriore considerazione, la probabilità logica dell’accertamento causale, riconoscendo l’elevata credibilità razionale, prossima alla certezza processuale, dell’ipotesi accusatoria. Non sorprende, allora, che la Suprema Corte abbia annullato senza esitazione la sentenza, rilevando che «il giudizio controfattuale è basato esclusivamente su dati statistici» e che il percorso di accertamento tracciato dalla sentenza Francese si basa su un concetto di probabilità logica ben diverso da quello fatto proprio dalla sentenza di merito.

Anche su questo punto, allora, si può ritenere che il cammino indicato dalle Sezioni Unite sia ancora in pieno svolgimento: che vi possano essere deviazioni, anche gravi, rispetto al *dictum* delle Sezioni Unite, è un dato verosimilmente fisiologico, rispetto all’enorme numero di sentenze di legittimità e di merito prodotte ogni anno in giurisprudenza. Del resto, se per oltre un ventennio è stato possibile assistere a una giurisprudenza (per di più, ampiamente maggioritaria) i cui contenuti affondavano le radici in un’interpretazione della legge contrastante, nella sostanza, con il dettato costituzionale, non è probabilmente ragionevole attendersi che, dopo appena dieci anni dalla rilettura operata delle Sezioni Unite, tutti gli angoli bui risultino pienamente illuminati e tutte le questioni controverse felicemente risolte. Ciò che conta, tuttavia, è che dottrina e giurisprudenza ribadiscano con forza che, per quanto complicato possa presentarsi sotto il profilo del puntuale riscontro processuale, l’accertamento al quale il giudice è chiamato deve in ogni caso pervenire a un esito di probabilità prossima alla certezza. Poco importa se tale conclusione, anche in giurisprudenza, debba assumere alle volte i connotati di una ossessiva ripetizione: come è stato recentemente ricordato, infatti, «quando il giudice di legittimità ribadisce principi apparentemente ovvi, ciò appare come segnale di slittamenti della prassi, da arginare ribadendo quei principi che appaiono disattesi»<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Così DELL’OSSO, *Probabilità logica e “logiche” giurisprudenziali della mera probabilità: la Cassazione ribadisce i “veri” principi della sentenza Francese*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, attualmente in corso di stampa.

<sup>34</sup> Cass. pen., sez. IV, 6 marzo 2012, in CED n. 253502.

<sup>35</sup> PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 28.

#### 4. *Il rebus dell'efficacia condizionante della condotta omissiva e la recente "riscoperta" della causalità commissiva*

Un altro profilo altamente problematico, all'interno del perimetro applicativo espressamente considerato dalla sentenza Franzese, è quello relativo al tema della causalità omissiva: senza che sia possibile dedicare alla questione, in questa sede, più che un cenno fugace, merita comunque di essere ricordata quell'autorevole opinione critica<sup>36</sup>, per così dire "radicale", che ritiene che il modello delineato dalla sentenza Franzese – pronunciata, peraltro, proprio in relazione a un'ipotesi di causalità omissiva – non sia applicabile, in virtù della natura bifasica dell'accertamento in essa descritto, proprio in relazione alle ipotesi di causalità dell'omissione.

Tale tesi, in particolare, si colloca in un più ampio orizzonte concettuale che, riecheggiando un vivace dibattito che era in corso di svolgimento già nei primi anni novanta<sup>37</sup>, ritiene indifferibile, con specifico riferimento ai reati omissivi colposi, un radicale congedo – già in via interpretativa – dai criteri di accertamento tipici della causalità, dovendosi prendere atto dell'impossibilità di accertare in termini "reali" l'efficacia eziologica di un'omissione, ossia di un atto che, in quanto mai compiuto, semplicemente "non è"<sup>38</sup>.

Tuttavia, sebbene si tratti di un'opinione innegabilmente suggestiva e raffinatamente argomentata, essa non sembra sottrarsi all'insuperabile obiezione di chi osserva che, enunciata in questi termini, «la tesi è palesemente *contra legem*»<sup>39</sup>. L'abbandono della teoria condizionalistica sul terreno dei delitti colposi omissivi – in assenza di qualsivoglia modifica normativa volta a introdurre fattispecie di mera

<sup>36</sup> VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, cit., p. 1679-1680, secondo il quale sarebbe stato «persuasivamente dimostrato come lo schema bifasico della sentenza Franzese non possa strutturalmente operare rispetto ad una situazione in cui, per definizione, l'evento costitutivo del reato non è causato dalla condotta dell'imputato, bensì da fattori a lui del tutto estranei». In precedenza, nei medesimi termini, MASERA, *Il modello causale delle Sezioni unite e la causalità omissiva*, cit., pp. 493 ss.

<sup>37</sup> Per tutti, v. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 839 ss., cui si rinvia anche per i relativi, ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>38</sup> Per un recente accoglimento giurisprudenziale di questa tesi, cfr. Trib. Pisa, 27 maggio 2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, con nota critica di ASTORINA, *Causalità omissiva e colpa: responsabilità medica e logiche normative del diritto penale d'evento*. La sentenza è pubblicata anche in *Dir. pen. cont.*, con nota di BISACCI, *Condotta incauta e condotta causale: sovrapposizioni e discriminazioni in sede di accertamento di causalità e colpa*. In dottrina, sembrano condividere nella sostanza tale conclusione, non senza significative diversità di accenti, anche BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica*, in Id. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, cit., p. 75 ss.; ID., *Il problema della causalità penale*, cit., pp. 85 ss.; R. BLAIOTTA, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, cit., p. 147 ss.; ID., *Causalità giuridica*, cit., p. 249 ss.

<sup>39</sup> Così, in particolare, DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. Dir. (Ann.)*, Milano, 2010, p. 689.

condotta, imperniata sulla mera creazione di un pericolo di lesione nei confronti del bene giuridico – finisce infatti per obliterare del tutto il ruolo centrale del disvalore di evento, per spostare l'intero equilibrio sul fronte del disvalore d'azione, integrato dalla condotta antidoverosa che ha diminuito le *chances* di salvezza del bene giuridico oggetto di tutela<sup>40</sup>.

Il rischio, qui, è quello di tornare a schemi di attribuzione della responsabilità (in relazione a delitti d'evento) analoghi a quelli messi al bando dalle Sezioni Unite, aggirando il problema dell'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito attraverso l'impropria deviazione di una questione la cui natura è e resta schiettamente causale (e dunque attinente alla tipicità del fatto), sui binari della teoria della colpa.

Pertanto, se in ossequio al modello adottato dal codice (e fatto proprio dalla sentenza Franzese) l'affermazione circa la causalità della condotta non può non implicare, nei reati omissivi, la conclusione che il comportamento alternativo lecito avrebbe impedito il verificarsi dell'evento lesivo – «provata la causalità della condotta risulta provata, allora, anche la causalità della colpa»<sup>41</sup> – l'auspicato abbandono della teoria della *condicio sine qua non*, nei reati omissivi impropri, finirebbe col rendere superflua tale verifica e legittimerebbe, una volta spostata la questione dell'evitabilità dell'evento in presenza del comportamento alternativo lecito esclusivamente nel campo della colpa, il ricorso a valutazioni di carattere probabilistico, pacificamente ammesse sul versante della colpevolezza<sup>42</sup>.

Un'analisi compiuta della questione richiederebbe spazi di approfondimento incompatibili con quelli a disposizione di questo contributo: tuttavia, è interessante segnalare come, nella prassi successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite, le preoccupazioni manifestate dalla tesi dottrinale in esame, circa il carattere eccessivamente arduo dell'onere probatorio che altrimenti verrebbe a gravare sull'organo d'accusa, abbiano determinato, specialmente in relazione al settore della responsabilità colposa del sanitario, un curioso “mutamento di paradigma”, in base al quale moltissimi casi che, in precedenza, venivano impostati secondo le cadenze tipiche della causalità dell'omissione (si contesta al medico di non aver prescritto la terapia corretta o di aver omesso il trattamento chirurgico più appropriato), vengono oggi “riletti” in una chiave tesa a valorizzare gli schemi interpretativi elaborati sul fronte della causalità commissiva (si contesta al medico di aver prescritto la terapia

<sup>40</sup> DONINI, *Il garantismo della «condicio sine qua non» e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, cit., p. 921.

<sup>41</sup> In questi termini, DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 689.

<sup>42</sup> Sul grado di probabilità necessario per affermare la cd. causalità della colpa, si vedano in particolare FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 690 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 196 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, p. 408 ss.

sbagliata o di aver optato per un trattamento chirurgico non indicato).

La ragione di tale improvvisa riscoperta è presto detta: si ritiene, infatti, che una volta che sia stata accertata l'esistenza di un nesso di causalità materiale tra una condotta attiva dell'agente e l'evento lesivo verificatosi, al giudice non sarebbe più richiesto di confrontarsi – sul fronte causale – col problema del comportamento alternativo lecito (rispondendo alla seguente domanda: cosa sarebbe accaduto se l'agente si fosse comportato correttamente?), in quanto tale questione sorgerebbe soltanto nei casi di condotte aventi natura omissiva.

Nel contesto della causalità commissiva, invece, il problema appena illustrato – che non atterrebbe più alla causalità materiale ma andrebbe ricondotto nell'alveo dell'imputazione giuridica della responsabilità – sarebbe da collocare più correttamente nel recinto della colpevolezza, all'interno del quale potrebbero essere utilmente invocate categorie di accertamento più flessibili, *in primis* l'aumento del rischio. Con il conclusivo corollario che l'eventuale minor disvalore della condotta antidoverosa che abbia semplicemente diminuito le probabilità di salvezza del bene giuridico potrebbe riemergere efficacemente in termini di dosimetria della pena, spingendo il giudice a orientare il proprio giudizio di commisurazione verso l'estremo inferiore della cornice edittale.

Non sembra, tuttavia, che un mero mutamento di etichetta – causalità commissiva invece che causalità omissiva – sia in grado di spostare realmente i termini del problema: come ricordato perentoriamente dalle Sezioni Unite, infatti, la responsabilità per la *causazione di un evento* può essere affermata, nel nostro ordinamento, solo laddove sia processualmente certo che, senza la condotta dell'agente, lo stesso non si sarebbe verificato. Ogni soluzione che, accontentandosi di surrogati come la "sicura rilevanza statistica della condotta" (cioè, il ripudiato criterio dell'aumento del rischio), obliteri il problema della reale efficacia eziologica del comportamento dell'agente, mutando surrettiziamente l'oggetto del giudizio controfattuale (non più il verificarsi dell'evento, bensì la sua aumentata probabilità), dà dunque vita a una sostanziale dequotazione dell'evento lesivo, che regredisce da elemento costitutivo della fattispecie a mera condizione oggettiva di punibilità: un risultato che, ieri come oggi, si colloca al di fuori dei confini del sistema penale vigente, come la sentenza Franzese non ha mancato, doverosamente, di sottolineare.

##### 5. *I limiti estrinseci della sentenza Franzese: in particolare, il concorso morale e la causalità psichica*

Come si è anticipato nelle pagine precedenti, la sentenza Franzese ha lasciato in eredità agli studiosi molte questioni ancora aperte e da esplorare. Tra le più interessanti, sebbene non molto frequentate dagli studi penalistici sulla causa-

lità<sup>43</sup>, vi è quella sottesa alla concretizzazione delle leggi causali nel complicato settore della c.d. “causalità psichicamente mediata”, ossia in quel particolare ambito dell’agire umano in cui l’evento non sia rappresentato da un accadimento naturalistico, bensì da una decisione altrui<sup>44</sup>.

La dottrina, sul punto, si interroga da tempo circa l’utilizzabilità del modello causale classico, di tipo condizionalistico e basato su un giudizio controfattuale, anche per l’accertamento in chiave eziologica dell’interazione psichica fra soggetti che operino nell’ambito di un contesto penalmente “significativo”. Se, da un lato, non sono rare le voci, anche molto autorevoli, che negano autonoma dignità alla categoria della “causalità psichica”, ritenendo che sia necessario esaminare le interazioni psichiche penalmente rilevanti secondo modelli esegetici alternativi, del tutto al di fuori dell’universo delle relazioni causali<sup>45</sup>, dall’altro lato non mancano gli interpreti – che anzi rappresentano l’orientamento maggioritario – che continuano a propendere per la tesi secondo cui, «anche per il mondo psichico, sono da postulare leggi, generalizzazioni, regole»<sup>46</sup>, alla luce delle quali analizzare l’ef-

<sup>43</sup> Sul punto, nella letteratura tedesca, cfr. per tutti KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Göttingen, 1988, *passim*; ID., *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994, p. 510 ss. Sul tema, inoltre, DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996, p. 29 ss. Da noi, un inquadramento sistematico della causalità psichica penalmente rilevante si ritrova ampiamente in ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 367 ss.; si vedano, inoltre, CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in Canestrari-Fornasari (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell’ambito dei reati contro la persona*, Bologna, 2001, p. 187 ss.; RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 843 ss.; RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, p. 7 ss.; SERENI, *Istigazione al reato ed autoreresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova, 2000, p. 95-96; CINGARI, *Causalità psichica e massime d’esperienza: un modello differenziato di causalità?*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 769 ss.; BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari ai modelli differenziati*, Torino, 2010, p. 5 ss.; MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 1111 ss.

<sup>44</sup> Sul tema, cfr. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, cit., p. 915 ss.

<sup>45</sup> Cfr., in questo senso, PADOVANI, *La concezione finalistica dell’azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 405, secondo cui «la causalità “psichica” è in realtà figlia di una psicologia indeterministica che ha fatto il suo tempo, se mai ne ha avuto uno, e che sopravvive nelle pagine di qualche manuale penalistico o di qualche sentenza proclive a motivare ricorrendo a *topoi* concettuali frusti e bislacchi». Critici, sul punto, anche RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., p. 7, per cui l’espressione «“causalità psichica” è per taluni aspetti impropria e, per altri, eccessivamente generica»; nonché CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, cit., p. 199, secondo il quale «sul piano fenomenologico la denominazione appare carente dal punto di vista della capacità semantico-descrittiva», per cui «più che di causa, si dovrebbe parlare di evento psichico di una condotta».

<sup>46</sup> Così ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, cit., p. 918, e *ivi* ulteriori riferimenti; nella letteratura tedesca, cfr. in particolare K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen 1931, p. 13 ss.; ID., *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*, in *Festschrift für Hellmuth von Weber*, 1963, p. 247, 264 ss.

fettivo contributo del partecipe alla realizzazione del reato commesso in concorso morale con altri.

Il dibattito inerente alla causalità psichica – estremamente articolato e “trasversale” rispetto a molte fattispecie di parte speciale, dalla truffa all’associazione per delinquere, dalla violenza sessuale di gruppo alla recente induzione indebita a dare o promettere utilità, per finire alla tematica sempre insidiosa dei confini del concorso esterno nel reato associativo – presenta confini troppo estesi per poter essere qui anche solo grossolanamente riassunto. Tuttavia, non appare inutile interrogarsi sulla possibilità di ricorrere – e, in caso di risposta affermativa, entro quali limiti – allo schema interpretativo tracciato dalla sentenza Franzese anche per verificare l’effettivo valore causale del contributo psichico del partecipe, se non altro perché tale controllo pare innegabilmente imposto dalla clausola generale di atipicità espressa dall’art. 110 c.p., secondo cui tutti coloro che concorrono nel medesimo reato sono sottoposti alla medesima pena.

La totale assenza, qui, di ogni specifica tipizzazione normativa delle forme di concorso, sia esso materiale o morale, fa sì che l’unico criterio a disposizione del giudice, per selezionare i contributi rilevanti rispetto all’evento che costituisce il reato, sia quello dell’accertamento della loro *concreta incidenza causale*. La scelta codicistica a favore di un paradigma atipico, dunque, non esprime affatto un atteggiamento di indifferenza da parte del legislatore del 1930 ma segna, al contrario, una consapevole considerazione della multiforme connotazione che può caratterizzare – e, pressoché immancabilmente, caratterizza – il reato plurisoggettivo, che trova il proprio minimo comune denominatore proprio nel paradigma causale di imputazione.

Se, dunque, è innegabile che il concorso morale appartenga a buon diritto alla categoria «delle “sottigliezze empiriche” del diritto penale»<sup>47</sup>, potendo essere integrato da contributi talmente variabili da rendere addirittura plastica la dialettica fra la rigidità delle categorie giuridiche utilizzate in astratto per descriverlo e la mutevolezza della realtà fenomenica a cui esso fa riferimento<sup>48</sup>, ciò non toglie che, per poter assumere autonoma rilevanza penale, la partecipazione psichica debba sempre costituire una condizione necessaria del reato, un elemento decisivo di “spinta” all’azione del partecipe che materialmente realizza il reato, secondo la nota metafora che ravvisa nell’azione di costui solo l’estremità appuntita del proiettile, che «penetra a cuneo nel vivo del bersaglio, ma che ha dietro tutta la massa che urge, e con la sua spinta vince la resistenza incontrata dal cuneo di punta»<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Così MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale*, cit., p. 1114.

<sup>48</sup> Sul tema del concorso morale come “fatto psichico” v. CASTRONUOVO, *Fatti psichici e concorso di persone. Il problema dell’interazione psichica*, in De Francesco-Piemontese-Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, p. 185 ss.; COCO, *L’imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008, spec. p. 16 s.

<sup>49</sup> PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 5.

Osservando le spinte “centrifughe” che, nella prassi giurisprudenziale, hanno talvolta determinato l’erosione degli standard connessi al rispetto del modello causale-condizionalistico, per far posto a modelli più flessibili di valutazione dei contributi psichici penalmente significativi, imperniati su interpretazioni in chiave soggettivistico-psicologica dei fatti psichici<sup>50</sup>, pare allora di grande attualità proprio il percorso logico-argomentativo delineato dalla sentenza Franzese, che costituisce – allo stato attuale dell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale – il migliore ancoraggio al fondamentale canone costituzionale di determinatezza della fattispecie, ineludibile centro gravitazionale attorno al quale devono ruotare tutte le categorie del sistema penale.

Sul punto – che qui non si può far altro che indicare come soluzione ragionevolmente praticabile, senza potersi dilungare in compiute dimostrazioni ed esemplificazioni – il *dictum* delle Sezioni Unite pare attagliarsi in modo particolarmente efficace al problema, nella parte in cui chiarisce che il ricorso a una generalizzazione non basta a fondare il nesso di causalità, perché entra sempre in gioco la necessità di rilevare la pertinenza della legge al caso concreto, ossia di pervenire alla conclusione – non soltanto attraverso l’esclusione di possibili fattori causali alternativi ma, *in primis*, attraverso la dimostrazione positiva, ancorata al compendio probatorio acquisito nel corso del processo – che proprio quella è la spiegazione che convince.

Questa fondamentale dimensione *pratica* della verifica causale – che, in assenza di leggi scientifiche potrà pur sempre ricorrere, con gli opportuni stringenti controlli dovuti al loro minor grado di verificabilità empirica, anche a massime di esperienza, purché frutto di solide basi cognitive e non di mere speculazioni – rende forse meno nette, sul piano operativo e della prova, le profonde distanze *teoriche* che separano gli opposti orientamenti appena ricordati, in merito alla possibilità di tratteggiare efficaci generalizzazioni esplicative laddove si abbia a che fare con la libera determinazione della volontà delle persone.

Infatti, fino a che non intervenga nell’ordinamento una radicale rinuncia – ad oggi difficile da pronosticare, e comunque certamente non auspicabile – al paradigma del concorso di persone su base istigativa, la verifica causale che tale istituto postula non potrà che essere condotta secondo le cadenze consuete: in particolare, rimane insuperabile la necessità di ravvisare un nesso eziologico tra la condotta dell’istigatore e quella dell’istigato, solo che al relativo accertamento, su base controfattuale, il giudice potrà pervenire anche «argomentando da una pluralità di segni vagliati anche in base alle esperienze soggettive e oggettive di casi simili: elementi di prova che, insieme ancora una volta alla esclusione di altra ragionevole alternativa, potranno consentirgli di “passare” da un mero *post hoc* ad un “proces-

<sup>50</sup> Per una rassegna, v. MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale*, cit., p. 1115 ss.

sualmente certo” *propter hoc*»<sup>51</sup>.

Anche sull'accidentato fronte della causalità psichica, dunque, i principi enunciati dalle Sezioni Unite contribuiscono a fare da argine verso quelle forme di responsabilità che pretenderebbero di radicarsi in una sorta di “zona franca” della tipicità, larvatamente svincolata dal pieno rispetto dei principi costituzionali di legalità e colpevolezza.

Il già citato richiamo a un *concetto forte di giurisdizione*, che costituisce il carattere più genuinamente distintivo della sentenza Franzese, si estende dunque anche nei territori – estranei all'oggetto specifico di quella pronuncia – della prova dell'istigazione accolta: anche in quest'ambito, il giudice non potrà far leva sulla precarietà del sostrato nomologico disponibile per affermare, autoritativamente, un proprio convincimento intimo e arbitrario, ma sarà chiamato a fornire motivazioni adeguate e razionalmente controllabili alle proprie decisioni, vagliando criticamente i diversi elementi di prova acquisiti nel crogiolo processuale: così, dichiarerà la responsabilità dell'istigatore a titolo di concorso morale, laddove possa concludere «che nella specie è altamente logicamente probabile che la concreta condotta di quel singolo sia stata realmente determinata dall'altro; oppure, ove solo gli resti ancora un ragionevole dubbio, assolverà»<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> In questi termini, del tutto condivisibilmente, ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, cit., p. 919, il quale formula l'esempio di C, il quale uccida D proprio perché E lo abbia istigato a farlo. In tale ipotesi, il giudice potrà accertare la sussistenza del nesso eziologico sulla base di elementi diversi dalla generalizzazione invocata come schema esplicativo sottostante (schemi che le recenti evoluzioni delle ricerche neuroscientifiche promettono di definire con sempre crescente precisione), quali ad esempio «i rapporti tra E e C, la risalente inimicizia tra E e D, la figura dominante e tiranna di E e/o la suggestionabilità di C, le pressioni ripetute del primo e le deboli rimostranze del secondo; e così via».

<sup>52</sup> ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale*, cit., p. 922.

OLIVIERO MAZZA

## IL RAGIONEVOLE DUBBIO NELLA TEORIA DELLA DECISIONE

SOMMARIO: 1. La sentenza Franzese nell'orizzonte epistemologico giudiziario contemporaneo. – 2. La probabilità logica. – 3. Regole di valutazione probatoria e regole di giudizio (o di decisione). – 4. Il ragionevole dubbio come induzione eliminatória.

### 1. *La sentenza Franzese nell'orizzonte epistemologico giudiziario contemporaneo*

In dieci anni è stato detto e scritto probabilmente tutto quello che si poteva intelligentemente disquisire intorno alla sentenza Franzese. Questo non trascurabile lasso di tempo ha anche permesso di verificare quale sia stata l'incidenza di tale arresto sugli orientamenti giurisprudenziali, sulle prassi applicative e sulle scelte legislative. Forse mai nessuna sentenza ha avuto, e meritato, l'attenzione riservata alla "Franzese". Tornare oggi sull'argomento per tracciare dettagliati bilanci<sup>1</sup> o per contribuire all'"apologia" di una pur importante decisione delle sezioni unite della Cassazione potrebbe apparire uno sterile esercizio di stile. L'unica prospettiva utilmente coltivabile sembra, dunque, quella di collocare la decisione delle sezioni unite nel dibattito teorico dell'epistemologia giudiziaria, in particolare sull'insidioso terreno della costruzione di un fondamento razionale della decisione che viene assunta nel processo penale.

Conviene prendere le mosse dai tre principi di diritto enunciati dalle sezioni unite, ai sensi dell'art. 173 n. 3 norme att. c.p.p., riguardanti, nell'ordine: a) la necessità di accertare la causalità omissiva mediante lo schema del giudizio controfattuale fondato su generalizzate regole di esperienza o su leggi scientifiche, universali o statistiche; b) il ripudio del criterio della mera probabilità statistica della legge scientifica di copertura per abbracciare il più pregnante canone della probabilità logica; c) la teorizzazione del ragionevole dubbio che conduce all'assoluzione dell'imputato quando la prova del nesso causale risulti insufficiente, contraddittoria e incerta, nello specifico quando le evidenze disponibili non suffraghino appieno l'efficacia condizionante della condotta omissiva rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo.

<sup>1</sup> In proposito, v. P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1225 ss.

Tutti e tre i principi sottendono il carattere necessariamente probabilistico del giudizio penale. Questo aspetto potrebbe però risultare in qualche modo falsato da un brano della motivazione in cui si parla espressamente della auspicabile conclusione del ragionamento giudiziale in termini di «certezza processuale» caratterizzata da un «alto grado di credibilità razionale». Non è un caso, del resto, se i primi autorevoli commentatori, enfatizzando proprio tale passaggio argomentativo, hanno addirittura affermato che «se il supporto induttivo offerto dall'*explanans* non è forte, forte come quello garantito da una legge statistica con coefficiente percentualistico vicino a 100, il giudizio finale di probabilità causale *ex post* non potrà mai assurgere al grado di conferma richiesto dall'oltre ogni ragionevole dubbio per una sentenza di condanna»<sup>2</sup>.

In realtà, il maggior pregio dell'impostazione seguita dalle sezioni unite è quello di aderire a un concetto di probabilità logica o baconiana, che rifugge da certezze espresse in termini numerico-percentualistici, per ribadire come, anche a fronte di una "certezza processuale" di natura probabilistica (alto grado di credibilità), l'esito cognitivo della ricostruzione giudiziale del fatto rimane connotato da un irresolubile margine di incertezza, quello che potremmo già chiamare "il dubbio non ragionevole". Riservandosi di approfondire il tema quando si affronterà la regola di giudizio enunciata nel terzo principio di diritto, è opportuno precisare subito che l'aggettivo giudiziale o processuale, oltre a definire la sede in cui si compie l'accertamento, assolve anche alla non meno rilevante funzione di rendere immediatamente percepibile il carattere approssimativo e incerto di ogni conclusione che si può trarre all'esito di un processo penale. Senza dover fare riferimento in questa sede all'impossibilità, ormai accettata in qualunque campo, del conseguimento dell'episteme<sup>3</sup>, intesa come conoscenza assolutamente certa e dimostrabile, è possibile spiegare e, al tempo stesso, accettare il carattere inevitabilmente probabilistico e incerto del ragionamento giudiziale, evidenziandone la componente essenzialmente induttiva. La valutazione delle prove e la conseguente decisione sono attività che richiedono al giudice una inferenza ampliativa, quindi non dimostrativa né deduttiva<sup>4</sup>, le cui

<sup>2</sup> F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 814.

<sup>3</sup> K. R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza* (1934), trad. it., Torino, 1995, p. 311. V. anche M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico* (1993), trad. it., Torino, 1998, p. 16; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 23; G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, p. 1.

<sup>4</sup> Come ricorda P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, p. 71, «lo schema dell'implicazione – 'se A allora B', dove non è possibile affermare A e negare B, senza contraddirsi – è inapplicabile ai rapporti tra prove e contenuto della decisione. Se la colpevolezza dovesse discendere deduttivamente dalle prove, così da riuscire inconfutabile per qualsiasi persona razionale, ogni processo si concluderebbe con l'assoluzione».

conclusioni asseriscono più di quanto conosciuto dalle premesse (le prove) e la cui validità può essere apprezzata solo in termini di probabilità.

Volendo precisare meglio, si potrebbe ritenere che, «chiamato a ricostruire eventi del passato attraverso la diretta percezione di eventi del presente (le prove), il giudice deve effettuare una duplice operazione logico-valutativa: in primo luogo, formulare ipotesi circa il “caso” che ha prodotto il “risultato” osservabile (abduzione); in secondo luogo, scegliere l'ipotesi migliore tra quelle compatibili con i dati probatori (*inference to the best explanation*). Entrambi i passaggi del ragionamento probatorio richiedono l'applicazione di regole inferenziali di tipo induttivo, ricavate empiricamente dalla precedente osservazione di casi analoghi»<sup>5</sup>.

Sgombrato così il campo dalla credenza ingenua del raggiungimento di una assoluta verità processuale<sup>6</sup>, occorre allora interrogarsi sul *quantum* di incertezza sia ammissibile e accettabile nel ragionamento induttivo-probabilistico del giudice. La “sentenza Franzese” ha dato una risposta convincente al quesito, preferendo la probabilità logica a quella meramente statistico-frequentista. Il calcolo matematico delle probabilità, la probabilità di frequenza o statistica non è idonea a sorreggere il ragionamento probatorio giuridico per la semplice ragione che non ha natura individualizzante, o meglio non dice nulla con riguardo allo specifico fatto oggetto di ricostruzione giudiziale<sup>7</sup>. Non bisogna certo richiamare i famosi paradossi degli autobus blu<sup>8</sup> o dell'intruso (*gatecrasher*)<sup>9</sup> per concludere circa l'inadeguatezza della probabilità statistica che, seppur in grado di ridurre e, in alcuni casi, addirittura di minimizzare percentualmente gli errori di giudizio<sup>10</sup>, non sarebbe rispondente a quel bisogno di “giustizia del caso singolo” che impone di collegare la decisione alle prove concretamente disponibili.

La scelta necessitata in favore della probabilità logica segna anche la preferenza per un modello del calcolo delle probabilità di tipo baconiano che porta al superamento delle opposte concezioni quantitative pascaliane o bayesiane<sup>11</sup>. Il modello

<sup>5</sup> F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 62.

<sup>6</sup> Secondo L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 23, «l'idea contraria che si possa raggiungere ed asserire una verità oggettivamente e assolutamente certa è infatti un'ingenuità epistemologica, che le dottrine giuridiche illuministiche del giudizio come applicazione meccanica della legge condividono con il realismo gnoseologico volgare».

<sup>7</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1992, p. 174.

<sup>8</sup> L. H. TRIBE, *Trials by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, in *Harvard Law Review*, 1971, p. 1340-1341.

<sup>9</sup> L. J. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, p. 77 ss.

<sup>10</sup> Cfr. F. SCHAUER, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, London, 2003, p. 92 ss.

<sup>11</sup> In proposito, v. l'ampia ricostruzione di L.J. COHEN, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità* (1989), trad. it. 1998, Milano, p. 5 ss.

pascaliano e il calcolo bayesiano sono stati giustamente criticati in quanto “metodi di calcolo” che scontano sia l'impossibilità concreta di realizzare una raccolta assolutamente completa dei dati informativi sia, soprattutto, la mancanza di criteri “oggettivi” di quantificazione delle premesse del calcolo (*prior probabilities*) e, in definitiva, del valore persuasivo delle prove. In altri termini, si insegna al giudice come calcolare la probabilità, ma al tempo stesso si rimette al suo approccio soggettivo il compito di stabilire il valore da assegnare ai dati immessi nel calcolo<sup>12</sup>. L'estremo soggettivismo conduce a una teoria che sembra avere il semplice scopo di descrivere lo stato mentale in cui versa il giudice<sup>13</sup>, senza tuttavia fornire alcuna indicazione utile per un inquadramento razionale del problema della ricostruzione probatoria del fatto<sup>14</sup>.

Come si è già ricordato, uno dei maggiori meriti della sentenza Franzese va rintracciato nell'abbandono delle suggestioni derivanti dalla probabilità quantitativa, da sempre molto ben radicate nella prova “scientifica” del nesso di causalità<sup>15</sup>. Ciò non toglie, tuttavia, che le frequenze statistiche possano e debbano avere una certa rilevanza nel procedimento probatorio<sup>16</sup>. Quando si dispone di dati statistici raccolti con metodo scientifico, questi possono costituire un elemento di prova che il giudice dovrà valutare, senza però che la probabilità statistica divenga a sua volta lo schema logico della valutazione della prova stessa. In tale ottica va letta l'affermazione centrale delle sezioni unite sull'accertamento del nesso di causalità: la probabilità statistica, desunta dalla legge scientifica di copertura, non è il criterio tautologico di valutazione della prova o di giudizio, bensì un elemento di prova che va valutato unitamente a tutte le altre evidenze del caso concreto le quali, a loro volta, devono consentire di escludere l'incidenza

<sup>12</sup> È quanto ammette anche chi sostiene la plausibilità giudiziaria di una teoria bayesiana della decisione: P. GARBOLINO, *Il ragionevole dubbio e la teoria bayesiana della decisione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4042 ss. Cfr., inoltre, G. UBERTIS, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Argomenti di procedura penale*, III, Milano, 2011, p. 180-181.

<sup>13</sup> L. J. COHEN, *Il ruolo del peso probatorio nella prova penale*, in AA.VV., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, a cura di P. Tillers - E. D. Green, Milano, 2003, p. 192.

<sup>14</sup> Per una completa esposizione di tutti le obiezioni che possono essere mosse alla probabilità quantitativa bayesiana, v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 168 ss.

<sup>15</sup> Suggestioni ampiamente raccolte dalla più autorevole dottrina penalistica che, consapevole dell'impossibilità di ricondurre, sulla base del mero dato statistico, il singolo evento nei fatti inclusi nel campione, richiede un risultato percentuale molto prossimo alla certezza (F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, cit., p. 814): tuttavia, se non si fonda su una legge universale, la “prova scientifico-statistica”, in sé e per sé considerata, nulla dice sulla causa dell'evento singolo.

<sup>16</sup> Sul punto, cfr., in chiave critica, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano, 2005, p. 308 ss.

di altri fattori interagenti<sup>17</sup>. In tal modo, anche una bassa frequenza statistica di certi tipi di evento legati a una certa causa potrebbe essere adeguata per stabilire che, nel caso specifico, esclusa ogni altra spiegazione alternativa, si sia realizzato proprio quel nesso di condizionamento connotato da «coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista»<sup>18</sup>.

## 2. La probabilità logica

La teoria della probabilità logica è sicuramente quella che meglio spiega la ricostruzione induttiva dei fatti in giudizio e quella, per certi versi, più familiare ai giuristi. L'ulteriore pregio della sentenza Franzese è stato di rendere esplicito uno schema razionale di valutazione delle prove che normalmente, in ambito giudiziario, viene utilizzato quasi inconsapevolmente. Al di là della precisione o della divisibilità o meno delle argomentazioni, le sezioni unite hanno certamente infranto un tabù, spiegando ai giuristi, attraverso lo strumento privilegiato della sentenza, che il loro consueto modo di ragionare e di decidere può essere razionalizzato se non propriamente formalizzato. La base teorica ed epistemologica è stata ovviamente importata dalle riflessioni dottrinali, e non solo dei giuristi<sup>19</sup>, ma rimane ferma la circostanza, indubbiamente importante, che anche la giurisprudenza abbia inteso aprirsi a questi "nuovi" orizzonti conoscitivi<sup>20</sup>.

Volendo definire la probabilità logica, potremmo fare riferimento alla relazione intercorrente fra un'ipotesi e gli elementi che ne confermano l'attendibilità. Questo schema corrisponde precisamente alle valutazioni a cui è chiamato il giudice. È proprio la sua esatta corrispondenza al problema giudiziario ne ha segnato la fortuna. La probabilità non viene più riportata al grado di convincimento personale del

<sup>17</sup> Il problema, semmai, sarà quello di stabilire se sia concretamente possibile escludere spiegazioni alternative dell'evento: v., in tema di causalità medica omissiva, F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, p. 121 ss. Peraltro, ci si dovrebbe interrogare su cosa significhi esattamente escludere l'interferenza di fattori alternativi: fornire la prova di un "fatto negativo"? Oppure prendere atto che le ipotesi alternative non sono state nemmeno affacciate o, comunque, se prospettate non siano state in alcun modo confermate dalle prove disponibili?

<sup>18</sup> V. anche Cass., sez. IV, sent. n. 39594, 21 giugno 2007, P.C. in proc. Rizzo, CED 237876, secondo cui «nei reati omissivi impropri, la sussistenza del nesso di causalità non può essere affermata sulla base di una valutazione di probabilità statistica, risultando invece necessaria la formulazione di un giudizio di probabilità logica che consenta di ritenere l'evento specifico riconducibile all'omissione dell'agente al di là di ogni ragionevole dubbio».

<sup>19</sup> V., anche per i diversi approcci al tema, AA.VV., *L'inferenza probabilistica nel diritto delle prove. Usi e limiti del bayesianesimo*, cit., *passim*.

<sup>20</sup> In particolare, il riferimento è al pensiero di J. L. COHEN, un cui utile compendio in lingua italiana è rappresentato da *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, cit., *passim*.

soggetto chiamato a decidere, «bensì al grado di conferma che le prove forniscono – oggettivamente – all'ipotesi»<sup>21</sup>.

Se lo schema è chiaro, resta del tutto aperto il problema di stabilire quali inferenze induttive possono essere ritenute razionali, ossia quando e a quali condizioni possiamo ritenere logicamente confermata l'ipotesi fattuale sulla base delle prove raccolte<sup>22</sup>. Le inferenze induttive, proprio perché tali, non potranno mai essere universalmente valide, tuttavia ciò non esclude la razionalità e la validità di un ragionamento induttivo fondato su massime d'esperienza o leggi scientifiche di tipo probabilistico. È chiaro che impiegando la logica induttivo-probabilistica non si potrà mai giungere a una valutazione di concluzione probatoria, non si potrà mai ritenere assolutamente dimostrata su base induttiva un'ipotesi, cosa invece possibile solo impiegando inferenze deduttive. Nella piena consapevolezza dei limiti dell'inferenza induttiva, la probabilità logica serve però a superare ogni questione riferibile a probabilità numeriche o quantitative ovvero al grado personale di convincimento del giudice.

La probabilità logica, infatti, è direttamente proporzionale all'affidabilità dell'inferenza che va da una proposizione (probatoria) all'altra (fattuale), dall'elemento di prova al risultato di prova o dai risultati di prova alla decisione finale sul merito dell'imputazione, in contesti in cui tale inferenza non gode delle garanzie della logica deduttiva. Misurare esattamente l'affidabilità dell'inferenza è però praticamente impossibile, a meno di non ricadere, surrettiziamente, in una nozione di probabilità pascaliana fondata comunque su calcoli matematici<sup>23</sup>. Occorre, dunque, evitare l'errore di ritenere numericamente o percentualmente quantificabile il grado della probabilità logica.

Il grado di conferma che l'ipotesi fattuale può trovare nelle prove acquisite si misura solo sulla coerenza della conclusione rispetto alle evidenze disponibili, quindi necessariamente anche sulla persuasività logico-razionale dei criteri inferenziali adottati e, più in generale, sulla saldezza del ragionamento. La conclusione deve essere tale da lasciare sopravvivere solo il dubbio non ragionevole, quello cioè determinato dal tipo stesso di inferenza induttiva.

<sup>21</sup> F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 62.

<sup>22</sup> Secondo F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, cit., p. 812, «non ... sembrano necessarie lunghe riflessioni per concludere che la probabilità logica non riesce, da sola, ad individuare il grado di conferma richiesto: essa è muta rispetto al grado di conferma per una decisione giusta del giudice civile e penale».

<sup>23</sup> Cfr. J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova* (2007), trad. it., Milano, 2012, p. 124 ss.

### 3. Regole di valutazione probatoria e regole di giudizio (o di decisione)

L'aspetto meno convincente della sentenza Franzese riguarda, invece, la mancata esatta percezione di una distinzione fondamentale, quella fra le regole di valutazione della prova e le regole di giudizio o regole di valutazione probatoria complessiva nel momento decisorio<sup>24</sup>. Probabilmente ciò è dipeso dal fatto che si tratta pur sempre di una sentenza e non di una ricostruzione sistematica del lessico e della struttura probatoria<sup>25</sup>, condizionata perciò dallo specifico quesito sottoposto all'attenzione del giudice, rappresentato principalmente dalla individuazione dei criteri di determinazione e di apprezzamento del valore probabilistico della spiegazione causale.

Tuttavia, è importante sottolineare come la probabilità logica, pur investendo entrambi i momenti, valutativo e decisorio, operi nei due contesti secondo standard diversi.

In estrema sintesi, si può ritenere che il giudice sia dapprima chiamato a valutare i singoli esperimenti conoscitivi, per poi operare, a fini decisori, una valutazione probatoria complessiva caratterizzata dalla considerazione combinata e unitaria di tutte le evidenze legittimamente acquisite e, quindi, disponibili<sup>26</sup>.

Nella prima fase, quella della valutazione della singola prova, il giudice deve dar conto, ai sensi dell'art. 192 comma 1 c.p.p., «dei criteri di valutazione (massime d'esperienza) utilizzati per vagliare il fondamento della prova»<sup>27</sup>. Di fronte al singolo elemento di prova, il giudice compie una complessa operazione inferenziale

<sup>24</sup> La giurisprudenza non è comunque insensibile a tale distinzione: «la previsione normativa della regola di giudizio dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio» non ha introdotto un diverso e più restrittivo criterio di valutazione della prova ma ha codificato il principio giurisprudenziale secondo cui la pronuncia di condanna deve fondarsi sulla certezza processuale della responsabilità dell'imputato» (Cass., sez. II, sent. n. 16357, 2 aprile 2008, Crisiglione, CED 239795). Analogamente, Cass., sez. I, sent. n. 20371, 11 maggio 2006, Ganci e altro, CED 234111, laddove si afferma che, «con la previsione della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, di cui all'art. 5 della legge n. 46 del 2006, che ha modificato il comma primo dell'art. 533 cod. proc. pen., il legislatore non ha introdotto un diverso e più rigoroso criterio di valutazione della prova rispetto a quello precedentemente adottato dal codice, ma ha semplicemente formalizzato un principio già acquisito dalla giurisprudenza, secondo cui la condanna è possibile soltanto quando vi sia la certezza processuale della responsabilità dell'imputato».

<sup>25</sup> Il suo estensore, tuttavia, anche in sede teorica parla del ragionevole dubbio come di una «regola probatoria e di giudizio»: G. CANZIO, *L'«oltre il ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 303.

<sup>26</sup> Descrive compiutamente le diverse attività del giudice, G. UBERTIS, *Fatto, prova e verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, cit., p. 178-179; ID., *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 80-83; ID., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007, p. 77 ss.

<sup>27</sup> *Relazione prog. prel. c.p.p.*, in *Il nuovo codice di procedura penale annotato con le relazioni e con i lavori preparatori*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, Milano, 1991, p. 349.

che lo condurrà a stabilire il risultato di prova. L'inferenza, come detto, è di tipo induttivo-probabilistico e riguarda non solo l'elemento di prova in sé considerato, ma anche, e soprattutto, la valutazione dei fatti secondari<sup>28</sup>, intesa come verifica del grado di attendibilità della fonte e/o del mezzo di prova e della comprensibilità dell'elemento di prova, spesso connotato da proposizioni e concetti vaghi o generici<sup>29</sup>. La verifica dei fatti secondari può anche implicare controlli incrociati con elementi di altre sequenze probatorie, senza peraltro sconfinare nella seconda fase, quella della valutazione complessiva a fini decisori.

Anche quando nella considerazione del solo elemento di prova il giudice possa fare applicazione di leggi universali, logiche o scientifiche non probabilistiche<sup>30</sup>, il ben più pregnante apprezzamento congiunto dei fatti secondari richiederà sempre l'impiego di massime d'esperienza<sup>31</sup>, con la conseguenza che l'inferenza che conduce dall'elemento al risultato di prova sarà necessariamente connotata da una probabilità logica.

Non va nemmeno dimenticato che in alcuni casi, predeterminati dal legislatore, il giudice non è libero di apprezzare il singolo elemento di prova, dovendo sottostare alle regole di valutazione sancite dall'art. 192 commi 2-4 c.p.p.

L'aspetto che merita di essere posto in luce è come il giudice, nella valutazione della singola prova, non sia tenuto a raggiungere una conclusione vincolata in termini di concludenza probatoria, ossia di affermazione o negazione della proposizione fattuale che costituisce il singolo tema di prova. Egli può anche ritenere relativamente persuasivo l'esperimento probatorio, quindi giungere a un grado di conferma dell'ipotesi fattuale non del tutto soddisfacente, senza perciò escludere il conseguimento di un risultato di prova, sia pure incerto. In altri termini, non è necessitato il raggiungimento della conclusione per cui l'asserto fattuale risulta provato (o smentito), essendo ammissibili anche risultati di prova connotati da un dubbio superiore a quello fisiologicamente implicato dalla inferenza induttiva fondata su massime d'esperienza. Un risultato conoscitivo ambiguo o non particolarmente persuasivo non deve, per ciò stesso, essere scartato o addirittura considerato alla stregua della smentita della proposizione probatoria (prova fallita). La valutazione della prova, del singolo elemento di prova, non soggiace a regole decisorie, come quella della persuasività "al di là di ogni ragionevole dubbio", non

<sup>28</sup> I riferimenti alla sequenza probatoria sono tratti da G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., p. 25 ss.

<sup>29</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 204 ss.

<sup>30</sup> L'esempio classico è quello della prova d'alibi fondata sulla legge scientifica non probabilistica per cui gli esseri umani non sono dotati dell'ubiquità.

<sup>31</sup> Stando sempre all'esempio di nota 30, andrà valutato il fatto secondario costituito dall'attendibilità del testimone che fornisce la prova d'alibi, inferenza necessariamente fondata su massime d'esperienza e sul riscontro fornito da altri elementi di prova.

deve per forza giungere a un «giudizio assertorio di concludenza probatoria»<sup>32</sup>, dovendo, al limite, sottostare alle regole legali di valutazione specificamente dettate dal codice quale temperamento del canone generale del libero convincimento (v. art. 192 c.p.p.)<sup>33</sup>.

Il singolo risultato di prova, ancorché, in ipotesi, connotato da ampi margini di incertezza, entrerà comunque nella valutazione complessiva di tutte le evidenze disponibili nel momento decisorio, potendo in questa seconda fase essere oggetto di una nuova valutazione alla luce di tutti gli altri elementi nel frattempo raccolti, che magari possono innalzare o abbassare il livello di persuasività del risultato di prova originario, anche attraverso l'impiego di diverse massime d'esperienza suggerite proprio dall'evoluzione complessiva del quadro probatorio<sup>34</sup>. L'inferenza induttiva del giudice è infatti un *work in progress* in cui le conclusioni tratte inizialmente potrebbero essere superate in un momento successivo dalla valutazione congiunta di più elementi di prova o di più fatti secondari<sup>35</sup>. Senza trascurare l'eventualità che la singola prova incerta, ma incidente su una circostanza fattuale determinante, pur non avendo la forza logica della falsificazione della proposizione probatoria, possa comunque supportare adeguatamente il ragionevole dubbio.

È chiaro che nel caso limite (e pressoché solo teorico) in cui sia stato acquisito un unico elemento di prova il momento valutativo e quello decisorio tenderanno a

<sup>32</sup> G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., p. 77; ID., *Sistema di procedura penale*, cit., p. 76.

<sup>33</sup> Secondo M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p. 172 ss., il ragionevole dubbio non «si può configurare come regola di valutazione negativa ... non limita il libero convincimento del giudice, ma ne costituisce un'attuazione, prescrivendo l'impiego dei criteri della logica induttiva in tutti i gradi del processo». Al tempo stesso, però, la distinzione fra regole di valutazione della prova e regole di giudizio sembra sfumare quando si afferma che «la valenza della prescrizione dell'art. 533 comma 1 c.p.p., infine, è tale da indebolire le regole di corroborazione stabilite dall'art. 192 commi 2 e 3 c.p.p., potendo arrivare ad esautorarle completamente».

<sup>34</sup> Il riferimento è a prove disposte in ordine convergente verso la medesima proposizione probatoria, secondo la descrizione fornita da P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 77.

<sup>35</sup> Sulla necessità di inserire nella valutazione probatoria complessiva anche risultati non univoci o del tutto persuasivi, soprattutto per effetto della valutazione dei fatti secondari, v., sia pure con qualche imprecisione linguistica, Cass., sez. VI, sent. n. 29350, 3 maggio 2006, Rispoli, CED 235088, secondo cui, «in tema di valutazione della prova, con riferimento ai risultati delle intercettazioni di comunicazioni, il giudice di merito deve accertare che il significato delle conversazioni intercettate sia connotato dai caratteri di chiarezza, decifrabilità dei significati e assenza di ambiguità, di modo che la ricostruzione del significato delle conversazioni non lasci margini di dubbio sul significato complessivo della conversazione. (La Corte ha chiarito che qualora la conversazione captata non sia connotata da queste caratteristiche – per l'incompletezza dei colloqui registrati, per la cattiva qualità dell'intercettazione, per la cripticità del linguaggio usato dagli interlocutori, per la non sicura decifrabilità del contenuto o per altre ragioni – non per questo si ha un'automatica trasformazione da prova a indizio, in quanto è il risultato della prova che diviene meno certo con la conseguente necessità di elementi di conferma che possano eliminare i ragionevoli dubbi esistenti)».

coincidere, determinando una sorta di *transfert* della regola di giudizio nella valutazione della prova che, dunque, dovrà rivelarsi capace di dimostrare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio. Tale particolare eventualità non sembra però inficiare la validità della distinzione concettuale appena delineata.

Se, dunque, l'attività di valutazione della prova, e cioè l'inferenza che intercorre fra l'elemento e il risultato di prova, è libera (libero convincimento, art. 192 comma 1 c.p.p.), ossia non condizionata al raggiungimento di uno standard predeterminato di persuasività e non sottoposta a regole predeterminate, a meno che non siano eccezionalmente applicabili le note regole prudenziali (art. 192 commi 2-4 c.p.p.), l'attività decisoria soggiace, invece, a una precisa regola di giudizio espressa dalla "sentenza Franzese" facendo ricorso all'arcinoto canone anglosassone *beyond any reasonable doubt (bard rule)*<sup>36</sup> e oggi codificata nell'art. 533 comma 1 c.p.p.

#### 4. Il ragionevole dubbio come induzione eliminatoria

Messo in evidenza lo scollamento fra standard probatori e standard decisori, occorre ora soffermarsi sul terzo principio di diritto con cui le sezioni unite hanno teorizzato la regola di giudizio del ragionevole dubbio che la l. n. 46 del 2006 ha poi testualmente inserito nel novellato art. 533 c.p.p.<sup>37</sup>.

Non bisogna, anzitutto, farsi fuorviare dalla consacrazione codicistica del principio giurisprudenziale, evento raro che sembrerebbe invertire le regole dell'ermeneutica, con un legislatore pronto a recepire il diritto giurisprudenziale creativo: in realtà, il canone decisorio per cui il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio era già ricavabile dal sistema normativo prima della riforma del 2006, come d'altronde dimostra l'interpretazione fornita dalla stessa "Franzese" del combinato disposto degli art. 530 comma 2 e 533 c.p.p. nel testo allora vigente, facendo coincidere il ragionevole dubbio con «l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso di causalità». Ha quindi ragione la dottrina che, in modo pressoché unanime<sup>38</sup>, non attribuisce carattere innovativo all'intervento

<sup>36</sup> Contrariamente a quanto si potrebbe ritenere, l'origine della formula *BARD* non è statunitense, bensì inglese: in proposito, v. R. ORLANDI, Recensione a J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, p. 760.

<sup>37</sup> Sull'origine della regola nel nostro ordinamento, v. F. D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di merito e di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2406 ss.

<sup>38</sup> V., per tutti, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 995, secondo cui la riscrittura dell'art. 533 comma 1 c.p.p. esprimerebbe un «banale americanismo e [una] verità ovvia».

riformatore<sup>39</sup>. Tuttavia, se il superamento del ragionevole dubbio non ha efficacia autonomamente prescrittiva rispetto a quanto era già ricavabile prima della riforma dal combinato disposto degli art. 530 comma 2 e 533 c.p.p., per non parlare della regola di giudizio direttamente imposta dalla presunzione costituzionale ed europea d'innocenza (art. 27 comma 2 Cost.; art. 6 comma 2 CEDU)<sup>40</sup>, sul piano descrittivo<sup>41</sup> la formula appare certamente evocativa, permettendo di meglio comprendere e perimetrare il carattere probabilistico del giudizio di stampo induttivo<sup>42</sup>.

Nella valutazione complessiva delle prove disponibili il giudice deve fare riferimento alla già ricordata probabilità logica, raggiunta la quale la decisione di condanna potrà essere assunta senza incorrere in ragionevoli dubbi. Il dubbio che porta con sé la stessa nozione di probabilità logica<sup>43</sup> non è ostativo alla condanna e non è contemplato nella formula *BARD* che, quindi, non lascia spazio alle osservazioni di

<sup>39</sup> In giurisprudenza, analogamente, Cass., sez. I, sent. n. 30402, 28 giugno 2006, Volpon, CED 234374: «con la previsione della regola per la quale il giudice pronuncia sentenza di condanna solo se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli "al di là di ogni ragionevole dubbio", di cui all'art. 5 della legge n. 46 del 2006, modificativo del comma primo dell'art. 533 cod. proc. pen., il legislatore ha formalizzato un principio già acquisito in tema di condizioni per la condanna, stante la preesistente regola, di cui all'art. 530, comma secondo, cod. proc. pen., per la quale in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova l'imputato va assolto».

<sup>40</sup> V., in particolare, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 90 ss.; P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p. 186 ss.

<sup>41</sup> Secondo Cass., sez. II, sent. n. 19575, 21 aprile 2006, Serino ed altro, CED 233785, «la modifica dell'art. 533 cod. proc. pen. ad opera dell'art. 5, L. n. 46 del 2006, con la previsione che il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio, ha carattere meramente descrittivo, più che sostanziale, dato che anche in precedenza il "ragionevole dubbio" sulla colpevolezza dell'imputato ne comportava il proscioglimento a norma dell'art. 530, secondo comma, cod. proc. pen.».

<sup>42</sup> L'attenzione dedicata, in questa sede, al versante epistemologico non deve, però, far dimenticare che la regola decisoria ha una sua ragion d'essere schiettamente garantista, meglio rappresentata dai principi sinonimi del *favor rei* o dell'*in dubio pro reo*. Sul punto, v. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 185. Una interessante spiegazione delle ragioni che possono aver determinato l'intervento legislativo è fornita da R. ORLANDI, Recensione a J. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt: theological roots of the criminal trial*, cit., p. 762-763, per il quale «il testo dell'art. 533 comma 1 è stato novellato da una legge che aveva principalmente lo scopo di ridurre, fin quasi a vietarla, l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento».

Una condanna in secondo grado dell'imputato prosciolti in primo grado diventava pressoché impossibile. C'era dunque il rischio che il giudice di primo grado, consapevole di questa nuova difficoltà, risolvesse in sfavore dell'imputato il dubbio fra assoluzione e condanna. Posto che la condanna era appellabile, egli poteva esser spinto a dichiarare colpevole l'imputato in situazioni dubbie. Situazioni che, verosimilmente, si sarebbero risolte in suo favore, all'epoca in cui anche le sentenze assolutorie erano appellabili. È del tutto plausibile che la regola del ragionevole dubbio sia stata formalizzata nell'art. 533 comma 1 per contrastare questo perverso effetto: un monito al giudice che si accinge a condannare; un richiamo all'etica professionale e al sentimento di giustizia; un invito inteso a provocare un sussulto di responsabilità nel giudicante che si accinge a condannare».

<sup>43</sup> ... dubbio che potrebbe essere superato solo dal rapporto di implicazione necessaria fra premesse e conclusione che connota l'inferenza deduttiva.

chi dubita della stessa possibilità di raggiungere una convinzione su base induttivo-probabilistica<sup>44</sup>. Si tratterebbe, infatti, di un dubbio non ragionevole<sup>45</sup>, un dubbio scettico che, se accolto, condurrebbe al rifiuto della stessa possibilità di adottare una decisione in ambito giudiziario dove l'inferenza induttiva lega premesse e conclusioni con il filo della probabilità. Al tempo stesso, non sarebbe ragionevole e non potrebbe essere preso in considerazione il dubbio meramente soggettivo, ossia non suffragato dalle evidenze raccolte. La probabilità logica, che rappresenta lo schema razionale di giudizio, non considera il personale convincimento del giudice circa la colpevolezza dell'imputato, ma richiede che un solido e coerente quadro probatorio confermi induttivamente l'affermazione di colpevolezza. Non conta quello che soggettivamente e irrazionalmente pensa il giudice, ma quanto lo stesso giudice può ragionevolmente inferire dalle prove raccolte. Così interpretato, il dubbio ragionevole assume una dimensione "oggettiva", ben più rassicurante rispetto alla deriva soggettivistica e irrazionale che si registra in alcune formule normative, come quella contenuta nella *Section 1096* del codice penale della California<sup>46</sup>.

Il ragionevole dubbio, legato a doppio filo con l'inferenza induttiva e la probabilità logica, non è né misurabile né quantificabile<sup>47</sup>. Valgono esattamente le stesse considerazioni già svolte affrontando il tema dell'attività inferenziale del giudice. E' preferibile arrendersi a questa realtà piuttosto che tentare di imporre percentuali di convincimento che finirebbero per non avere concretamente nulla di oggettivo: anche un elevatissimo grado di certezza, poniamo al 99%, circa la colpevolezza dell'imputato rimetterebbe pur sempre al giudice il compito di stabilire se, nel caso specifico, tale soglia sia stata raggiunta.

<sup>44</sup> Come rileva giustamente P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 73, «fuori dal settore della logica deduttiva e della dimostrazione matematica, nessuna prova è tale da escludere il dubbio sulla verità della conclusione; ma, se quel dubbio non appare 'ragionevole', si può ritenere raggiunta la prova e assumere convenzionalmente il risultato come certo, data l'impossibilità di giustificare in termini definitivi e indubitabili le nostre conoscenze. È proprio questo, a ben vedere, l'apporto più significativo dell'attributo 'ragionevole', che ci autorizza a considerare 'provata' una proposizione anche quando in senso puramente logico si potrebbe dubitare di essa. Può sembrare un paradosso ma in termini propriamente tecnici l'enunciato "x è provato oltre ogni ragionevole dubbio" rappresenta un'attenuazione e non un rafforzamento del più lapidario "x è provato"».

<sup>45</sup> Così ancora P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 73.

<sup>46</sup> Il testo originale della *Section 1096* recita: «A defendant in a criminal action is presumed to be innocent until the contrary is proved, and in case of a reasonable doubt whether his or her guilt is satisfactorily shown, he or she is entitled to an acquittal, but the effect of this presumption is only to place upon the state the burden of proving him or her guilty beyond a reasonable doubt. Reasonable doubt is defined as follows: "It is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction of the truth of the charge"».

<sup>47</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 995, per il quale «la misura della probabilità sufficiente alla condanna non è codificabile, meno che mai in numeri».

L'unica conclusione plausibile è quella di ritenere che la probabilità della colpevolezza dell'imputato superi la soglia, non definita né definibile percentualmente, del ragionevole dubbio quando risulti coerentemente sostenuta dalle evidenze disponibili attraverso solide inferenze. Per converso, la presenza del ragionevole dubbio attesta o la scarsa qualità (*rectius*, persuasività) dei criteri inferenziali adottati, dando così luogo a una situazione di insufficienza della prova, ovvero la possibilità che sul materiale probatorio acquisito, o più spesso su una parte di esso, possa fondarsi una diversa inferenza, più o meno solida, ma comunque logicamente plausibile, a sostegno della conclusione alternativa a quella di colpevolezza, integrando così il fenomeno della contraddittorietà della prova<sup>48</sup>.

Sul punto è opportuno soffermarsi con alcune ulteriori precisazioni. Per quanto concerne le regole di inferenza, non è detto che la loro qualità sia direttamente proporzionale alla scientificità delle stesse<sup>49</sup>. Non sarebbe perciò giustificata la scelta di bandire l'impiego delle massime d'esperienza che non fossero «l'espressione abbreviata e familiare di una legge scientifica»<sup>50</sup>. Va infatti considerato che le leggi scientifiche normalmente utilizzate dal giudice sono di carattere probabilistico, mentre quelle poche leggi universali non probabilistiche (ad esempio, la forza della gravità o la mancanza del dono dell'ubiquità nell'uomo), peraltro a loro volta facenti parte del senso comune, non vengono quasi mai utilizzate per la più complessa valutazione dei fatti

<sup>48</sup> Non diversamente, secondo Cass., sez. I, sent. n. 41110, 24 ottobre 2011, Pg in proc. Javad, CED 251507, «la regola dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio», introdotta dalla legge n. 46 del 2006, che ha modificato l'art. 533 cod. proc. pen., impone al giudice un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria secondo il criterio del «dubbio», con la conseguenza che il giudicante deve effettuare detta verifica in maniera da scongiurare la sussistenza di dubbi interni (ovvero la autocontraddittorietà o la sua incapacità esplicativa) o esterni alla stessa (ovvero l'esistenza di una ipotesi alternativa dotata di razionalità e plausibilità pratica)». Per l'esclusione della rilevanza del dubbio fondato su ipotesi alternative meramente congetturali, sia pure plausibili, ovvero su eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili «in rerum natura», ma sprovviste del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, v. Cass. sez. IV, sent. n. 30862, 17 giugno 2011, Giulianelli e altri, CED 250903; Cass., sez. I, sent. n. 17921, 3 marzo 2010, Giampà, CED 247449; Cass., sez. IV, sent. n. 48320, 12 novembre 2009, Durante, CED 245879; Cass., sez. I, sent. n. 23813, 8 maggio 2009, P.G. in proc. Manickam, CED 243801; Cass., sez. I, sent. n. 31456, 21 maggio 2008, Franzoni, CED 240763. Meno convincente è il tentativo di porre a carico dell'imputato una sorta di onere di allegazione della ipotesi alternativa quando la stessa si possa comunque desumere dalle prove acquisite: «il giudice, per dichiarare colpevole «al di là di ogni ragionevole dubbio» l'imputato che sia rimasto contumace o si sia avvalso del diritto al silenzio rinunciando così a prospettare una sua versione dei fatti, non ha l'obbligo di verificare le ipotesi alternative alla ricostruzione dei fatti quale emergente dalle risultanze probatorie. (In motivazione la Corte ha precisato che il giudice non è tenuto a tale verifica in quanto l'imputato, con tale condotta processuale, non ha offerto al contraddittorio dibattimentale, dichiarandola, la sua verità dei fatti stessi)» (Cass., sez. III, sent. 30251, 15 luglio 2011, Allegra, CED 251313).

<sup>49</sup> Come, invece, sostiene F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, cit., p. 787-788.

<sup>50</sup> F. STELLA, *Il giudice corporoscolariano. La cultura delle prove*, cit., p. 123.

secondari. Massime d'esperienza e leggi scientifiche (non universali) finiscono così per offrire la medesima garanzia conoscitiva basata sulla probabilità logica dell'inferenza. Non è dunque un caso se la dottrina tende a includere le leggi scientifiche probabilistiche nel *genus* delle massime d'esperienza ovvero a confondere le prime con le seconde, facendo leva sul minimo comune denominatore rappresentato dalla generalizzazione di dati empirici. Le leggi scientifiche, tuttavia, presentano un elemento in più rispetto alle regole del senso comune, costituito dal riferimento a un apparato nomologico e teorico la cui esistenza e validità deve essere preliminarmente considerata proprio per evitare di attribuire il carattere delle scientificità a generalizzazioni meramente empiriche. Poste queste premesse, e preso atto che nel processo penale è sempre più frequente il ricorso a conoscenze scientifiche<sup>51</sup> di natura comunque probabilistica, occorre ribadire il ruolo centrale e ineliminabile delle massime d'esperienza nel ragionamento probatorio<sup>52</sup>, rifiutando l'assioma per cui l'inferenza basata sul senso comune non sarebbe in grado di superare la soglia del ragionevole dubbio<sup>53</sup>.

Altro fraintendimento da evitare è quello di ritenere che la probabilità della colpevolezza sia quantificabile in termini numerici e percentuali<sup>54</sup>. Si è già più volte sottolineato come il ragionamento induttivo del giudice non possa fondarsi su coefficienti generali di probabilità statistica (a meno che non si tratti di leggi universali non probabilistiche inquadrabili nella logica deduttiva), gli unici realmente misurabili, ma debba riguardare le prove del caso concreto dalle quali potrebbe anche inferirsi la realizzazione dell'eventualità astrattamente meno frequente, sostituendo così alla probabilità statistica quella logica. Peraltro, ogni tentativo di imbrigliare in termini numerici la probabilità logica è destinato al fallimento, posto che l'attribuzione di precisi valori quantitativi e qualitativi alle prove disponibili o al livello di prove necessario per giustificare la condanna sarebbe sempre, con riguardo al caso concreto, un'operazione soggettiva, arbitraria e contestabile. Quello che si può sensatamente affermare è che la regola decisoria del ragionevole dubbio si pone certamente a un livello superiore al criterio civilistico del "più probabile che no" (*balance of probability*) o a quello espresso dalle disposizioni processuali penali che, per giudizi diversi da quello sul merito dell'imputazione, richiedono una *probatio minor* normalmente indicata con il riferimento a una base conoscitiva di tipo indiziario<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> V. ancora O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., spec. p. 43 ss. Cfr., inoltre, P.P. RIVELLO, *Il processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea. Logiche processuali e paradigmi scientifici*, Torino, 2010, p. 35 ss.

<sup>52</sup> In tal senso, v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 238.

<sup>53</sup> Cfr. F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle sezioni unite della suprema Corte di cassazione*, cit., p. 787-788 e 814.

<sup>54</sup> V. ancora F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 995.

<sup>55</sup> In tal senso F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole*

Nella incapacità, o meglio nella impossibilità, di attribuire connotati di certezza al ragionamento induttivo – purtroppo ancor oggi l'unico utilizzabile in ambito giudiziario, sebbene la sua efficacia per una logica della conferma sia stata posta in crisi da ben noti paradossi prospettati dalla filosofia della scienza<sup>56</sup> –, al ragionevole dubbio va comunque riconosciuto il merito di configurare la probabilità logica come *induzione* (anche) *eliminatória*, inglobante esigenze di tipo falsificazionista<sup>57</sup>. L'inferenza induttiva eliminatória, postulata proprio dall'esclusione del ragionevole dubbio, è dunque l'attività intellettuale alla quale è chiamato il giudice nel momento decisorio: l'insieme delle prove raccolte sostiene razionalmente l'ipotesi della colpevolezza dell'imputato se non solo conferma l'ipotesi stessa, ma confuta, o almeno non conferma, o comunque fornisce un sostegno decisamente inferiore all'ipotesi alternativa e antagonista (non colpevolezza)<sup>58</sup>.

*dubbio*", cit., p. 76-78. Per l'affermazione di standard probatori (e decisorii) più bassi nei procedimenti incidentali destinati alla verifica del fatto processuale, v. Cass., sez. VI, sent. n. 25254, 24 gennaio 2012, Alcaro e altri, CED 252896; Cass., sez. VI, sent. n. 33951, 8 luglio 2005, Garacci ed altri, CED 232050.

<sup>56</sup> V., riassuntivamente, L.J. COHEN, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, cit., p. 207 ss.

<sup>57</sup> K. POPPER, *Congetture e confutazioni* (1969), trad. it., 2009, Bologna, p. 61 ss. Questo tipo di esigenze trova una precisa rispondenza normativa nell'art. 546 comma 1 lett. e c.p.p. che impone al giudice di enunciare le «ragioni per le quali ... ritiene non attendibili le prove contrarie».

<sup>58</sup> Secondo F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 68, «ciò che conta, in altre parole, non è il livello di attendibilità raggiunto in termini assoluti dalla ricostruzione dei fatti che esclude la responsabilità dell'imputato, ma lo scarto esistente rispetto al livello di attendibilità della ricostruzione alternativa: se calata in un contesto indiziario di soverchiante caratura accusatoria, anche una circostanza di per sé idonea a mettere ragionevolmente in dubbio la colpevolezza dell'imputato (ad esempio, la totale assenza del movente, o l'esistenza di un alibi suffragato da una testimonianza apparentemente credibile) potrebbe rivelarsi inadatta allo scopo».



**Il punto su...**  
*Quale colpa penale?*



ROCCO BLAIOTTA

LEGALITÀ, DETERMINATEZZA, COLPA <sup>(\*)</sup>

1. È oramai acquisito che la fattispecie colposa abbia necessità di essere eterointegrata non solo dalla legge, ma anche da atti di rango ben inferiore, per ciò che riguarda la concreta disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo.

A tutta prima questa discesa della disciplina dalla sfera propriamente legale a fonti gerarchicamente inferiori dovrebbe introdurre una preoccupazione aggiuntiva in termini di legalità e determinatezza. Io oso pensare che sia vero proprio il contrario; cioè che la colpa specifica sia peculiare, ineliminabile espressione del principio di legalità. La fattispecie colposa, col suo carico di normatività diffusa e per la sua natura fortemente vaga, attinge il suo nucleo significativo proprio attraverso le precostituite regole alle quali vanno parametrati gli obblighi di diligenza, prudenza, perizia.

Questo stato delle cose traspare se guardiamo alla storia dell'istituto. Sin dal periodo della rivoluzione francese, infatti, la colpa cessa di essere generica imprudenza e diventa anche violazione di leggi, regolamenti, ordini. Questa stessa normativa noi ritroviamo nei codici preunitari, nel codice Zanardelli e, infine, nel codice Rocco: nulla è sostanzialmente mutato nelle moderne definizioni legali della colpa.

C'è da credere che, come la signoria della legge era l'antidoto contro radicati privilegi, la specificazione della norma cautelare fosse e sia tuttora l'antidoto più forte contro l'imponderabile soggettivismo del giudice e sia quindi una garanzia di legalità, imparzialità, prevedibilità delle valutazioni giuridiche.

2. Naturalmente, la fiducia che noi possiamo avere nella colpa specifica non può essere illimitata. Anche a questo proposito la storia è maestra. Essa ci mostra che per tutto l'ottocento e fino alla metà dello scorso secolo, prima che alcuni giuristi ci svelassero le sofisticate connessioni che si nascondono dietro questa fattispecie un po' oscura e misteriosa, la colpa specifica è stata intesa in guisa deteriore, essen-

<sup>(\*)</sup> Il testo riproduce con qualche adattamento la relazione al convegno «Terzo basta? La legittimazione del giudice penale nell'epoca della crisi della legalità», organizzato dall'Unione delle Camere penali italiane e dalla Camera penale locale a Firenze il 14 e il 15 dicembre 2012.

do fondata sul disvalore d'azione, sulla violazione della regola cautelare. L'evento, come sappiamo, è stato visto come condizione obiettiva di punibilità e questo ha messo in ombra i valori costituzionali ai quali noi ora ci ispiriamo.

La riflessione teorica ci ha spiegato che la colpa specifica non si radica nella sola violazione di una prescrizione ma implica anche la comprensione dei molteplici e peculiari intrecci causali che connettono la condotta all'evento. Noi, ora, parliamo tranquillamente di nesso di prevenzione, di nesso di rischio, di evitabilità in concreto dell'evento, di causalità della colpa. Queste espressioni, con il loro carico di sofisticata teoria, valgono da sole a farci intendere quanto importante e sovente intricata sia la connessione tra l'evento illecito e la violazione della prescrizione cautelare: nell'evento, si afferma in breve ed efficacemente, si deve essere concretizzato il rischio che la cautela intendeva evitare.

Questo ordine concettuale è penetrato nella giurisprudenza di legittimità. Sia pure con qualche fatica, chi spulcia negli annali rinviene enunciazioni in linea con quanto sin qui sommariamente evocato. Dunque, vi è un importante aspetto della colpa nel quale teoria e prassi in linea di principio convergono, anche se le incertezze applicative, nei casi difficili, rimangono non trascurabili. A tale riguardo occorre rimarcare fortemente che nel presente i giudizi in ordine agli illeciti colposi attengono frequentemente a contesti estremamente intricati, complessi, faticosamente illuminati da sapere scientifico di frontiera, in divenire. Basti pensare ai giudizi in tema di responsabilità professionale del medico o di esposizione lavorativa a sostanze nocive. Ciò comporta che per giudicare, per cogliere gli evocati nessi tra condotta ed evento, occorre poter disporre di sapere scientifico seriamente accreditato. Questa considerazione metodologica implica la necessità di espungere dal diritto penale il principio di precauzione nella sua forma propria, quella cioè afferente al nesso causale: si vuol dire che senza la guida certa di informazioni scientifiche affidabili che leghino la condotta allo specifico evento è ben difficile costruire la "causalità della colpa".

### 3. Riprenderò un poco più avanti il tema del sapere scientifico.

Qui mi preme di fare cenno ad altre questioni sulle quali permangono incertezze, opacità rispetto ai principi costituzionali che ho evocato all'inizio. Intanto, occorre considerare che della colpa generica, pur con il suo inevitabile carico di preoccupante vaghezza non è proprio possibile fare a meno. Essa è parte vitale ma per certi versi inquietante, dell'illecito colposo. Con la colpa generica dobbiamo in qualche modo fare i conti, perché è illusorio pensare che ogni contesto rischioso possa trovare il suo compiuto governo in regole precostituite ben fondate, attuali, appaganti rispetto alle esigenze di tutela. Qui si annida un formidabile rischio: il giudice prima definisce le prescrizioni o l'area di rischio consentito e poi ne riscontra la possibile violazione, con una innaturale sovrapposizione di ruoli che non è sufficientemente controbilan-

ciata dalla terzietà. Il tema è stato recentemente messo in luce dalla giurisprudenza della Corte suprema in un contesto nel quale la categoria del rischio consentito vale a cogliere le ineliminabili difficoltà e le insidie dell'indagine sulla colpa: faccio riferimento al rischio suicidiario del paziente psichiatrico.

Di non minore rilievo mi pare un'altra cruciale questione, pure strettamente connessa al tema della legalità. La presento con una enunciazione forse forte, ma che mi pare realistica. La colpa non è una sola. Vi sono molte colpe, giacché abbiamo diversi ambiti di rischio che sono governati da sistemi normativi distinti: grandi rischi sistemici propri del nostro tempo. Faccio riferimento al rischio della circolazione stradale, a quello connesso alle attività lavorative, a quello terapeutico; ma l'elenco potrebbe continuare. In ciascuno di tali ambiti la colpa assume colorazioni profondamente diverse che in certa misura trascendono, trasfigurano il dato normativo. Pensate alla colpa nell'ambito della sicurezza del lavoro. Qui assai spesso il rimprovero soggettivo letteralmente scolora, scompare. Per esperienza di tanti processi visti nella prospettiva di legittimità posso dire che solitamente di colpa non si parla come di un punto nevralgico del giudizio: l'obbligo di tutela è talmente pregnante a carico del gestore del rischio che, individuato il ruolo di garante, non si manca quasi mai di individuare una cautela che è stata violata. Le ragioni sono agevolmente comprensibili: l'uomo si fa ingranaggio fragile di meccanismi gravidi di pericoli e deve essere protetto, la cautela deve essere estrema. Questo porta, a torto o a ragione, ad interpretare il sistema nel suo complesso in modo rigoroso, qualche volta eccessivamente rigoroso. Vi è, io credo, una grande necessità di recuperare, sia pure prudentemente, in questo delicato ambito, spazio per la responsabilità colpevole come concreto rimprovero per una condotta umanamente esigibile che è mancata ed ha scatenato l'evento. Le indagini sull'imputazione, assai spesso, si muovono attorno all'art. 41 capoverso cod. pen., con la difesa all'affannosa e quasi sempre inutile ricerca di un *quid* che "interrompa" la relazione causale innescata dalla condotta manchevole del garante. Io credo che questo riduttivo approccio cancelli troppo spesso e troppo semplicisticamente l'ineliminabile rilievo della colpa come rimprovero soggettivo. Penso che dovremmo più approfonditamente interrogarci sui fatti e chiederci se l'accadimento fosse concretamente prevedibile ed evitabile da un pur diligentissimo *dominus* della sicurezza. Più semplicemente, dovremmo imparare a distinguere causalità giuridica e colpa.

Un discorso non dissimile può essere fatto per la circolazione stradale. Voi sapete che il principio di affidamento è nato proprio in quest'ambito. Esso, tuttavia, è di fatto negato nella giurisprudenza, in nome di un'istanza di previsione senza limiti dell'altrui mancanza di prudenza. Solo recentemente in qualche sentenza il principio di affidamento è affiorato (enunciazione di notevole rilievo sul piano dei principi) in situazioni nelle quali le altrui condotte risultavano davvero esorbitanti rispetto alle basilari regole della circolazione.

Rispetto a tale stato delle cose alcuni antidoti diretti o indiretti possono essere colti nella giurisprudenza più recente. Ad esempio, traspare in qualche caso una maggiore attenzione nell'individuazione selettiva della figura che concretamente è chiamata a governare un definito ambito di rischio. In questo approccio può scorgersi un itinerario utile per modulare in modo più puntuale, meno indiscriminato, il giudizio di responsabilità, distinguendo, separando i ruoli e le connesse responsabilità. Un modo per sottrarre anche in questo ambito il diritto penale al paradigma del "capro espiatorio".

L'ambito che mi pare maggiormente aperto ad innovazioni applicative che diano forza ai principi è quello della medicina. Il rischio terapeutico presenta alcune interessanti peculiarità. Intanto, si registra un sostanziale vuoto normativo che enfatizza il ruolo della giurisprudenza; al contempo si è in presenza di un'attività davvero difficile e rischiosa che merita una speciale considerazione; infine, l'attività medica è fortemente orientata dal sapere scientifico e dalle consolidate strategie tecniche, che svolgono un importante ruolo nel conferire oggettività e determinazione ai doveri del garante e possono al contempo orientare le pur difficili valutazioni cui il giudice di merito è chiamato.

Per queste ragioni credo che il contesto del rischio terapeutico sia quello che maggiormente promette di far maturare la colpa sia sul versante della determinazione che su quello della del rimprovero soggettivo.

4. Mi è stato chiesto, nel corso della discussione, dove il giudice, consumatore e non produttore di leggi scientifiche e di prescrizioni cautelari, possa rinvenire la fonte preconstituita alla strega della quale gli sia poi possibile articolare il giudizio senza surrettizie valutazioni *a posteriori*. A questo puntuale e difficile interrogativo credo che possa e debba essere data, in linea di principio, una ed una sola risposta: la scienza e la tecnologia sono le uniche fonti certe, controllabili, affidabili. L'indicazione è semplice, lineare, ma non altrettanto lo è l'itinerario, che pure la giurisprudenza della mia Sezione ha recentemente indicato, in tema di individuazione del sapere scientifico oggettivo affidabile, neutrale. Tutti sappiamo in quale inquietante misura le informazioni che circolano nell'ambito scientifico possono essere controverse, sommarie, strumentali, parziali, interessate, devianti; ed è chiaro che il compito che la Corte di legittimità ha indicato al giudice di merito è impegnativo quanto ineludibile. Si tratta di acquisire accresciuta consapevolezza delle istanze di oggettività e certezza che premono. Ne risulta chiarito e nobilmente enfatizzato il ruolo di *peritus peritorum* tradizionalmente conferito al giudice. Nessuna rivendicazione di potere e di supremazia. Piuttosto, l'indicazione di un metodo: il giudice, con l'aiuto degli esperti, individua il sapere accreditato che può orientare la decisione e ne fa uso oculato, metabolizzando la complessità e pervenendo ad

una spiegazione degli eventi che risulti comprensibile da chiunque, conforme a ragione ed umanamente plausibile: il più alto ed impegnativo compito conferitogli dalla professione di tecnico del giudizio. Il perito non è più (non avrebbe mai dovuto esserlo!) l'arbitro che decide il processo, ma l'esperto che espone al giudice il quadro del sapere scientifico nell'ambito cui il giudizio si interessa, spiegando quale sia lo stato del dibattito nel caso in cui vi sia incertezza sull'affidabilità degli enunciati della scienza o della tecnologia. Tutto ciò ha a che fare, a mio avviso, con i temi della legalità e della determinatezza cui il convegno è dedicato. Voglio dire che l'ontologica "terzietà" del sapere scientifico accreditato è lo strumento a disposizione del giudice e della parti per conferire oggettività e concretezza al precetto ed al giudizio di rimprovero personale.

Certo, l'istanza di chiarificazione della colpa, per sottrarla all'ombra nella quale tanto frequentemente ricade, dovrebbe essere affidata in misura non marginale alla legge. È ben vero che Zanardelli non volle porre nel suo Codice una definizione di parte generale della colpa per la dichiarata difficoltà di comprendere e definire cosa tale figura soggettiva effettivamente sia. Tuttavia molto cammino è stato fatto da allora e non è per nulla vero che nel presente la scienza giuridica non sia in grado di orientare il legislatore. La presenza del professor Grosso mi sollecita a ricordare l'approfondito lavoro della Commissione da lui presieduta, che ha proposto riflessioni, suggerimenti che restano un utile promemoria per chi abbia voglia di governare e disciplinare la pur difficile materia.

L'alternativa è nell'attribuire alla giurisprudenza il governo della materia: un ruolo davvero per certi versi troppo impegnativo e troppo lontano dalle istanze, qui correttamente evocate, di precostituzione normativa di principi e regole. Come al solito, nell'ambito del rischio terapeutico si pongono gli interrogativi più insistenti. Le questioni sul tappeto sono enormi: si tratta di determinare l'allocazione dei costi connessi al danno iatrotrogeno, di costruire uno statuto dell'atto terapeutico, di disciplinare con qualche determinatezza la materia dopo tante oscillazioni della giurisprudenza.

I temi concreti che potrebbero essere evocati sono davvero tanti. Di certo, nel presente, vi sono situazioni nelle quali il terapeuta non sa come debba regolarsi e, comunque si determini, è esposto al rischio di censure giudiziarie. Per fare un esempio noto, di fronte ad un testimone di Geova il medico che interviene rischia l'accusa di violenza privata; quello che non interviene quella di lesioni personali o omicidio colposo. Questa ed altre inquietanti incertezze dovrebbero senz'altro indurre il legislatore ad intervenire organicamente, a creare finalmente, come dicevo, uno statuto dell'atto medico e delle decisioni in stato di incoscienza.

Questa prospettiva non appare realistica nell'immediato e ciò enfatizza innaturalmente il ruolo della giurisprudenza. Si vorrebbe avere il tempo per tracciare una breve storia. Qui è solo possibile segnare con somma semplificazione qualche tap-

pa più significativa. Penso alla lunga stagione in cui si ritenne applicabile nell'ambito penale l'art. 2236 cod. civ. e quindi la regola di giudizio della colpa grave. Tale soluzione, che pure trovava sofisticate basi teoriche e venne avallata anche dalla Corte costituzionale, si prestò a soluzioni anche estreme, non giustificate e non eque, di fatto cancellando la responsabilità colposa del terapeuta. Mutata la temperie, fattasi strada una visione non paternalistica ma relazionale del rapporto tra medico e paziente, la giurisprudenza penale ha cambiato indirizzo, affermando che lo statuto della colpa criminale è unico in tutti gli ambiti. Infine, più recentemente, un ultimo parziale cambiamento: l'articolo 2236 cod. civ. ancor prima che una norma è una regola di razionalità, giacché se è il caso è scientificamente complesso, se è tecnologicamente difficile, se il medico si trova in una situazione di pressante urgenza, la regola del giudizio deve tenerne conto, con la conseguenza che possono essere sanzionate solo condotte colpose di marcata gravità.

L'altro versante, quello dello statuto dell'atto medico, pure affidato alla giurisprudenza di legittimità, ha fatto registrare un intervento delle Sezioni unite che, nel vuoto della legge, ha proposto una chiave di lettura della delicata materia alla stregua di un principio che non è stato da tutti condiviso e che neppure a me pare accettabile. Penso che le Sezioni unite avrebbero dovuto fare applicazione del dettato costituzionale affermando che l'atto medico è un vero atto medico, è un atto terapeutico solo quando è consensuale. Quando non è consensuale, e vi sarebbe la possibilità per il paziente di esprimere il proprio consenso, quell'atto deve essere considerato violenza, disciplinata dalle scriminanti previste dal codice penale che degradano o possono degradare il dolo in colpa attraverso l'istituto della colpa impropria. Con questi cenni davvero sommarî voglio tentare di far intendere che dietro la giurisprudenza di legittimità si trovano questioni di principio talvolta davvero enormi che invocano vanamente la accreditata, istituzionale supremazia della Legge.

5. La situazione di vuoto cui ho fatto cenno è stata di recente un poco colmata dall'art. 3 della legge Balduzzi: una estemporanea manifestazione di buona volontà accompagnata, tuttavia da una scarsa conoscenza della temperie giurisprudenziale. Voi tutto sapete che l'intervento normativo è stato dapprima dedicato alla giustizia civile. Si era probabilmente pensato di intervenire in un ambito segnato, in modo assai discusso, dalla ormai consolidata giurisprudenza altamente creativa della Corte di legittimità. In sede di conversione, invece, l'approccio è radicalmente mutato: hanno fatto ingresso nella disciplina penale le linee guida e le prassi terapeutiche scientificamente accreditate. La loro osservanza da parte del terapeuta consente il rimprovero soggettivo solo in caso di colpa grave.

L'intervento normativo ha suscitato da più parti vive perplessità. Segno che il legislatore ha indubbiamente mancato l'occasione per un intervento chiaro, ben arti-

colato, che pure avrebbe potuto giovare di studi e proposte normative di rilevante pregio. Forse, tuttavia, le critiche sono state esagerate e non hanno colto appieno il senso della pur sommaria ed estemporanea innovazione. Sembra, infatti, che nel richiamo normativo alle linee guida si riveli un importante orientamento normativo cui il giudice dovrà prestare il doveroso ossequio; e che conferma la risposta che ho dato prima all'interrogativo sul ruolo creativo della giurisprudenza. Infatti, se pensiamo alle linee guida come sapere scientifico e tecnico consolidato, accreditato e metabolizzato, risulta confermato (questa volta dall'autorità della Legge) che l'unico canone per sottrarre la colpa all'arbitrio intuitivo, *a posteriori*, del giudice è quello legato al sapere della scienza ed alla logica razio-cinante. Le linee guida, dunque, possono essere un importante veicolo per condurre il giudizio colposo su un terreno di oggettiva, preconstituita condivisione. Un metro non proprio malfermo sia per il terapeuta che per il giudice.

Le linee guida, tuttavia, vanno considerate astenendosi da irrealistiche semplificazioni ed idealizzazioni. Per esse vale ciò che è stato detto per il sapere scientifico. Da questo punto di vista la legge Balduzzi segna un punto di significativa consonanza con la giurisprudenza di legittimità. Le linee guida e le prassi sono di generi e qualità assai diversi e rilevano solo e soltanto quando sono scientificamente accreditate: un aspetto di cruciale importanza da sottolineare più volte, per render chiaro che non vi è nulla di banale, di preconstituito, di sacramentale, nel giudizio affidato alla giurisprudenza. Al contrario, andrà bandito tutto ciò che di improprio, di inconcludente e soprattutto di strumentale vi è nelle "istruzioni per l'uso" del sapere medico. Esattamente la stessa cautela che la Corte di legittimità (con la sentenza Cozzini) ha suggerito al giudice di merito quanto al sapere scientifico.

6. Evocare la razionalità e la scientificità implica tuttavia anche qualche "effetto collaterale": scienza e ragione non hanno vezzi, sono rigide e difficilmente tollerano negoziazioni. Noi giudici abbiamo una naturale vocazione alla sensatezza del giudizio: il dubbio puramente teorico lo risolviamo con il metro della umana plausibilità e, solitamente, nessuno se ne adonta. È lo stile della giurisprudenza. Il diritto è scienza della vita, diceva Capograssi; e dunque tutto subisce un laborioso modellamento, viene in qualche guisa plasmato. Tuttavia i margini per adattare le soluzioni al soggettivo (e si spera sapiente e disinteressato) punto di vista dell'interprete sono limitati. Come dicevo, ragione e scienza non amano le negoziazioni, le transazioni, i compromessi, le argomentazioni retoriche. Di questo stato delle cose, tuttavia, non ci si deve rammaricare: questa gravosa rigidità è il prezzo che si paga per corrispondere alle alte istanze che albergano dentro i principi di legalità, determinatezza, colpevolezza.



CARLO BRUSCO

RISCHIO E PERICOLO, RISCHIO CONSENTITO  
E PRINCIPIO DI PRECAUZIONE.  
LA C.D. “FLESSIBILIZZAZIONE  
DELLE CATEGORIE DEL REATO” <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Premessa. Nozione di “rischio” e di “pericolo”. – 2. La disciplina codicistica dei reati di pericolo. – 3. Le attività lecite pericolose. Il rischio consentito. – 4. Il bilanciamento di interessi. – 5. Rischio consentito e osservanza delle regole cautelari. – 6. Rischio consentito, prevedibilità e leggi scientifiche. – 7. Il principio di precauzione. – 8. La c.d. “flessibilizzazione” delle categorie classiche del reato.

1. *Premessa. Nozione di “rischio” e di “pericolo”*

In dottrina non si è ancora pervenuti ad una soddisfacente collocazione e definizione delle nozioni di “rischio” e di “pericolo” ed in particolare non si è riusciti, fino ad oggi, a fornire una risposta condivisa al quesito se si tratti di sinonimi ovvero se possa ipotizzarsi una differenza tra le due ipotesi.

Questa difficoltà, se non impossibilità, di distinguere tra rischio e pericolo è del resto confermata dalla circostanza che gli studiosi che hanno tentato di individuare queste differenze sono pervenuti a risultati non solo insoddisfacenti ma addirittura contraddittori. Basti pensare che vi è chi individua tra le due nozioni una differenza di tipo qualitativo<sup>1</sup> e chi opta invece per una differenza di tipo esclusivamente quantitativo ritenendo che “il ‘pericolo’ null’altro è se non un ‘rischio’ caratterizzato da un’alta possibilità di verifica del danno all’interesse considerato”<sup>2</sup>. Secondo questa seconda impostazione il pericolo si risolverebbe nella “probabilità” o nella “rilevante possibilità” del verificarsi dell’evento dannoso; il rischio resterebbe relegato nell’area del mero “possibile”: preveduto nel caso di dolo e prevedibile nel caso di colpa.

<sup>(\*)</sup> Il testo riproduce, con alcuni aggiornamenti, la relazione svolta all’incontro di studio organizzato dal C.S.M. sul tema “Il diritto penale del rischio” tenuto a Roma dal 17 al 19 settembre 2012.

<sup>1</sup> In questo senso v. V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 17 ss. che ritiene che il rischio afferisca alla condotta e il pericolo all’evento.

<sup>2</sup> È questa la definizione di G. MARINI, “*Rischio consentito*” e *tipicità della condotta. Riflessioni*, in *Scritti in memoria di Renato Dell’Andro*, Bari, 1994, vol. II, 539 ss. (v. in particolare p. 542 ss.). Per la soluzione quantitativa propendeva anche C. PERINI, *Prospettive del concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Garbagnate Milanese, 2002, 17 (n. 39) ma l’Autrice, nel più recente saggio *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, sembra oggi orientata a ritenere sinonimi rischio e pericolo (v. p. 42, 63, 371 ss.).

Fino ad epoca recente era dunque possibile affermare che rischio e pericolo – come del resto è agevole constatare leggendo le definizioni che ne danno i dizionari in uso – fossero in realtà concetti sovrapponibili e che indicassero entrambi una situazione o una circostanza da cui può derivare un danno. Al più si sarebbe potuto ipotizzare che la distinzione valesse soltanto a diversificare gli obblighi di intervento preventivo esistenti solo nel caso di accertamento del pericolo mentre il rischio riguarderebbe soltanto il legislatore o il pubblico amministratore.

Non mi sembra comunque che possa porsi in dubbio che il rischio sia comunque ascrivibile all'elemento oggettivo del reato come elemento preesistente alla condotta che può essere addirittura irrilevante nel caso di produzione di un evento dannoso. Si è fatto l'esempio<sup>3</sup> di una "pacca" sulle spalle che potrebbe anche provocare gravi conseguenze fisiche ascrivibili all'agente a titolo doloso, colposo o preterintenzionale o essere penalmente irrilevante.

Sotto altro profilo era possibile osservare che mentre il termine "pericolo" era ben conosciuto dal nostro ordinamento penale tanto da dare luogo alla previsione, codicistica e non, di una serie cospicua di reati – detti appunto "di pericolo" – il termine "rischio" appariva più una creazione dottrinale utilizzata per caratterizzare una teoria sulla causalità ("imputazione oggettiva dell'evento" detta anche "teoria del rischio") o per qualificare un orientamento giurisprudenziale che richiedeva percentuali minime di probabilità per ritenere l'evento cagionato causalmente collegato alla condotta ("aumento del rischio").

Occorre però prendere atto che il legislatore ha recentemente inteso dare una definizione normativa di rischio e pericolo – sia pure ai soli fini della tutela della salute e della sicurezza nell'ambiente di lavoro – anche se è immaginabile che le definizioni possano trovare, per la loro aspecificità, un'estensione al di fuori dell'ambito tematico in cui sono state inserite (per es. al settore ambientale).

L'art. 2 lett. *r* del d. lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro) così definisce il "pericolo": "*proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni*". Mentre la lettera *s* così descrive il "rischio": "*probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione*".

Non si tratta di definizioni che si caratterizzino per chiarezza. Sembrerebbe che il pericolo indichi già l'esistenza di una potenzialità di danno; mentre il rischio indicherebbe la probabilità del raggiungimento di una situazione di potenzialità di danno. Insomma si tratterebbe di una distinzione di tipo quantitativo ma dalle caratteristiche omogenee perché nel primo caso (pericolo) il danno è probabile; nel secondo (rischio).....lo sta diventando!

<sup>3</sup> Da parte di G. MARINI, "*Rischio consentito*" e tipicità della condotta, cit., 550.

Una prima considerazione: se la definizione ha effettivamente carattere quantitativo e se l'intento del legislatore delegato era quello di distinguere tra le situazioni che richiedono l'intervento repressivo (penale o amministrativo) e quelle che riguardano esclusivamente il legislatore e la pubblica amministrazione è arduo inquadrare il rischio nel principio di precauzione – di cui parleremo più avanti – al quale si fa riferimento nei casi in cui il pericolo sia solo congetturale. Se un danno sta divenendo probabile è dubbio che possa essere ritenuto congetturale e che si sia ancora all'interno del perimetro che riguarda il principio di precauzione.

## 2. *La disciplina codicistica dei reati di pericolo*

Se dunque rischio e pericolo sono (o erano) la stessa cosa dobbiamo prendere atto che il concetto di pericolo era ampiamente presente, come si è già accennato, nella legislazione codicistica vigente per la presenza dei reati di pericolo con interi capi del titolo VI del codice penale (delitti contro l'incolumità pubblica) dedicati ai delitti di comune pericolo (capi I, II, III). E, per venire al titolo di questo incontro di studio, può anche convenirsi che, in questa normativa, esistesse già una distinzione implicita tra reati che costituiscono espressione del “diritto penale dell'evento” (reati di danno e di pericolo concreto) e reati che esprimono il “diritto penale del rischio” (reati di pericolo astratto)<sup>4</sup>.

La disciplina del codice penale dunque già anticipava un processo che non è riferibile all'epoca attuale anche se effettivamente, nel corso degli ultimi decenni, si è avuto un notevole sviluppo dei reati di pericolo astratto (per es. nel campo della circolazione stradale, della sicurezza del lavoro, della sicurezza ambientale e alimentare ecc.) riconducibile, per lo più, allo sviluppo delle tecnologie potenzialmente pericolose per i beni della persona oltre che all'accresciuta sensibilità dell'opinione pubblica per questi temi.

È ancora da precisare che i reati di pericolo astratto non coincidono con i reati che, in una logica c.d. “cautelativa”, impongono soglie massime, per es., alle emissioni o alla presenza di determinate sostanze negli alimenti. In questi reati, infatti, quando la soglia sia fissata con criteri estremamente prudenziali, non può dirsi che il superamento sia associato ad un probabile effetto dannoso<sup>5</sup>.

La premessa di questa sintetica analisi è costituita dalla distinzione tra reati di mera condotta e reati di evento. In questi ultimi l'evento può consistere sia nella

<sup>4</sup> In questo senso v. C. PERINI, *La legislazione penale tra “diritto penale dell'evento” e “diritto penale del rischio”*, in *Legislazione penale*, 2012, 117.

<sup>5</sup> Su questi aspetti v. C. PERINI, *La legislazione penale tra “diritto penale dell'evento” e “diritto penale del rischio”*, cit., 123 ss. che inserisce queste normative nello schema del “diritto penale del comportamento” e pone il problema del rispetto del principio di offensività.

lesione del bene giuridico protetto, per es. omicidio o lesioni (reati di danno) sia nella messa in pericolo dei beni protetti (reati di pericolo) nei quali la lesione è soltanto potenziale (ovviamente entrambe le situazioni possono presentarsi in alcuni casi di reati plurioffensivi)<sup>6</sup>.

Si distingue poi tra i reati di pericolo concreto e quelli di pericolo astratto (o presunto).

Nei primi (reati di pericolo concreto) occorre accertare se il bene giuridicamente protetto sia stato, nel caso esaminato, effettivamente posto in pericolo; nei reati contro la pubblica incolumità, che costituiscono la gran parte dei reati di pericolo, il fatto tipico è solitamente descritto richiedendosi che sia stata posta in pericolo la pubblica incolumità: si vedano le ipotesi del delitto di strage (art. 422 c.p.), di disastro (art. 434 c. p.) ecc.; in altre ipotesi il pericolo può riguardare beni specifici che generalmente coincidono con il bene protetto dalla norma: nel danneggiamento seguito da incendio (art. 424 c.p.) occorre che si verifichi il pericolo di incendio; nelle ipotesi previste dagli artt. 429 e 431 che si verifichi il pericolo di naufragio o di disastro ferroviario.

In tutte queste ipotesi, dunque, il giudice deve accertare che la pubblica incolumità (o altro bene protetto) sia stata concretamente posta in pericolo (chi mette una bomba sotto la casa del suo nemico risponderà anche di strage se si tratta di un luogo densamente abitato ma non se la casa era isolata e abitata soltanto dalla vittima). Si aggiunga che la concretezza del pericolo può derivare anche dalle modalità della condotta (v. art. 445 c.p.: somministrazione di medicinali in modo pericoloso per la salute pubblica).

Nei reati del secondo gruppo (reati di pericolo astratto o presunto) non è invece necessario che la pubblica incolumità (o altro bene protetto) sia stata concretamente posta in pericolo; è sufficiente che si realizzi la fattispecie tipica del fatto descritto nella norma: incendio (art. 421 c. 1); inondazione, frana o valanga (426) disastro ferroviario (430) ecc. È da sottolineare che la medesima ipotesi di reato di pericolo astratto può assumere, in ipotesi specifiche, natura di reato di pericolo concreto: per es. l'incendio – reato di pericolo astratto – se riguarda la cosa propria (art. 421 c. 2) diviene reato di pericolo concreto perché richiede il verificarsi del pericolo per la pubblica incolumità; e così per i reati di naufragio, sommersione o caduta di aereo.

<sup>6</sup> Sui reati di pericolo in generale v., di recente, M. ZINCANI, *Reati di pericolo*, in *Diritto penale*, a cura di F. GIUNTA, Milano, 2008, 202 e, sui reati contro la pubblica incolumità, A. GARGANI, *Incolunità pubblica*, *ibid.*, 542, ai quali si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti dottrinari. Per un'esauriente recentissima disamina dei principi affermati dalla giurisprudenza, di legittimità e di merito, sul tema del disastro v. N. CECCHINI, *Attribuzione causale ed imputazione colposa di un disastro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 282 nonché, con riferimento ad un recente caso che ha avuto larga eco nell'opinione pubblica, P. PISA, *Il naufragio della Costa Concordia: i profili di responsabilità penale*, in *ibid.*, 367.

mobile (art. 428 c. 3) quando la nave o l'aeromobile siano di proprietà dell'agente.

Sulla distinzione tra le due categorie di reati esiste una certa uniformità di opinioni in dottrina<sup>7</sup>. Non tutti gli Autori condividono invece l'equiparazione tra la nozione di reati di pericolo astratto e quella di pericolo presunto. È stato affermato<sup>8</sup> che nel primo caso (pericolo astratto) il pericolo “non è requisito tipico, ma è dato dalla legge come insito nella stessa condotta, perché ritenuta pericolosa, ed il giudice si limita a riscontrare la conformità di essa al tipo legale” mentre nel secondo caso (pericolo presunto) “il pericolo non è necessariamente insito nella stessa condotta, poiché al momento di essa è possibile controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il probabile verificarsi dell'evento lesivo, ma esso viene presunto *juris et de jure*, per cui non è ammessa neppure prova contraria della sua concreta inesistenza.” E v'è anche chi<sup>9</sup> rifiuta proprio il concetto di “pericolo astratto” sul rilievo che “se il pericolo è probabilità di un evento temuto, non si può concepire una species in cui questa probabilità manchi. Ne deriva che nei casi in cui si ravvisa un pericolo astratto, in realtà non si ha una forma speciale di pericolo, ma una presunzione di pericolo, la quale non ammette prova in contrario.”

Anche la giurisprudenza di legittimità si è sostanzialmente uniformata a questi principi anche se residua un'importante divergenza sulla qualificazione del reato previsto dagli artt. 334 e 449 cod. pen. che è poi l'ipotesi di reato contro la pubblica incolumità che si presenta più frequentemente. Questo contrasto si è riproposto di recente: la sentenza Cass., sez. IV, 14 marzo 2012 n. 18678 (che ha esaminato il caso di una fuoriuscita di 10 tonnellate di arsenico dallo stabilimento Anic di Manfredonia) ha costruito il reato indicato, nel senso già condiviso da un precedente<sup>10</sup>, come reato di pericolo richiedendo soltanto che dal fatto derivi un pericolo per la pubblica incolumità.

La quasi contemporanea sentenza 18 gennaio 2012 n. 15444, Tedesco (relativa ad un disastro ferroviario), anch'essa richiamando precedenti conformi<sup>11</sup>, ritiene invece che, per la configurabilità del delitto di disastro colposo, sia necessario che si verifichi l'accadimento distruttivo.

La tesi della sentenza 18678/12 si fonda sulla collocazione dell'art. 449 nel capo riguardanti i delitti colposi di comune pericolo (peraltro l'art. 449 è rubricato come “delitti colposi di danno”). Ma, su questo aspetto, va rilevato che l'art. 334,

<sup>7</sup> Si vedano, esemplificativamente, i recenti testi istituzionali di G. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 207 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, 77 ss.; G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 134 ss.

<sup>8</sup> Da parte di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 206 ss.

<sup>9</sup> Si veda F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2000.

<sup>10</sup> Si tratta di Cass., sez. IV, 20 febbraio 2007 n. 19342, Rubiero, in *Riv. pen.*, 2007, 995.

<sup>11</sup> V. Cass., sez. IV, 9 marzo 2009 n. 18977, Innino, in *Riv. pen.*, 2009, 960; 17 maggio 2006 n. 4675, Bartalini e altri, in *Foro it.*, 2007, II, 550, con nota di R. GUARINELLO, *Tumori professionali a Porto Marghera*.

nel disciplinare l'ipotesi dolosa, anticipa la tutela al momento in cui è commesso "un fatto diretto a cagionare" il crollo o altro disastro. Si tratta, in buona sostanza, di un reato che si consuma col solo tentativo e, proprio per questo, la norma richiede che dal fatto derivi pericolo per la pubblica incolumità ma non che il crollo o il disastro si verifichino effettivamente (quindi si tratta di un reato di evento e di pericolo concreto).

Nell'ipotesi colposa prevista dall'art. 449 la condotta tipica è descritta come l'azione che "cagiona per colpa un incendio, o un altro disastro" e dunque, da un punto di vista letterale, sembra si richieda che il disastro sia avvenuto (il tentativo non è configurabile trattandosi di reato colposo); anche in questo caso pertanto il reato è di evento (costituito dal disastro) ma in questo caso il pericolo è astratto perché non è richiesto il pericolo per la pubblica incolumità evidentemente oggetto di presunzione da parte del legislatore e fondato sulle caratteristiche devastanti del disastro. Insomma, secondo questa ricostruzione, nel reato doloso l'evento è costituito dal pericolo per la pubblica incolumità; in quello colposo dal crollo o dal disastro che però devono essersi di fatto verificati.

In esito a questa breve disamina va infine rilevato che i reati di pericolo – in particolare quelli di pericolo astratto – sono stati spesso visti come potenzialmente congligenti con i principi di offensività, tassatività e determinatezza. Su questo tema è intervenuta la Corte costituzionale che, con sentenza 1° agosto 2008 n. 327<sup>12</sup> ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 434 c. p. con riferimento al reato di "disastro innominato". Ha rilevato il giudice delle leggi come – malgrado il concetto di disastro si presenti, nell'art. 434, "*scarsamente definito*" – la collocazione della norma consenta "*di delineare una nozione unitaria di disastro i cui tratti qualificanti si apprezzano sotto un duplice e concorrente profilo*": quello dimensionale ("*si deve essere al cospetto di un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi*") e quello della proiezione offensiva (l'evento deve provocare "*un pericolo per la vita o per l'integrità di un numero indeterminato di persone*").

In precedenza la Corte costituzionale, con la sentenza 27 dicembre 1974 n. 286<sup>13</sup>, aveva esaminato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 428 comma 1 e 423 comma 1 c. p., in relazione all'art. 449 dello stesso codice sotto il profilo della disparità di trattamento tra i casi di naufragio e incendio di cosa propria – che richiedono l'accertamento del pericolo in concreto – e i medesimi reati commessi su cosa altrui nei quali il pericolo è presunto. La questione era stata

<sup>12</sup> In Cass. pen., 2009, 995.

<sup>13</sup> In Riv. it. dir. proc. pen., 1976, 599, con nota di F. CAROLEO GRIMALDI, *Brevi note intorno all'accertamento del "pericolo" nella fattispecie di incendio*.

dichiarata infondata perché il naufragio e l'incendio di cosa altrui richiedono un evento potenzialmente idoneo, seppure non concretamente, a creare una situazione di pericolo per la pubblica incolumità; la Corte ha comunque ritenuto non irrazionale la scelta legislativa differenziata.

### 3. *Le attività lecite pericolose. Il rischio consentito*

È noto che ogni attività umana, comprese quelle apparentemente più innocue, presenta un margine di rischio; in alcuna di queste gli eventi dannosi, pur rarissimi, sono però completamente eliminabili (anche lo studio in biblioteca espone al rischio che un libro cada sul capo dello studioso)<sup>14</sup>.

Quando parliamo di rischio consentito non ci riferiamo a questi casi. Com'è noto esistono (e sono anche frequenti: la gran parte delle attività cui si riferiscono gli studi e le sentenze sulla colpa) attività lecite "pericolose" nelle quali gli eventi dannosi sono in larga misura prevedibili e non sempre evitabili. Ciò non ostante, l'ordinamento le autorizza, per la loro elevata utilità sociale, nell'ambito – appunto – del c.d. "rischio consentito"; concetto che, a tutt'oggi, è tutt'altro che definito da un punto di vista teorico posto che vi sono autori che lo qualificano elemento autonomo della teoria del reato e altri che invece lo ritengono pleonastico<sup>15</sup>.

E anche il concetto di utilità sociale è stato posto in discussione perché ritenuto "formula vuota" da chi<sup>16</sup> propone di renderne più definiti i contorni con il riferimento ai criteri della relatività (l'utilità sociale è relativa ai tempi e alle persone), della legge del minimo mezzo (maggiore è la spinta alla realizzazione dello scopo quanto minore è il pericolo), dell'opportunità condizionata (alla disponibilità di altre soluzioni, all'incidenza dei costi, alla differibilità nel tempo), della legge di reciprocità (come l'utilità elevata giustifica un maggior rischio tollerabile un rischio elevato incide negativamente sull'utilità).

Quando parliamo di "rischio consentito" il riferimento può riguardare anche la medesima attività che in determinate condizioni viene autorizzata e in altre vietata (per es. le corse automobilistiche vietate nelle strade ordinarie e consentite nei circuiti<sup>17</sup>) spesso per ragioni di natura economica o commerciale ovvero per

<sup>14</sup> Su questi aspetti v. le considerazioni di G. MARINI, "Rischio consentito" e tipicità della condotta, cit., (a p. 545 ss.) il quale evidenzia che la "fascia di rischio" da prendere in considerazione ai nostri fini è mutevole nel tempo per lo sviluppo delle conoscenze e per l'evoluzione tecnologica.

<sup>15</sup> Si vedano, su questi aspetti, le considerazioni di C. PERINI, *La legislazione penale tra "diritto penale dell'evento" e "diritto penale del rischio"*, cit., 120 (in particolare nota 7).

<sup>16</sup> V. A.R. CASTALDO (*La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1096 (in particolare p. 1098).

<sup>17</sup> Ma si vedano, sul tema dei *rallies* che si svolgono sulle strade ordinarie, le ampliamente

ragioni che mirano ad estendere le conoscenze scientifiche (si pensi alle attività di esplorazione spaziale).

Anzi è largamente diffusa in dottrina l'opinione secondo cui *“una zona di rischio consentito, sia pure di estensione variabile secondo i casi, accompagna tutte le attività lecite, anche quelle che si ritrovano nelle società pre-industriali”*<sup>18</sup>. E v'è chi ricostruisce unitariamente il concetto di rischio consentito ai fini penali – sia per quanto riguarda i reati colposi che quelli dolosi – sul rilievo che *“non c'è dolo, né colpa, senza violazione di una regola cautelare (unitariamente definita)”*<sup>19</sup> mentre, in una prospettiva diversa, si è affermato<sup>20</sup> che *“l'intenzionalità dell'offesa, tipica dell'illecito doloso, abbassa il quorum di rischi che l'ordinamento è disposto a tollerare, ampliando così l'area del rischio significativo, imputabile all'autore”* con la conclusione che *“una condotta qualificabile come irrilevante in relazione a fatti colposi può diventare quindi giuridicamente apprezzabile se sostenuta da un'intenzionalità lesiva”*.

Quanto alle caratteristiche intrinseche dell'“attività pericolosa” (che nel diritto civile comporta una sostanziale inversione dell'onere della prova: art. 2051 cod. civ.) queste sono indicate nell'art. 2050 che fa riferimento all'attività pericolosa “per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati”; la giurisprudenza civile di legittimità le ha maggiormente specificate individuandole nella pericolosità intrinseca, in quella dipendente dalle modalità di esercizio e in quella derivante dai mezzi adoperati (caratteristiche che non devono necessariamente coesistere)<sup>21</sup>.

motivate e approfondite sentenze Trib. Ivrea, 10 ottobre 2005, Lavino Zona, in *Riv. pen.*, 2006, p. 70, e Trib. Alessandria 6 febbraio 2006, Pettenuzzo, *ibid.*, p. 1076.

<sup>18</sup> Sono parole di A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, p. 301.

<sup>19</sup> In questo senso v. L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1053 (v. p. 1070 ss.).

<sup>20</sup> Da parte di A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del “rischio giuridicamente rilevante”*, cit., 1102.

<sup>21</sup> Si vedano, nella giurisprudenza civile di legittimità, Cass., sez. III, 15 ottobre 2004 n. 20334, in *Foro it.*, 2005,I,1794; 2 marzo 2001 n. 3022, in *id.*, 2001,I,1866. Sulla natura oggettiva della responsabilità civile nell'esercizio delle attività pericolose v. Cass., sez. III, 4 maggio 2004 n. 8457, in *id.*, 2004,I,2379; 13 maggio 2003 n. 7298, in *Resp. civ. e previd.*, 2003, 1351, con nota di M. RONCHI, *Sulla natura della responsabilità per l'esercizio di attività pericolosa*. Più di recente i temi della responsabilità civile derivante dall'esercizio di attività pericolose è stato affrontato, tra le altre, da Cass., sez. III, 10 novembre 2010 n. 22822, in *Giust. civ.*, 2011, 1777; sez. III, 13 febbraio 2009 n. 3528 e 30 gennaio 2009 n. 2482, entrambe in *Nuova giurispr. civ. commentata*, 2009,I,764, con nota di L. FRATA, *La responsabilità per attività pericolosa del gestore di ippodromo e degli organizzatori di attività agonistiche: due recenti pronunce della Cassazione*. Sui rapporti tra art. 2087 c.c. e attività pericolose si è affermato (da Cass., sez. III, 30 agosto 2000 n. 11427, in *Orient. giur. lav.*, 2001, I, 96) che nel caso di lavori che comportino rischi per la salute del lavoratore e che siano ineliminabili, in tutto o in parte dal datore di lavoro *“non è configurabile una responsabilità ex art. 2087 c.c. del datore di lavoro, se non nel caso che detto imprenditore con comportamenti specifici ed anomali, da provarsi di volta in volta da colui che assume di essere danneggiato, determini un aggravamento di quel tasso di rischio e di pericolosità ricollegato indefettibilmente alla natura dell'attività che il lavoratore è chiamato*

Con larga approssimazione può dunque in conclusione affermarsi che, nelle attività pericolose, ad un più elevato grado di prevedibilità di eventi dannosi corrisponde anche un minor grado di prevenibilità dei medesimi (qualche volta l'evento dannoso è quasi certo: si pensi all'intervento chirurgico ad elevatissimo rischio senza il quale il paziente è però destinato a morte certa) mentre l'osservanza delle regole cautelari non può che tendere ad una riduzione del pericolo che però non può, di norma, essere eliminato; le relative regole cautelari sono quindi regole cautelari "improprie" (tali sono quelle che mirano ad una riduzione del rischio di eventi dannosi mentre "proprie" sono quelle che consentono di eliminare il rischio) secondo una definizione<sup>22</sup> ormai comunemente accettata.

Va ancora precisato che, nel caso in cui i limiti posti dal legislatore o dalla pubblica amministrazione nella presenza di certe sostanze negli alimenti o in emissioni potenzialmente nocive siano (almeno colposamente) violati non può più parlarsi di "rischio consentito" proprio perché è vietato superare quei limiti.

#### 4. *Il bilanciamento di interessi*

Al di là delle attività vietate *tout court* – perché ritenute socialmente non utili (o di utilità non così rilevante da consentire l'assunzione del rischio) – le attività pericolose vengono consentite con un bilanciamento di interessi idoneo a conseguire un equilibrio tra rischio assunto e benefici conseguibili e a valorizzare l'obbligo di osservanza delle cautele correlato all'importanza dei beni in discussione (un rischio elevatissimo sarà consentito solo per salvaguardare beni fondamentali: si pensi ai vigili del fuoco che, a rischio della loro vita e qualche volta senza osservare le più elementari regole di prudenza, intervengono per salvare vite umane nel caso di incendi o disastri).

La regola del bilanciamento tra gli interessi contrapposti costituisce la chiave di volta per individuare l'eventuale superamento del rischio consentito: superamento che sarà ammesso solo per la tutela di beni di pari o superiore valore. Per esemplificare: l'istruttore di alpinismo non risponderà degli eventi dannosi verificatisi malgrado il rispetto rigoroso di tutte le regole cautelari che disciplinano questa attività pericolosa. Risponderà invece dei danni provocati se non ha controllato che venga utilizzata attrezzatura idonea e sufficiente o se ha sottoposto i suoi allievi a prove

*a svolgere*". Secondo Cass., sez. III, 19 luglio 2008 n. 20062 (in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 300, con nota di F. ROSSETTI, *Brevi riflessioni a margine di una sentenza della cassazione in tema di attività pericolose*) la consegna ad un terzo, da parte del produttore, di una cosa pericolosa impone al primo – in base all'art. 2050 cod. civ. – di adottare tutte le cautele necessarie perché siano evitati danni.

<sup>22</sup> Proposta da P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.

superiori alle loro capacità se da queste difficoltà deriverà un evento dannoso; e anche se ha adottato le cautele adeguate alle difficoltà incontrate risponderà se queste prove non erano affrontabili dai suoi allievi).

È ancora da sottolineare che nel bilanciamento non può non essere presa in considerazione la circostanza che la persona offesa si sia autoesposta al pericolo ovvero il medesimo sia stato provocato da altri e a questo rischio l'agente abbia o meno accettato di esporsi<sup>23</sup>.

Il criterio del bilanciamento costi-benefici è ineliminabile anche nell'attività medico chirurgica che spesso si caratterizza proprio per la necessità di operare una scelta tra il rischio e gli effetti negativi derivanti da una scelta terapeutica rispetto ad un'altra. E ciò non solo nei casi di interventi chirurgici ad elevato rischio ma altresì nelle terapie con farmaci che inducono pesanti effetti collaterali. Nel caso di eventi negativi derivanti dall'opzione prescelta il giudice dovrà valutare, con criterio *ex ante*, se la scelta sia stata operata non in modo irragionevole ma, per es., seguendo linee guida consolidate che non incontrino controindicazioni nel caso di specie e non potrà essere ritenuto responsabile il medico che a questi criteri si sia attenuto rispettando le regole cautelari pertinenti al caso<sup>24</sup>.

È stato anche affermato<sup>25</sup> che la prevedibilità dell'evento dannoso nelle attività pericolose a rischio consentito discende “*da una valutazione naturalistica, statistica, sociologica delle caratteristiche materiali dell'attività intrapresa*” mentre la prevedibilità cui rinvia il giudizio di colpa è una nozione normativa nel senso che “*l'evento è prevedibile, quando l'agente modello può coglierlo in potenza già nel primo disattendere alla cautela dovuta*”.

## 5. *Rischio consentito e osservanza delle regole cautelari*

È opportuno, anche se banale, ribadirlo: “rischio consentito” non significa esonero dall'obbligo di osservanza delle regole di cautela ma semmai rafforzamento. Solo in caso di rigorosa osservanza di tali regole il rischio potrà ritenersi effettivamente “consentito” per quella parte che non può essere eliminata. Insomma l'osservanza delle regole cautelari esonera da responsabilità per i rischi prevedibili ma non prevenibili solo se l'agente abbia rigorosamente rispettato le regole cautelari anche se non è stato possibile evitare il verificarsi dell'evento<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Su questa distinzione v. O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, p. 10 ss.

<sup>24</sup> In questo senso v. F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Il corriere del merito*, 2006, 961 (in particolare a p. 971).

<sup>25</sup> Da C. PERINI, *Prospettive del concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2001, p. 118.

<sup>26</sup> Nell'attività medico chirurgica questo principio è stato in passato motivatamente affermato

Si è già detto che, nel caso di attività vietata, l'unica regola cautelare da seguire è l'astensione: se il legislatore l'ha vietata vuol dire che non ha ritenuto, nel bilanciamento di interessi di cui si è detto, che l'attività fosse di una qualche utilità o che i benefici fossero tali da compensare i pericoli. L'agente che agisca in violazione del divieto risponde quindi, come si è già accennato, delle conseguenze verificatesi anche se rispetta le eventuali regole cautelari dettate dall'esperienza (o regole cautelari specifiche preesistenti al divieto).

Non è necessario che l'attività pericolosa sia consentita normativamente; la sua utilità sociale può derivare dalla consuetudine o dal riconoscimento tacito da parte della comunità. Tra le attività pericolose consentite vanno però distinte quelle espressamente autorizzate perché spesso, nel provvedimento autorizzativo, sono indicate anche le modalità di esecuzione dell'attività e le cautele da adottare perché possano essere svolte con la massima riduzione possibile dei rischi insiti nell'attività. In questi casi, come è stato affermato in dottrina<sup>27</sup>, *“è ben possibile che si rilevino con maggiore sicurezza e chiarezza le eventuali ipotesi di penale responsabilità per violazione degli obblighi di prudenza e diligenza”*.

Alcune attività pericolose sono addirittura obbligatorie o necessitate (si pensi alle attività di contrasto dei disastri o della criminalità, ma anche all'attività medico chirurgica d'urgenza) e in questi casi avviene talvolta che la necessità improrogabile che caratterizza l'intervento richiesto possa ridurre l'esigibilità dell'osservanza delle regole nei limiti di una valutazione comparativa (spesso da operare nell'immediatezza e quindi con un più ampio margine di errore) tra costi e benefici (si pensi al comandante di un reparto di vigili del fuoco che deve scegliere nell'immediato se sottoporre i suoi uomini ad un elevato rischio per la loro incolumità per salvare persone intrappolate da un incendio o astenersi dall'attività di soccorso; o all'intervento delle forze di polizia nel corso delle attività di contrasto di azioni criminali).

Proprio perché si tratta di attività pericolose – e proprio perché l'ordinamento accetta l'esistenza ineliminabile del margine di rischio – la persona alla quale è attribuita una posizione di garanzia o di tutela nella salvaguardia di beni primari ha un obbligo di ancor maggiore intensità, nello svolgimento delle attività medesime, di ridurre il margine di rischio nei limiti più ristretti che le conoscenze scientifiche, le nozioni di comune esperienza e le disponibilità di materiali utilizzabili consen-

da Cass., sez. IV, 21 novembre 1996, Spina, in *Riv. pen.*, 1997, 593, secondo cui il medico risponde per colpa *“solo dei danni prevedibili, ma prevenibili mediante l'osservanza delle leges artis, e non di quelli prevedibili verificatisi, però, nonostante la fedele osservanza delle regole tecniche, trattandosi, in questo caso, di rischio consentito che l'ordinamento si è accollato nello stesso momento in cui autorizza l'attività rischiosa”*.

<sup>27</sup> Da O. CUSTODERO, *Spunti di riflessione a margine della responsabilità per colpa*, in *Giust. pen.*, 2006, II, 523 (v. c. 531).

tono. Per fare un esempio: chi organizza soccorsi in alta montagna deve non solo addestrare adeguatamente i soccorritori ma dotarli del materiale più idoneo ad evitare rischi alle persone addette a questa attività altruistica ma pericolosa. Se a questo obbligo avrà adempiuto non potrà certo rispondere di eventi derivati anche da fatti astrattamente prevedibili e dalle conseguenze non prevenibili nelle condizioni in cui l'attività si svolge.

Parimenti nelle attività di contrasto alla criminalità le persone preposte dovranno dotare chi è esposto al rischio di conflitti a fuoco delle attrezzature idonee (armi adeguate, giubbotti antiproiettile ecc.) a ridurre nei limiti del possibile un rischio che è comunque ineliminabile.

In definitiva – è opportuno ribadirlo – nelle attività pericolose consentite, proprio perché la soglia della prevedibilità è più alta, nel senso che gli eventi dannosi sono maggiormente prevedibili (e spesso in minor misura evitabili) rispetto alle attività comuni, maggiore deve essere il livello di diligenza, prudenza e perizia nel precostituire condizioni idonee a ridurre il rischio consentito nei limiti del possibile. Quindi ineliminabilità del rischio non corrisponde ad un'attenuazione dell'obbligo di garanzia (o di tutela dei beni) ma semmai ad un suo rafforzamento secondo i criteri che si ispirano all'utilizzazione delle regole suggerite dalla migliore scienza ed esperienza.

Basta un semplice esempio per avere conferma di quanto si è detto: le corse automobilistiche vengono consentite in circuiti nei quali è autorizzato (anzi si tratta dello scopo principale cui tendono i concorrenti) il superamento dei limiti ordinari di velocità. Ma proprio per l'esistenza di questo maggiore rischio (consentito) le misure di sicurezza che vengono richieste sono ben più severe a protezione sia degli automobilisti (i materiali e le protezioni delle autovetture devono garantire la maggior sicurezza possibile per i piloti) sia degli spettatori che vengono allocati in luoghi che li garantiscano dalle conseguenze di eventuali incidenti purtroppo ampiamente prevedibili.

Proprio nell'ottica del rafforzamento dell'obbligo di tutela di beni fondamentali fu affermato, nella sentenza di primo grado pronunciata nel processo sul disastro del Vajont<sup>28</sup>, che *“per le attività pericolose il punto di riferimento per accertare o escludere la prevedibilità non è costituito dalla conoscenza che l'agente può avere come uomo medio, bensì dalle conoscenze che anche le persone più esperte possono avere sulla attività in questione e sui suoi possibili effetti”*. L'evento per non essere punibile deve risultare imprevedibile *“anche dal punto di vista di chi vantasse in quel momento il maggior grado di preparazione nel settore o nei settori interessati”*.

<sup>28</sup> Trib. L'Aquila 17 dicembre 1969, Biadene, in *Rass. giur. Enel*, 1970, 197. La sentenza di secondo grado, App. L'Aquila, 3 ottobre 1970, è pubblicata in *Foro it.*, 197,II,198 mentre quella della Corte di Cassazione, sez. IV, 15 marzo 1971 n. 810, è pubblicata in *id.*, 1971,II, 717, con nota di P. MARTINELLI, *Progresso tecnologico e colpa penale: la morale del Vajont*.

Mentre, nel caso di conoscenze scientifiche limitate o incomplete a fronte di rischi elevati, la regola non potrà che essere quella dell'astensione. In questo senso si è ribadito<sup>29</sup> che “*in settori dove le conoscenze nomologiche non abbiano raggiunto un livello in grado di assicurare un siffatto soddisfacente controllo dei pericoli, ci si dovrà generalmente astenere dall'attività o almeno esporre ai suoi possibili effetti dannosi beni giuridici di valore proporzionato all'efficacia delle cautele adottabili.*”

## 6. *Rischio consentito, prevedibilità e leggi scientifiche*

È noto che, per la verifica dell'esistenza della prevedibilità dell'evento, occorre rifarsi al criterio dell'agente modello. Agente modello che dovrà utilizzare (oltre alle regole d'esperienza convalidate dall'uso) le pertinenti leggi scientifiche utili a questo fine, ove esistano. Ma ben diverso è il ruolo delle leggi scientifiche nell'accertamento della colpa e della causalità.

Per l'accertamento della colpa le leggi scientifiche devono essere utilizzate ai fini della prevedibilità di un evento con una valutazione *ex ante* che rende (o dovrebbe rendere) riconoscibile all'agente il pericolo del verificarsi di un evento dannoso con la conseguenza del sorgere dell'obbligo di astensione o di osservare determinate regole cautelari.

Per l'accertamento della causalità la legge scientifica dovrà invece essere utilizzata, con valutazione *ex post* (che potrà quindi tener conto anche delle leggi scientifiche formulate dopo la verifica dell'evento; ciò che è inammissibile ai fini della colpa) diretta a ricostruire l'evento già verificatosi e a confermare, o escludere, l'addebito oggettivo a carico dell'agente. Si è detto<sup>30</sup> che questa differenziazione tra le regole di accertamento della colpa e della causalità deriva dalla circostanza che la causalità è una legge descrittiva non deontica e quindi rileva come regola di giudizio non di condotta.

Ma mentre l'accertamento della causalità va compiuto in termini di “elevata credibilità razionale” – nel senso che l'ipotesi scientifica deve avere un elevato grado di conferma e le ipotesi alternative debbono essere ragionevolmente escluse<sup>31</sup> – nel giudizio predittivo *ex ante*, ai fini della colpa, la legge scientifica (così come le regole di esperienza) vale a rendere concreto il giudizio di prevedibilità che va ancorato non all'elevata credibilità razionale che l'evento, in presenza di una certa

<sup>29</sup> Da parte di G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 465.

<sup>30</sup> Da F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 (v. p. 162).

<sup>31</sup> In questo senso si è espressa la sentenza Cass., sez. un., 10 luglio 2002 n. 30328, Franzese, ormai oggetto di innumerevoli commenti, che può leggersi in *Foro it.*, 2002, II, 608, con nota di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*, (ivi sono pubblicate anche le note di udienza del Procuratore generale G. IADECOLA).

condotta, si verifichi ma alla possibilità (concreta e non ipotetica) che la condotta possa determinare l'evento.

Per esemplificare: se in sede scientifica si discute se un medicinale provochi gravi effetti secondari è in colpa il medico che lo prescrive, in mancanza di necessità, pur esistendo farmaci innocui con uguali effetti terapeutici se il raro evento secondario di cui si discuteva si verifichi in concreto. Se in una fabbrica si accerta empiricamente che gli addetti ad un certo reparto vengono colpiti da una determinata patologia l'obbligo cautelare impone di adottare le misure di prevenzione necessarie per evitare il ripetersi degli episodi ancor prima che ne venga scientificamente accertata la causa.

Per venire a casi oggetto di pronunce giurisprudenziali anche recenti: si verificano spesso episodi di lavoratori che entrano in ambienti dove si sprigionano sostanze venefiche; se il datore di lavoro o altro garante viene a conoscenza di quanto sta avvenendo non può consentire che altri lavoratori (salvo gli interventi di urgenza per salvare la vita al primo lavoratore) facciano anch'essi ingresso nell'ambiente dimostratosi gravemente pericoloso. Oppure riteniamo che questo obbligo non incomba sul garante fino a quando non sarà stata fornita da soggetti o enti accreditati una spiegazione scientifica della natura e composizione delle esalazioni?

Il giudizio sulla colpa non va quindi ancorato all'elevata credibilità razionale (in buona sostanza: ad un elevato grado di probabilità) che quell'evento si produca ma alla concreta possibilità che ciò avvenga<sup>32</sup>.

In ogni caso l'efficacia delle leggi scientifiche – non diversamente da quelle fondate su regole d'esperienza – non sarà mai diretta e immediata ma dovrà essere filtrata attraverso la regola cautelare. Come è stato affermato<sup>33</sup> *“il fine di tutela non può essere desunto direttamente dalle leggi scientifiche e di esperienza che pure convalidano l'efficacia preventiva della norma cautelare, dovendosi l'interprete attenere ai termini in cui esse vengono filtrate dalla fonte di produzione della regola. Diversamente opinando, infatti, si finirebbe per vanificare – anche per quanto riguarda gli effetti che ne discendono sul piano della tipicità penale – la specifica funzione delle regole cautelari giuridiche, che è quella di imporre una determinata cautela standardizzata, escludendo al contempo la possibilità di un diverso – e anche più efficace – trattamento del rischio.”*

Naturalmente come è possibile accertare l'esistenza del rapporto di causalità

<sup>32</sup> Diversa è l'opinione di D. PULITANÒ (*Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. e processo*, 2008, 647) secondo cui *“il giudizio di pericolo deve essere ancorato (non diversamente dal giudizio di causalità) ad un sapere scientifico corroborato, che consenta di formulare (in termini di certezza) giudizi di probabilità di dati decorsi causali.”* Anche se poi il giudizio viene mitigato con l'affermazione che *“anche in situazioni di incertezza scientifica seria ha senso porre il problema se, proprio in ragione dell'incertezza, non sia ragionevole adottare misure precauzionali.”*

<sup>33</sup> V. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 388.

anche in base a generalizzate regole di esperienza e in mancanza di leggi scientifiche di conferma a maggior ragione l'accertamento della prevedibilità dell'evento sotto il profilo soggettivo potrà prescindere dall'esistenza di leggi scientifiche<sup>34</sup>.

Discutibile è dunque l'affermazione talvolta presente nella giurisprudenza di merito<sup>35</sup> secondo cui, per far sorgere l'obbligo prevenzionale, occorre fare riferimento al "patrimonio scientifico consolidato" quale criterio per imporre l'adozione della regola cautelare diretta ad impedire un evento che solo allora diviene prevedibile.

Già sotto un profilo di politica del diritto accogliere questa ricostruzione "significa deresponsabilizzare gli attori della produzione e dell'innovazione tecnica, a favore di un'ottimistica fede nella tempestività e nella neutralità dello spettatore (la comunità scientifica), che non sempre ha il tempo, le risorse e il coraggio per dedicarsi a ricerche difficili e di potenziale serio impatto economico. Inoltre, la tesi criticata rischia di incentivare comportamenti poco trasparenti e tempestivi nella comunicazione dei segnali di rischio alla comunità scientifica, e si presta a favorire condotte di 'inquinamento' dei risultati della scienza, attraverso finanziamenti di ricerche orientate a risultati conformi alle aspettative di committenti e sponsor."<sup>36</sup>

L'adozione di questo criterio – l'utilizzazione delle regole sull'accertamento della causalità per l'individuazione del sorgere dell'obbligo cautelare – costituisce un'indebita trasposizione delle regole che governano l'accertamento della causalità al tema della colpevolezza.

In tema di causalità si tratta di addebitare oggettivamente un evento dannoso alla condotta colposa dell'agente, di accertare quindi se il fatto è "suo" (se quella morte è stata da lui provocata con la sua condotta inosservante); è ovvio che le regole processuali di un paese che si ispira ai principi della democrazia liberale debbano richiedere sul piano probatorio quell'elevato grado di probabilità – in cui si esprimono le regole dell'elevato grado di credibilità razionale e dell'oltre il ragionevole dubbio – che possa consentire di addebitare un evento ad un soggetto determinato.

Ma le regole che disciplinano l'elemento soggettivo hanno natura non di verifica a posteriori della riconducibilità di un evento alla condotta di un uomo ma funzione cautelare e la cautela richiede che si seguano regole di prevenzione anche se non è ancor certo che la mancata adozione provochi eventi dannosi.

<sup>34</sup> In senso contrario v. G.P. ACCINNI, *Criteri di imputazione per colpa tra leggi scientifiche e accertamenti giudiziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 928.

<sup>35</sup> V. Trib. Venezia 22 ottobre 2001, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1670.

<sup>36</sup> Così C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1766. Diversa la posizione di F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni*, cit., p. 242, che, modificando la posizione assunta nello scritto precedentemente citato, afferma che, in situazioni di incertezza scientifica, "risulterebbe assai ardua la stessa riconoscibilità dei presupposti fattuali della condotta doverosa (qual è il grado di incertezza scientifica che l'operatore dovrebbe ritenere sufficiente per affermare la plausibilità del dubbio?) e non meno certo l'ubi consistam del dovere di diligenza, sempre che lo si voglia identificare con comportamenti diversi dall'obbligo (seppur temporaneo) di inazione."

L'applicazione all'accertamento della colpa dei criteri utilizzati per l'accertamento della causalità comporterebbe, in tema di prevenzione di rischi alla salute, che sarebbe esigibile l'adozione delle regole cautelari (anche di quelle già previste dalla legge !) solo dopo che fosse stato accertato, in termini di elevata credibilità razionale (secondo i criteri indicati nella già citata sentenza Cass., sez. un., 10 luglio 2002 n. 30328, Franzese, in tema di causalità) che alla mancata adozione di regole di cautela consegue un determinato effetto dannoso. Questa operazione ermeneutica avrebbe come ovvio risultato quello di porre nel nulla la natura e la funzione di prevenzione svolta dalle regole cautelari dirette ad evitare il verificarsi di eventi dannosi anche se scientificamente non certi (purchè non solo congetturali) ed anche se non preventivamente e specificamente individuati.

Si faccia l'esempio di un'indagine epidemiologica che abbia consentito di verificare con certezza che, in una certa coorte, gli esposti ad una determinata sostanza contraggono una forma tumorale in percentuale più elevata rispetto a coloro che non subiscono questa esposizione. Se anche l'indagine epidemiologica non ha caratteristiche tali da consentire accertata l'esistenza della causalità individuale si può escludere l'obbligo per l'agente di eliminare (o ridurre) l'esposizione fino a che non venga convalidata scientificamente l'ipotesi formulata?

È dunque obbligata, a mio parere, la conclusione che (a differenza dell'addebito oggettivo per il quale, sotto il profilo della causalità, è necessario accertare che l'evento non si sarebbe verificato con elevato grado di credibilità razionale se fosse stata posta in essere la condotta richiesta) ben inferiore è la soglia che impone l'adozione della regola cautelare.

Come è stato affermato in dottrina<sup>37</sup> *“il principio di colpevolezza sembra rispettato nella misura in cui il soggetto, al momento della condotta, possa seriamente rappresentarsi la rischiosità del suo agire o del suo omettere rispetto a determinati eventi, corrispondenti a quelli poi verificatisi, anche laddove sulla pericolosità della condotta non vi sia, ex ante, pieno consenso della comunità scientifica”*. E il medesimo Autore sottolinea altresì l'importanza dei *signa facti* quanto alla necessità di adozione di determinate cautele facendo l'esempio dell'aumento delle dermatiti in lavoratori che maneggino determinate sostanze: aumento che genera anzitutto, prima che ne venga accertata scientificamente l'origine, l'obbligo di far utilizzare i guanti protettivi.

A non diverse conclusioni rispetto a quelle derivanti dall'esperienza empirica deve pervenirsi nei casi in cui ci si trovi in presenza dei primi approfondimenti scientifici o di studi epidemiologici ancora incompleti o di esperimenti condotti su animali. A meno che i primi esiti siano idonei ad escludere l'ipotesi causale o esistano ragioni plausibili, per es., per ritenere non estensibili all'uomo i risulta-

<sup>37</sup> Da C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1763.

ti dell'esperimento condotto su animali sorge, o persiste, l'obbligo dell'adozione delle cautele necessarie per evitare il prodursi degli eventi dannosi che, di volta in volta, potranno individuarsi nell'adozione di più rigorose cautele (per es. la riduzione dei livelli di esposizione), nell'innovazione degli impianti concretamente ritenuta esigibile o, addirittura, nella sospensione dell'attività quando, per es., non sia individuabile una soglia di dannosità e il rischio sia troppo rilevante.

## 7. Il principio di precauzione

I casi dei quali abbiamo parlato in precedenza nulla hanno a che vedere, secondo il mio parere, con i casi per i quali si è correttamente invocato il principio di precauzione (per es. i potenziali danni alla salute provocati dalle onde elettromagnetiche, dall'uso dei telefoni cellulari, dall'assunzione di organismi geneticamente modificati). In tutte queste ipotesi si è rimasti, per lo più, a livello del sospetto di possibili effetti negativi sulla salute dell'uomo. Non così per gli effetti nocivi provocati dall'amianto o dal cloruro di vinile per i quali in passato erano già conosciuti effetti lesivi importanti (addirittura mortali quanto alla riduzione dell'aspettativa di vita) e per i quali successivamente si sono scoperte altre gravissime conseguenze tumorali per le quali, dunque, non ha senso invocare il principio di precauzione dovendosi solo verificare l'esistenza della prevedibilità, all'epoca della condotta, di ulteriori conseguenze oltre quelle già conosciute in un determinato momento storico.

È mia opinione, anche se esistono orientamenti diversi, che il c.d. "principio di precauzione" non abbia una diretta efficacia nel diritto penale ma sia volto soltanto ad ispirare le pubbliche autorità nelle scelte di regolamentare, o vietare, l'esercizio di determinate attività quando esista il "sospetto" di una loro pericolosità che però non ha ancora trovato una conferma empirica e tanto meno scientifica<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Sul principio di precauzione si vedano, esemplificativamente, i contributi di D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012; ID., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO - L. PICOTTI - R. SICURELLA, Milano, 2011, 611; P. SCEVI, *Principio di precauzione e imputazione colposa*, in *Riv. pen.*, 2011, 1095; C. PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto "a distanza" tra disvalore d'azione e disvalore d'evento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 225; G. FORTI, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, vol. I, 573; ID., *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 155; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di G. MARINUCCI*, Milano, 2006, vol. II, 1743; F. GIUNTA, *Il diritto penale*

Se invece questa conferma è già stata ottenuta siamo al di fuori del principio di precauzione e può parlarsi soltanto di attuare il principio di prevenzione. Si è detto<sup>39</sup> che *“il principio di precauzione sembra avere maggiore agio a operare come criterio di politica legislativa, piuttosto che come nuova dogmatica penale”*.

Non è un principio indiscusso. V'è infatti chi<sup>40</sup> sembra orientato per una diretta efficacia nel diritto penale del principio di precauzione. Si tratta di un orientamento che coinvolge l'asserito processo di “flessibilizzazione” dei principi del diritto penale e ne parleremo nel prossimo paragrafo.

Del resto va precisato che la stessa definizione di “principio di precauzione” viene declinata diversamente da chi ne propone un'interpretazione “radicale” (*“la regola dell'astensione scatterebbe in presenza di qualunque fattore di rischio potenziale, riguardo al quale la scienza non ha certezza delle conseguenze. L'onere della prova concernente la non rischiosità dell'azione graverebbe sull'agente, che verserebbe in re illicita per il solo fatto di avventurarsi nel campo dell'ignoto”*) e chi ne fornisce un'interpretazione “moderata” che, pur presentando un ampio ventaglio di gradazioni, presenta una nota comune che *“consiste nel prevedere, di fronte a una data attività la cui pericolosità è scientificamente incerta, una alternativa al divieto tombale del suo svolgimento.”*<sup>41</sup>

Il presupposto per questi interventi da parte delle pubbliche autorità è quindi costituito dall'incertezza scientifica sulla dannosità per la persona umana, per es., di una determinata esposizione ad un agente di cui non siano ancora conosciuti gli effetti.

Va peraltro sottolineato come il principio di precauzione abbia già avuto un riconoscimento normativo sia a livello comunitario (v. in particolare l'art. 174 del Trattato Ce il cui comma 2 espressamente prevede che la politica della Comunità in materia ambientale sia *“fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio ‘chi inquina paga’.*”)<sup>42</sup> sia a livello di legislazione

*e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 227; A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra stato e regioni*, in *Ragiusan*, 2004, n. 241/242, 28; ID., *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 9.

Sui rapporti tra diritto interno e diritto comunitario in relazione al principio di precauzione si vedano L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Dir. Unione europea*, 2004, 281 nonché le parti dedicate a questo tema negli studi di D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., 621, e A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente*, cit., 26 ss.

<sup>39</sup> Da parte di F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 229.

<sup>40</sup> V. C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 1748 ss.

<sup>41</sup> Le definizioni riportate sono di F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 232 ss.

<sup>42</sup> Per un panorama completo dei richiami al principio di precauzione contenuti, all'epoca, nella normativa internazionale e comunitaria v. G. FORTI, *“Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità*, cit., 160 ss.

interna sia pure nelle parti non direttamente riguardanti le norme incriminatrici penali ma solo per quanto riguarda l'indicazione delle finalità cui devono ispirarsi le attività di pubblico interesse (per es. l'art. 178 comma 3° del d. lgs. 3 aprile 2006 n. 152 – norme in materia ambientale – prevede espressamente che “*la gestione dei rifiuti è effettuata conformemente ai principi di precauzione.....*”; principio richiamato anche dall'art. 307).

Del resto la legislazione in materia alimentare ed ambientale (ma in parte anche quella sulla sicurezza del lavoro) è da tempo sostanzialmente ispirata al principio di precauzione quando fissa limiti predeterminati alla presenza negli alimenti di sostanze potenzialmente pericolose per la salute e alle esposizioni che si assumono nocive per la salute umana. Si vedano, tra gli altri testi normativi, il d. lgs. 8 luglio 2002 n. 224 (in materia di organismi geneticamente modificati) e il d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (codice del consumo: art. 107 commi 4 e 5) che richiamano espressamente in principio di precauzione.

Quale sia il rilievo che il principio di precauzione sta via via assumendo nella legislazione dei vari Stati lo dimostra inoltre il fatto che in Francia il principio in esame è stato addirittura costituzionalizzato in relazione alla tutela ambientale contro danni gravi e irreversibili<sup>43</sup>.

Anche la giurisprudenza civile di legittimità<sup>44</sup> ha avuto modo di occuparsi del principio in esame ritenendo consentita, per es., la tutela cautelare preventiva contro la realizzazione di un elettrodotto ritenuto fonte potenziale di danno alla salute anche se questa decisione non fa espresso riferimento al principio di precauzione – limitandosi a censurare la sentenza impugnata per aver affermato che la tutela non poteva essere consentita prima che l'impianto entrasse in funzione – e attribuendo al giudice di merito di accertare la potenziale offesa alla salute anche nel caso di emissioni che rientrino nei limiti di legge. Più recentemente la Corte di Cassazione civile<sup>45</sup> ha adottato invece una posizione negativa sull'applicabilità del principio di precauzione (che peraltro non viene espressamente richiamato) essendosi esclusa l'illiceità del comportamento nel caso di osservanza dei limiti di emissione normativamente previsti.

I casi che vengono in considerazione nell'epoca attuale quando si parla del prin-

<sup>43</sup> Si vedano le osservazioni sul punto di D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., 13.

<sup>44</sup> Si veda Cass., sez. III, 27 luglio 2000 n. 9893, in *Foro it.*, 2001, I, 141, con osservazioni di R. FALCO. Un più espresso riferimento al principio di precauzione è invece contenuto nell'ordinanza 7 ottobre 1999 del Tribunale di Milano, *ibid.*, che ha concesso la tutela cautelare pur premettendo che “*gli studi scientifici delle conseguenze sulle persone dei fenomeni elettrici e magnetici prodotti dagli elettrodotti ad alta tensione non hanno finora condotto a risultati facilmente verificabili*”. Nella dottrina civilistica si vedano gli studi di A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica*, cit. e *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente*, cit.

<sup>45</sup> V. Cass., sez. II, 23 gennaio 2007 n. 1391, in *Foro it.*, 2007, I, 2124, con nota di F. MATTASSOGLIO, *Tutela della salute e inquinamento elettromagnetico: quale valore per i limiti legali?*

cipio di precauzione sono ben noti: da anni si discute sulla possibile efficienza lesiva delle onde elettromagnetiche provenienti da impianti di trasmissione radio-televisiva ma fino ad oggi non si sono avute conferme scientifiche<sup>46</sup> di questi effetti e lo stesso può dirsi per le emissioni derivanti dagli impianti di telefonia cellulare. E come non ricordare le accese discussioni, anche in sede scientifica, dei possibili effetti dannosi dei prodotti (in particolare di quelli alimentari) geneticamente modificati e gli interventi normativi, già ricordati, che ne sono seguiti anche in attuazione di direttive comunitarie.

È ovvio che, fino a quando non si abbia una conferma scientifica (o empiricamente convalidata) degli effetti dannosi di queste esposizioni sulla persona umana il problema non riguarda il diritto penale ma le scelte politico-amministrative che possono essere o meno ispirate a rigore preventivo per evitare danni ad oggi non confermati trattandosi di ipotesi prive di conferma e quindi di concretezza. Si è detto, efficacemente, che *“il principio di precauzione si atteggia principalmente a criterio di buona amministrazione; non a caso è principalmente agli enti pubblici che compete attuarlo”*<sup>47</sup> e che *“il principio di precauzione tende ad essere impiegato quale ratio ispiratrice e criterio di individuazione di regole di condotta che, in prospettiva penalistica, ha natura non cautelare, ma pre-cautelare”*<sup>48</sup>.

Questa situazione è stata definita di *“incertezza scientifica”* ed è stata descritta<sup>49</sup> precisandosi che, quando si parla di incertezza scientifica si allude *“a contesti in cui si avanzano serie congetture di gravi pericoli per beni fondamentali, pur in assenza di consolidate evidenze scientifiche circa l’effettiva pericolosità di date condotte, prodotti o sostanze, o in presenza di dati scientifici discordanti o comunque non pienamente corroborati”*. E sostanzialmente analoga è la definizione di recente proposta da altro Autore<sup>50</sup> che definisce il principio come *“criterio di gestione del rischio in situazioni di incertezza scientifica circa possibili effetti dannosi ipoteticamente collegati a determinate attività, installazioni, impianti, prodotti, sostanze”*.

Mi sembra che si possa affermare che, in realtà, il concetto abbia un significato

<sup>46</sup> L’affermazione riguarda in generale l’efficienza lesiva delle trasmissioni di onde elettromagnetiche perché la giurisprudenza di legittimità ha invece confermato, in diversi casi, la possibilità di ipotizzare in queste ipotesi, il reato contravvenzionale previsto dall’art. 674 c.p. che, è opportuno ricordarlo, prevede non solo l’offesa alle persone ma anche la molestia (v. Cass., sez. IV, 24 novembre 2011 n. 23262, Borgomeo e altro, inedita; sez. III, 13 maggio 2008 n. 36845, Borgomeo e altro, in *Cass. pen.*, 2009, 927, con nota di A. SCARCELLA, *Getto pericoloso di cose e inquinamento elettromagnetico*; sez. I, 29 novembre 1999 n. 5626, Cappellieri, in *Cass. pen.*, 2001, 145, con nota di G. DE FALCO, *Una nuova stagione per l’art. 674 cod. pen.: strumento di tutela contro l’inquinamento elettromagnetico*).

<sup>47</sup> Così F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 241.

<sup>48</sup> Così C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., 561.

<sup>49</sup> Da parte di C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1743.

<sup>50</sup> D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 628 ss.

più ampio perché comprende anche i casi in cui manchi anche la sola evidenza empirica. Se si scoprisse che in una coorte coloro che assumono alimenti geneticamente modificati contraggono determinate malattie in percentuale significativamente maggiore di coloro che, in una coorte analoga, non li assumono ci si avvicinerebbe alla soglia del penalmente rilevante e sorgerebbero comunque un obbligo di approfondimento scientifico e un obbligo informativo.

È stato osservato<sup>51</sup> che, rispetto ai casi di certezza scientifica – nei quali “*il dubbio riguarda solo la circostanza del concreto verificarsi dell’evento nel mondo reale*” in quelli di incertezza scientifica “*il dubbio è duplice*” perché riguarda anche “*la plausibilità di una determinata congettura scientifica*”.

Insomma i casi nei quali si invoca il principio di precauzione sono casi nei quali non è dimostrata neppure la causalità generale. Il discorso sulla causalità individuale quindi neppure può porsi. Si è detto, efficacemente<sup>52</sup>, che “*le categorie della causalità, della colpa e dello stesso pericolo concreto sono generalmente ritenute irriducibili alla logica precauzionale.*”

Ma ben diverso è il caso in cui una determinata esposizione si sia già dimostrata dannosa per la salute umana anche se non siano ancora ben delineati i confini di tale pericolosità e il meccanismo produttivo dei danni. In tal caso sorge l’obbligo per l’agente di eliminare o ridurre nei limiti del possibile l’esposizione in modo da ricondurla in termini di non pericolosità (se già fosse dimostrata l’efficienza lesiva delle onde elettromagnetiche sulla salute dell’uomo sorgerebbe immediatamente quanto meno l’obbligo di ridurle anche in previsione di ulteriori danni, eventualmente più gravi, oggi non conosciuti).

Un altro campo nel quale il principio di precauzione può assumere rilievo penalistico è stato individuato<sup>53</sup> nelle situazioni in cui possa essere conferito “*rilievo al differenziale di conoscenza, alla signoria esclusiva sulle situazioni pregne di rischio di cui disponga chi intraprenda, specie se in forma organizzata, certe attività produttive aventi un potenziale impatto sui beni giuridici*”. Se gode di conoscenze superiori, secondo l’Autore, l’agente deve metterle a disposizione delle pubbliche autorità diversamente esponendosi a responsabilità nel caso di eventi dannosi; opzione condivisibile anche se ho qualche dubbio che questo tema riguardi il principio di precauzione.

Ma, occorre sottolineare, non ha alcun senso parlare di distinzione tra rischio e pericolo e di principio di precauzione quando il legislatore abbia già fatto la sua scelta classificando come nociva una determinata sostanza ed imponendo la riduzione delle esposizioni nei limiti del possibile e altre cautele (per es. le visite periodiche). Certo se poi si scopre che la sostanza non è nociva si apre un problema

<sup>51</sup> Da C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1748 ss.

<sup>52</sup> Si veda D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 655.

<sup>53</sup> Da G. FORTI, “*Accesso*” alle informazioni sul rischio e responsabilità, cit., 195 ss.

riguardante la violazione del principio di offensività in particolare per le condotte anteriori. Non mi sembra invece condivisibile la posizione di chi ritiene che la violazione di una norma fondata sul principio di precauzione possa escludere la responsabilità per il reato di evento provocato dalla sua violazione quando il fondamento scientifico del divieto sia stato acquisito successivamente all'introduzione della norma e la condotta sia successiva<sup>54</sup>. In questi casi l'agente ha volontariamente trasgredito il precetto e dunque la sua condotta è rimproverabile; non possiamo dire che il principio di precauzione riguarda le pubbliche autorità e quando queste si attivano disconoscere gli effetti di una previsione rivelatasi esatta. Potrà, al più, porsi un problema di graduazione della pena.

Ancor più complessi si rivelano questi problemi quando siano riferibili esclusivamente a casi di colpa generica per verificare se, anche in mancanza di una disciplina limitativa, l'agente fosse tenuto ad adottare cautele non ancora previste normativamente (eventualmente invocandosi, nella disciplina antinfortunistica, l'art. 2087 c.c.).

Quanto si è detto vale ovviamente solo per la responsabilità penale mentre è forse possibile attribuire uno spazio più ampio alla responsabilità civile per violazione del principio di precauzione in base ai casi di responsabilità oggettiva o di inversione dell'onere della prova previsti dal codice civile (per es. 2050, 2051 e 2052)<sup>55</sup>.

## 8. La c.d. "flessibilizzazione" delle categorie classiche del reato

Quando si parla di "flessibilizzazione" delle categorie classiche del reato in relazione all'evoluzione giurisprudenziale sui temi della causalità e della colpa si intende affermare – anche se spesso non lo si dice esplicitamente – che i giudici (in particolare quelli di legittimità) si sarebbero fatti influenzare dal principio di precauzione applicandolo ai casi concreti e rendendo più flessibili, appunto, gli indicati elementi tipici del reato<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> In questo senso mi sembra di poter ricostruire il pensiero di C. PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari*, cit., 245 ss.

<sup>55</sup> Sull'applicazione del principio di precauzione alla responsabilità civile si vedano le considerazioni di G. FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità, cit., 182 ss.

<sup>56</sup> Per quanto consta il termine "flessibilizzazione" è stato per la prima volta utilizzato da C. PIERGALLINI (*Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1684, a commento delle sentenze di primo e secondo grado nel processo relativo al petrolchimico di Porto Marghera nel quale la sentenza di appello viene duramente criticata affermandosi che la stessa avrebbe "destrutturato (sarebbe più esatto dire: sconvolto) questo paradigma, attraverso una costante opera di flessibilizzazione e di decontestualizzazione degli elementi costitutivi della colpa, funzionale ad un alleggerimento degli oneri probatori." L'Autore procede poi ad una vera e propria "demolizione" della decisione che, secondo il suo parere, incrinerebbe irrimediabilmente la tipicità del fatto colposo, vulnererebbe il principio di tassatività e determinatezza e violerebbe

Se fosse fondata questa accusa ci troveremmo effettivamente di fronte ad una vera e propria distorsione nell'applicazione giurisprudenziale che andrebbe al di là delle legittime diversità interpretative anche rispetto alle opinioni dottrinarie. Il principio di precauzione infatti non può avere cittadinanza nell'accertamento della causalità (se è incerto il presupposto eziologico di un determinato evento siamo evidentemente al di fuori dei criteri di elevata credibilità razionale ma addirittura, lo si è già detto, non può ritenersi provata la causalità generale). Ma a non diverse conclusioni deve pervenirsi per quanto riguarda l'accertamento della colpa anche se, per l'elemento soggettivo, esistono possibili aree di sovrapposizione che non possono però far venir meno un principio irrinunciabile: l'obbligo cautelare non sorge a fronte di sospetti o congetture, a meno che non si abbia una conferma, quanto meno empirica, di questi sospetti.

Ma l'unico modo per accertare se questo orientamento critico sia fondato è quello di verificare i singoli casi che vengono indicati a fondamento di esso.

Una considerazione preliminare: l'Autore<sup>57</sup> che ha esaminato in modo più analitico le decisioni che avrebbero applicato il principio di precauzione – e dunque ritiene esistente questo processo di “flessibilizzazione” – definisce “quantitativamente non eccessivo” l'uso del principio di precauzione da parte della giurisprudenza di legittimità e individua quattro linee interpretative (su dieci sentenze esaminate)<sup>58</sup>.

La prima linea interpretativa, secondo l'Autore, riguarda tre casi (uno relativo alla vendita di sostanze alimentari alterate; uno ad un disastro ambientale colposo cagionato da immissione nell'ambiente di rifiuti pericolosi; uno all'importazione di mini-moto pericolose<sup>59</sup>) e si risolve in un uso di “rafforzamento teorico” del giudizio sfavorevole all'imputato ma la conferma della condanna è fondata su altri motivi. Insomma in questi casi non è avvenuta alcuna flessibilizzazione delle cate-

il principio di irretroattività. La stessa definizione è ampiamente utilizzata da A. GARGANI, *La “flessibilizzazione” giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Legislazione penale*, 2011, 397 ed è condivisa da C. PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari*, cit., 236 ss.

<sup>57</sup> D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., 633. Questo esame è ampliato nel più recente saggio *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., (v. in particolare 123 ss.) nel quale vengono esaminati anche altri casi, oltre ai sette citati, per i quali l'Autore conferma che analogamente il richiamo al principio di precauzione ha funzione argomentativa di mero rafforzamento teorico.

<sup>58</sup> Nel più recente saggio *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., (v. in particolare 123 ss.) D. CASTRONUOVO esamina anche altri casi, oltre ai sette citati, confermando che analogamente il richiamo al principio di precauzione ha funzione argomentativa di mero rafforzamento teorico.

<sup>59</sup> Si tratta dei casi esaminati dalle sentenze Cass., sez. III, 12 aprile 2002 n. 20426, Franchini, in *Ced. Cass.*, n. 221850; sez. V, 11 ottobre 2006 n. 40330, Pellini, in *Ced. Cass.*, n. 236294; sez. un. 30 ottobre 2008 n. 9857, Manesi, in *Ced. Cass.*, n. 9857 (la sentenza è pubblicata, ma non sul punto che interessa, in *Cass. pen.*, 2009, 3326). Nel saggio più recente l'Autore inserisce ulteriori due casi relativi uno al recupero del quarzo e del silicio; l'altro alla gestione dei rifiuti di una raffineria.

gorie del reato; i giudici hanno utilizzato (forse impropriamente) alcuni *obiter dicta* che avrebbero potuto evitare ma le condanne si fondavano su altre ragioni.

I casi dunque si riducono a sette. Di questi sette in quattro di essi, tutti riguardanti la nozione di “rifiuto”, secondo l’Autore, le decisioni adotterebbero una nozione di rifiuto “dichiaratamente estensiva in ragione delle esigenze derivanti dal principio di precauzione”; anche se, cautamente, si afferma nel commento che “il riferimento al *principio di precauzione* si approssimi.....alla funzione di espediente retorico-argomentativo (benché qui tale funzione non sia esclusiva)”; peraltro “il ricorso alla logica precauzionale sembra assumere, in queste sentenze, un rilievo più centrale.”

In questi casi dunque si afferma che il richiamo al principio di precauzione ha un rilievo “più centrale” ma si ammette che comunque funziona da “espediente retorico-argomentativo”; è da notare peraltro che l’Autore sottolinea altresì che il richiamo al principio di precauzione, almeno in tre casi (riguardanti il riutilizzo di residui di lavorazione, i residui di calcestruzzo e gli sfridi di poliuretano espanso<sup>60</sup>; il quarto riguarda la qualificazione come rifiuto del *pet-coke*<sup>61</sup>), è “improprio” perché i casi concreti sottoposti a giudizio non riguardano ipotesi di incertezza scientifica ma un’interpretazione della disciplina normativa ritenuta dall’Autore – del tutto legittimamente – errata.

Ma se non c’è incertezza scientifica si può parlare di principio di precauzione?

E ancora: in *tutti* i quattro casi indicati il richiamo della Corte di cassazione al principio di precauzione è indiretto perché in realtà le decisioni richiamano sentenze della Corte di giustizia Ue che effettivamente fondano il loro orientamento anche sul principio di precauzione; il giudice nazionale, in questi casi, ove rilevi un contrasto tra la norma interna e quella comunitaria, deve disapplicare quella interna in particolare quando sia intervenuta una decisione della Corte di giustizia. Se invece rileva una situazione di non conformità con i principi generali dell’ordinamento comunitario il giudice nazionale ha il dovere di operare un’interpretazione conforme<sup>62</sup>.

Insomma, anche a voler ritenere che, in questi casi, i giudici di legittimità si siano ispirati al principio di precauzione ciò è avvenuto in via indiretta con il richiamo ai principi comunitari.

L’ottavo caso ricordato dall’Autore riguarda un’ipotesi di lesioni colpose cagionate a persone esposte alle onde elettromagnetiche emesse da un elettrodotto ad alta tensione<sup>63</sup>. In questo caso si poneva il problema dell’accertamento dell’effi-

<sup>60</sup> Si tratta dei casi esaminati da Cass., sez. III, 14 aprile 2005 n. 20499, Colli, in *Ambiente*, 2006, 116, con nota di V. PAONE, *Il riutilizzo dei residui nella giurisprudenza della Cassazione*; sez. III, 10 novembre 2005 n. 2025, inedita (p.q.c.); sez. III, 18 febbraio 2010 n. 13493, inedita (p.q.c.).

<sup>61</sup> È il caso di cui si è occupata Cass., sez. III, 9 maggio 2008 n. 28229, in *Riv. giur. ediliz.*, 2009, 134, con nota di E. POMINI, “*Pet-coke*” e nozione di rifiuto: i limiti al riutilizzo come combustibile.

<sup>62</sup> Questi principi sono riaffermati, da ultimo, nella sentenza Cass., sez. III, 8 febbraio 2012 n. 18767, in *Ced. Cass.*, n. 252634.

<sup>63</sup> È il caso esaminato da Cass., sez. IV, 22 novembre 2007 n. 33285, Balli, inedita. Nello

cienza causale di tali onde sugli eventi lesivi riscontrati su persone esposte a questo agente. La Corte di cassazione ha confermato la sentenza di condanna ritenendo che i giudici di merito avessero adeguatamente motivato sulla riconducibilità delle lesioni accertate all'esposizione alle onde elettromagnetiche.

Sono noti i limiti del giudizio di legittimità nell'accertamento del rapporto di causalità ed in particolare sull'accertamento compiuto dal giudice di merito sull'esistenza delle leggi scientifiche, o delle massime di esperienza, che consentono di ritenere accertato il nesso di condizionamento. Il compito del giudice di legittimità è istituzionalmente limitato alla verifica se il giudice di merito abbia adeguatamente e logicamente motivato, in particolare, sulla plausibilità della soluzione scientifica accolta e sulla non plausibilità di quella respinta ovvero sulla plausibilità delle massime di esperienza applicate; se entrambe le contrapposte tesi fossero plausibili non potrebbe il giudice di merito – pur condividendone una e motivando adeguatamente sulla sua scelta – fondare una sentenza di condanna su questo presupposto perché non sarebbe superata la soglia del ragionevole dubbio.

Il problema è dunque quello di individuare il criterio che il giudice di legittimità deve seguire per valutare (non l'attendibilità del sapere scientifico introdotto nel processo: non è compito suo) ma – è questo il punto – se il giudice di merito abbia logicamente motivato sull'attendibilità di queste conoscenze.

Nel caso in esame il richiamo al principio di precauzione non è improprio perché nella sentenza non si dà atto dell'esistenza di una legge scientifica convalidata che consenta di ritenere che l'esposizione provochi quelle conseguenze e i giudici di merito avevano fatto riferimento, per ritenere accertata l'esistenza del rapporto di causalità, "al campo totale degli esaminati nella stessa condizione di esposizione" e alla verifica empirica che "il male regrediva in caso di allontanamento dalla zona di esposizione a onde e a campi elettromagnetici".

Si tratta dunque di un caso nel quale, per quanto consta, non viene richiamata una legge scientifica che confermi, con elevato grado di credibilità razionale, che quell'esposizione provoca quelle conseguenze ma l'evidenza disponibile nel caso in esame, con il riferimento a generalizzate massime di esperienza e alla verifica empirica, avevano consentito di pervenire ad una risposta positiva che la Corte di cassazione ha ritenuto non illogica.

Mi sembra quindi che possa dirsi che in questo caso il giudice di legittimità non ha fondato la sua decisione sul principio di precauzione ma ha confermato una decisione che, forse, aveva utilizzato questo principio convalidandolo però con il richiamo alle regole di esperienza e all'evidenza empirica.

Le ultime due ipotesi richiamate dall'Autore riguardano due sentenze di cui

studio più recente già citato D. CASTRONUOVO inserisce ampi richiami alle sentenze di merito che, in effetti, paiono maggiormente ispirate ad una logica precauzionale.

sono estensore e dunque mi asterrò da ogni considerazione valutativa sulle critiche che l'Autore muove alle decisioni<sup>64</sup>. Critiche che, anche ammesse la fondatezza, a me sembrano però estranee al tema che riguarda il principio di precauzione.

Nel primo caso – riguardante i casi di angiosarcoma epatico che si erano verificati all'interno del petrolchimico di Porto Marghera nei reparti dove si lavoravano il cloruro di vinile monomero e il cloruro di polivinile (PVC e CVM) – l'Autore critica la sentenza<sup>65</sup> nella parte in cui ritiene prevedibile il verificarsi della patologia indicata malgrado, all'epoca delle esposizioni, non fossero interamente conosciute le conseguenze di esse.

Del tutto legittima la critica alla nozione di prevedibilità adottata nella sentenza: in particolare sul tema riguardante quali conseguenze possono essere ritenute prevedibili. Ma il principio di precauzione non c'entra nulla non solo sotto il profilo della causalità perché la scienza ha dimostrato che l'angiosarcoma epatico è provocato dall'esposizione a PVC e CVM (neppure gli imputati l'hanno messo in discussione<sup>66</sup>). E non sembra corretto affermare che si è introdotto il principio di precauzione per ritenere la colpa degli agenti perché, con questa affermazione, si sovrappongono due problemi diversi: gli agenti, secondo la sentenza, erano in colpa perché avevano sottoposto i lavoratori ad esposizioni già allora non consentite. Questo non lo dice la Cassazione ma la sentenza di primo grado che aveva accertato l'esistenza del rapporto di causalità tra le esposizioni vietate e i decessi per angiosarcoma epatico ma aveva assolto gli imputati ritenendo non esistente l'elemento soggettivo perché l'evento tumorale non poteva essere ritenuto prevedibile<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Le critiche di D. CASTRONUOVO sono sostanzialmente condivise da P. SCEVI, *Principio di precauzione e imputazione colposa*, cit., 1098 ss. e, per quanto riguarda il caso del petrolchimico di Porto Marghera, da A. GARGANI, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato*, cit., 419 ss. Va ricordato che nel saggio più recente, già ricordato, D. CASTRONUOVO fa riferimento anche ad altra sentenza della IV sezione penale della Cassazione (24 maggio 2012 n. 33311, Ramacciotti e altri) nella quale in effetti si fa riferimento al principio di precauzione ma in questo caso si tratta di un argomento rafforzativo estraneo all'iter decisionale che fa riferimento alle argomentazioni della sentenza relativa al petrolchimico di Porto Marghera. E lo stesso deve affermarsi per quanto riguarda la sentenza 22 novembre 2007 n. 5117 richiamata dall'Autore e ugualmente relativa ad un caso di morte per mesotelioma pleurico.

<sup>65</sup> Si tratta della sentenza Cass., sez. IV, 17 maggio 2006 n. 4675, in *Foro it.*, 2007, II, 550, con nota di R. GUARINELLO, *Tumori professionali a Porto Marghera*.

<sup>66</sup> D. CASTRONUOVO (*Principio di precauzione e diritto penale*, cit., 130 ss.), dà notizia di una recentissima sentenza del Tribunale di Ferrara in data 30 aprile 2012 (depositata il 4 settembre 2012), inedita, secondo cui la comunità scientifica internazionale non considererebbe il cvm tra i fattori di rischio per l'insorgenza degli epatocarcinomi.

<sup>67</sup> Mi permetto un'unica precisazione fattuale: D. CASTRONUOVO sembra ritenere che la sentenza fondi l'affermazione della prevedibilità sulla circostanza che era conosciuto un unico effetto "severo" dell'esposizione: l'acrostolisi. Non è così: la prevedibilità dell'evento era stata, dalla sentenza di secondo grado fondata – con argomentazioni che la Cassazione ha ritenuto esenti da alcun vizio logico – sull'idoneità accertata della sostanza a provocare la malattia indicata e anche

Questo è dunque il tema in discussione: la prevedibilità che è tema ben diverso dal principio di precauzione. Si è affermato<sup>68</sup> che la prevedibilità dell'evento "è irriducibilmente diversa dalla mera congettura di pericolosità che la scienza non può né fondare né smentire. L'una consiste in una valutazione di verosimiglianza, l'altra si risolve in uno dei tanti giudizi di non impossibilità che si possono formulare in situazioni di incertezza. Tra la sponda della verosimiglianza e quella della non impossibilità non vi sono ponti, ma un rapporto di radicale alterità."

Si potrebbe parlare di sovrapposizione del principio di precauzione rispetto all'accertamento della colpa solo nel caso in cui la condotta degli imputati fosse stata osservante delle regole cautelari all'epoca vigenti ma così non è perché i giudici di merito – in particolare il Tribunale che ha assolto gli imputati sotto il profilo della prevedibilità dell'evento ma non ha certo escluso la violazione delle regole cautelari ricordate (cosa confermata dalla circostanza che il Tribunale ha dichiarato estinti per prescrizione i reati di lesioni colpose riferibili ai casi di sindrome di Raynaud e acrosteolisi – avevano accertato la violazione degli artt. 20 e 21 del d.p.r. 19 marzo 1956 n. 303 (esposizione a polveri e a prodotti nocivi)<sup>69</sup>.

Certo se si interpretano queste norme nel senso che fossero dirette ad impedire che i lavoratori fossero "infastiditi" dalle esposizioni (si è detto<sup>70</sup> che "appare indiscutibile che tali disposizioni fossero immediatamente preordinate alla difesa contro

la sindrome di Raynaud. Ma la Corte di merito aveva richiamato anche i documenti aziendali Montedison che già sul finire degli anni '50 riconoscevano la tossicità di queste sostanze; gli studi del dott. VIOLA (un medico di fabbrica) che, nel 1969, aveva rilevato sugli animali l'effetto cancerogeno del cvm; le dichiarazioni dell'imputato BARTALINI che aveva riconosciuto l'epatotossicità del cvm risalente ai suoi studi universitari (circostanza confermata dal medico di fabbrica del petrolchimico, dr. GIUDICE). Aveva fatto riferimento a un documento dell'associazione europea dei produttori di materie plastiche (APME) secondo cui erano già conosciute, come effetti dell'esposizione al cloruro di vinile, negli anni '50 e '60, "alterazioni non specifiche della funzionalità epatica e del sistema digestivo e respiratorio, sindrome di Raynaud nelle mani, lesioni sclerodermiche e alterazioni ossee osteolitiche delle falangi distali." Si aggiunga che, riferisce la Corte d'Appello, gli effetti tossici sul fegato erano stati confermati dallo studio TRIBUK risalente al 1949 per cui è stata ritenuta logica la conclusione secondo cui, ben da prima dell'epoca della contestazione (che parte dal 1969), dovevano già ritenersi prevedibili gravi danni alla salute dei lavoratori esposti al cloruro di vinile. Questi sono i dati di fatto accertati nel processo.

<sup>68</sup> Da parte di F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., 242. In senso critico a questa impostazione v. C. PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari*, cit., 232 ss.

<sup>69</sup> La già ricordata sentenza del Tribunale di Venezia ricorda che nel periodo successivo al 1974 Montedison si attivò per riportare le emissioni a livelli accettabili (la soglia di preallarme era stabilita in 15 ppm e quella di allarme in 25 ppm) e che nessun lavoratore addetto ai reparti "a rischio" dopo questa data contrasse l'angiosarcoma epatico. In precedenza negli anni 1962-63 si era giunti a concentrazioni di 40.000 ppm in prossimità delle autoclavi ma ancora nel 1974 erano state rilevate concentrazioni molto elevate con una punta massima di 5366 ppm.

<sup>70</sup> Da parte di C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., 1691.

la diffusione di polveri o vapori che potessero risultare, in prima battuta, e a prescindere dalla loro tossicità, oggettivamente molesti. L'anello intermedio che si intendeva prevenire era, perciò, nella fastidiosità, fisicamente avvertibile, delle polveri, dei vapori e degli odori"); oppure si pone in discussione<sup>71</sup> la natura specifica delle norme indicate e si afferma che l'applicazione di queste norme porterebbe "ad incentrare il rimprovero più sulla dimensione del difetto di attenzione e di diligenza insito nel comportamento che sulla reale ed effettiva capacità di prevenire l'evento, secondo una prospettiva eticizzante" le conclusioni sono inevitabili.

Ma può ritenersi che sia diretta ad evitare soltanto i fastidi alla persona una disciplina, inclusa in un capo intitolato "difesa dagli agenti nocivi", che si esprime in una norma (l'art. 20) intitolata "difesa dell'aria dagli inquinamenti nocivi" e che parla poi di "gas o vapori irrespirabili o tossici od infiammabili" e in altra norma (l'art. 21) che parla di "polveri di qualunque specie"? E può essere ritenuta generica – e quindi indice di una "prospettiva eticizzante" – la previsione di una norma (sempre l'art. 21) che prevede che le lavorazioni polverose devono avvenire "in apparecchi chiusi ovvero muniti di sistemi di aspirazione e di raccolta delle polveri, atti ad impedirne la dispersione"; che "l'aspirazione deve essere effettuata, per quanto è possibile, immediatamente vicino al luogo di produzione delle polveri"; che, quando non siano attuabili le misure indicate, deve provvedersi, se possibile, all'inumidimento del materiale; che siano previsti sistemi per impedire che le polveri rientrino nell'ambiente di lavoro?

E anche se si trattasse di colpa generica che cosa cambierebbe sotto il profilo dell'accertamento dell'elemento soggettivo?

Ferma restando dunque la legittimità della critica al concetto di prevedibilità accolto è corretto affermare che in questa sentenza il principio di precauzione ha un "ruolo di fattore espansivo della categoria della colpa penale"?

Queste considerazioni valgono anche per le argomentazioni di chi<sup>72</sup>, come si è già accennato, ritiene che il principio di precauzione possa avere un ruolo nell'incriminazione penale; non nell'accertamento del rapporto di causalità ma sotto il profilo della prevedibilità dell'evento al fine di accertare l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato. Queste argomentazioni sono espresse con riferimento alla sentenza di appello relativa alla medesima vicenda del petrolchimico e l'Autore, pur ammettendo che il già ricordato art. 174 del Trattato Ce è privo di effetti diretti nel nostro ordinamento, ritiene corretto utilizzare il principio di precauzione al fine di accertare la colpa dell'agente individuando l'effetto di "incidere sul concetto

<sup>71</sup> Come fa A. GARGANI, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato*, cit., 422.

<sup>72</sup> Il riferimento è al già ricordato saggio di C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1751.

*normativo 'colpa per imprudenza', nel senso di fornire una determinata accezione in contesti di incertezza scientifica, secondo un meccanismo di integrazione già ammesso in altri casi dalla dottrina penalistica."*

Neppure questa impostazione del problema è, a mio parere, condivisibile. La prevedibilità involge l'esistenza di segnali di allarme che devono indurre l'agente ad attenersi alle regole cautelari vigenti per evitare futuri danni alle persone. Deve trattarsi di segnali concreti (l'esistenza di patologie gravi – non di semplici fastidi – riconducibili quanto meno al "tipo" di quelle già scientificamente riconosciute come provocate dall'esposizione) in una situazione in cui possa ragionevolmente escludersi che la patologia sia stata cagionata da altre cause. Ecco: il principio di precauzione difetta proprio non solo della conferma scientifica ma altresì di questa caratteristica di concretezza o di evidenza empirica; si fonda sul sospetto, sulla congettura non confermata. E per questa ragione deve essere ritenuto estraneo alla responsabilità penale.

In parte diverse le considerazioni da fare per la sentenza relativa al disastro di Sarno<sup>73</sup> nella quale le colate di fango provocarono 137 morti anche se, in questo caso, il verificarsi del fenomeno disastroso – fondato su un meccanismo causale scientificamente conosciuto (le colate si verificano in presenza di forti precipitazioni, di pendii ripidi e di composizione geologica di origine vulcanica formata da ceneri e pomici) – non consentiva di prevederne le dimensioni essendo fondata, questa valutazione, esclusivamente sulle esperienze storiche precedenti; nel corso del ventesimo secolo se ne erano infatti verificate altre quattro anche se di minore gravità e intensità (circostanza peraltro dubbia perché le più gravi conseguenze del disastro più recente erano dovute al crollo di un ospedale costruito lungo un percorso conosciuto delle colate).

Nella motivazione della sentenza – sempre con riferimento al problema della prevedibilità – si afferma che eventi prevedibili non possono essere ritenuti soltanto quelli di intensità e gravità uguale a quelli già verificatisi a meno che non possa ragionevolmente escludersi che l'evento ripetitivo possa assumere caratteristiche di maggior gravità. Insomma l'adozione delle misure cautelari e il loro livello di rispetto deve essere adeguato alla gravità e intensità del fenomeno ragionevolmente ipotizzabile.

Non discuto della correttezza delle critiche rivolte a questa affermazione; e non metto neppure in discussione che questa ricostruzione della prevedibilità presenti aspetti parzialmente coincidenti con il tema che riguarda l'adozione di regole precauzionali. Ma la regola precauzionale è diretta a prevenire eventi di cui non si conosce se e come avverranno; la prevedibilità in relazione ad un evento già verificatosi e ripetitivo, al contrario, è diretta ad accertare (nel nostro caso) se un evento

<sup>73</sup> Si tratta della sentenza Cass., sez. IV, 11 marzo 2010 n. 16761, Basile, in *Foro it.*, 2011, II, 482, con osservazioni di A. MERLO.

è destinato a ripetersi e con quali dimensioni.

Insomma, secondo la tesi criticata, per evitare di incorrere nella logica precauzionale ogni giudizio di prevedibilità di un evento dovrebbe essere ricollegato a quanto già avvenuto e ai limiti nei quali si è verificato; mai potrebbe essere ritenuto prevedibile un evento che si discosti, per maggior gravità, dalle caratteristiche di quanto già verificatosi.

Per concludere una breve considerazione su una decisione recentissima: ha avuto ampia eco sui mezzi d'informazione la sentenza del Tribunale de L'Aquila riguardante il terremoto che ha colpito la medesima Città ed in particolare la condanna dei componenti la commissione "grandi rischi" della protezione civile. La lettura dei giornali e, addirittura, le dichiarazioni di un ministro, potevano far sorgere il dubbio che gli imputati fossero stati condannati per non aver previsto il terremoto pur essendo noto che, in tema di terremoti, l'unica certezza scientifica che si può avere è quella che riguarda il se l'evento è destinato a verificarsi ma certamente non il quando e l'intensità distruttiva. Se agli imputati fosse stata addebitata la mancata previsione del terremoto (in quell'arco di tempo e con quella intensità) ci troveremmo in un caso di incertezza scientifica che giustificerebbe l'affermazione che la condanna è fondata sul principio di precauzione.

La sentenza non è stata ancora depositata ma è sufficiente leggere i capi d'imputazione per avere conferma che le condanne non sono state inflitte per non aver previsto il terremoto bensì per avere dato notizie tranquillizzanti agli abitanti sulla possibilità che si verificasse un terremoto disastroso. E infatti sembrerebbe che la condanna sia intervenuta esclusivamente per quei casi nei quali è stato ritenuto provato in giudizio che le persone erano rimaste negli edifici poi crollati proprio a seguito del contenuto del comunicato. Siamo dunque al di fuori della logica precauzionale di cui si è parlato.

**Opinioni a confronto**  
*La Direzione Nazionale Antimafia  
e il coordinamento delle indagini di mafia  
dopo 20 anni: bilancio e prospettive*



## OPINIONI A CONFRONTO

LA DIREZIONE NAZIONALE ANTIMAFIA E IL COORDINAMENTO  
DELLE INDAGINI DI MAFIA DOPO 20 ANNI: BILANCIO E PROSPETTIVE

NOTA INTRODUTTIVA DI GIOVANNI CANZIO

Il modello del coordinamento delle indagini di mafia, ideato e fortemente voluto da Giovanni Falcone, ha riguardato sia le forze di polizia, sia la magistratura inquirente, mediante l'istituzione prima della Direzione investigativa antimafia (DIA), ad opera del d.l. n. 345/91 conv. in l. n. 410/91, e poi delle Direzioni distrettuali antimafia (DDA) e della Direzione nazionale antimafia (D.N.A.), ad opera del d.l. n. 367/91 conv. in l. n. 8/92.

A distanza di circa venti anni da questa che, all'epoca, rappresentò un'innovazione radicale delle regole sulla titolarità delle attività investigative, perseguita con determinazione dal Ministero della giustizia (la cui Direzione degli affari penali era allora affidata a Falcone), nonostante il miope dissenso di una parte della Magistratura, occorre misurare i dati dell'esperienza e trarre un bilancio.

Abbiamo perciò ritenuto di rivolgere alcune domande, alla stregua delle rispettive esperienze culturali e professionali, a un magistrato della D.N.A., Filippo Spiezia, e a un avvocato, Salvatore Liotta.

Innanzitutto, erano giustificati e hanno trovato un riscontro empirico i timori di interferenza e controllo esterno delle iniziative dei singoli uffici del PM, suscitate dalla creazione delle D.D.A. e della D.N.A.?

All'accresciuta efficacia di una risposta giudiziaria non frammentata ai crimini di mafia, conseguente alla concertazione dei poteri di indagine, ha corrisposto anche una lettura dei fenomeni di criminalità organizzata nell'ottica della formazione di un sapere investigativo specializzato e unitario?

L'anomala collocazione ordinamentale della D.N.A. e del Procuratore nazionale antimafia (PNA), aventi rilievo autonomo ma nell'ambito della Procura Generale presso la Corte di Cassazione sotto la sorveglianza di quel PG, può costituire un ostacolo al pieno dispiegarsi delle attitudini e delle potenzialità dell'organismo?

Appare logica la perdurante sconnessione normativa fra l'elenco dei delitti di criminalità organizzata di cui all'art. 51, comma 3 *bis* richiamato dall'art. 371 *bis* c.p.p., per i quali è prevista l'attività di coordinamento del PNA, e il più ampio catalogo dei reati di competenza delle D.D.A. che, do-

po l'entrata in vigore della l. n. 48 del 2008, comprende i delitti di terrorismo, di prostituzione e pornografia minorile, i reati informatici e in tema di illecite intercettazioni?

Se e come funziona, in concreto, il flusso delle informazioni mediante l'inserimento degli atti delle D.D.A. nella banca dati, ai fini della completezza e tempestività delle investigazioni e dell'efficace esercizio da parte della D.N.A. delle funzioni di impulso e coordinamento, laddove sia necessario impartire specifiche direttive o dirimere contrasti?

Per altro verso, l'esigenza della cooperazione investigativa e giudiziaria fra le forze di polizia e le autorità giudiziarie dei vari Paesi è, da tempo, fortemente avvertita in campo internazionale, per rafforzare l'azione di contrasto del crimine organizzato transnazionale, ed è consacrata, a livello europeo, dall'istituzione fin dal 2002 di un organismo sovranazionale, l'*Eurojust*, recepito nell'ordinamento italiano con la l. n. 41 del 2005.

Ebbene, la tendenziale verticalizzazione di determinate attività in capo all'*Eurojust* riesce a coniugarsi con le dinamiche del tradizionale modello orizzontale del coordinamento investigativo?

In una più ampia prospettiva, possono coesistere il carattere sostanzialmente "amministrativo" delle attuali attribuzioni di *Eurojust* con la natura "giudiziaria" delle funzioni dello PNA (secondo C. cost., n. 136/2011), alla luce sia della Decisione 2009/426/GAI del 16 dicembre 2008 sia degli artt. 85 e 86 del Trattato di Lisbona – TFUE –, che hanno segnato un significativo salto di qualità circa le prerogative dell'organismo sovranazionale di coordinamento investigativo e giudiziario, anche in vista della costituzione dell'ufficio della Procura europea?

L'originario progetto di coordinamento investigativo va dunque allargando il suo spettro d'azione: dall'ambito più propriamente nazionale al più esteso e variegato panorama continentale. Ma, nella prospettiva dell'implementazione delle funzioni di impulso e coordinamento delle indagini, come potrebbe o dovrebbe essere disegnata l'architettura normativa della struttura delle relazioni tra i diversi protagonisti dello spazio giudiziario europeo?

E infine: come assicurare che l'accentramento dei poteri investigativi non comporti, in nome dell'indispensabile azione di contrasto nei confronti della criminalità organizzata transfrontaliera, anche una caduta o, quantomeno, un riposizionamento delle garanzie individuali?

Salvatore Liotta

A più di 20 anni dall'istituzione della Direzione Nazionale Antimafia e dalla concreta svolta che questa ha impresso al tema del coordinamento delle indagini di mafia, la nota introduttiva suscita riflessioni e suggerisce un percorso che, prima di giungere alla fase valutativa della situazione attuale e delle prospettive operative anche in chiave transnazionale, faccia tesoro dell'esperienza e memoria del contesto storico nel quale ebbe origine il modello organizzativo, oggi attuato.

Il concetto di coordinamento, pur presente già nel pensiero giuridico amministrativo italiano sin dagli anni 40, ha assunto una crescente rilevanza a partire dagli anni in cui, l'applicazione in concreto dei principi costituzionali dell'autonomia e del decentramento, contribuirono alla crescita, nel numero e nelle prerogative, di soggetti istituzionali dotati di propria competenza, funzionale e territoriale<sup>1</sup>, tali da far sorgere la necessità di finalizzare ed ordinare le varie specifiche e distinte attività secondo un disegno unitario in vista di risultati di interesse comune<sup>2</sup>.

Il coordinamento presuppone organi o soggetti che, non trovandosi in rapporto di superiorità gerarchica o di direzione, abbiano necessità di operare in vista della realizzazione di obiettivi comuni – nell'ambito di un disegno unitario – ed all'uopo abbisognino di disposizioni ed indicazioni idonee e funzionali allo scopo, le quali possono essere emanate o da un soggetto *intraneo* alla medesima articolata struttura o posto *ab externo*, che assuma comunque il ruolo del "coordinatore", figura solitamente presente in un siffatto modello organizzativo.

La funzione di coordinamento può essere egualmente realizzata mediante un'intesa "volontaria" degli stessi organi preposti alle attività da finalizzare oppure attraverso la costituzione di organi collegiali che vedano rappresentati esponenti di ciascuna delle entità da coordinare<sup>3</sup>.

Tratto comune a ciascuna delle scelte è la tendenza al "miglioramento del prodotto" cioè all'azione istituzionale e finisce sempre per incidere nelle relazioni giuridiche tra uffici con azione a rilevanza esterna.

In realtà, se nel linguaggio amministrativo era, da tempo, divenuto consue-

<sup>1</sup> Significativo BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957.

<sup>2</sup> In questo senso valido, anche se risalente, il concetto espresso da SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982.

<sup>3</sup> Sempre SANDULLI, *op. cit.*

to l'uso del concetto di coordinamento, e dei correlati termini "direttive" e "impulso", tali strumenti e vocaboli apparivano estranei, almeno fino a qualche anno fa, al linguaggio dell'ordinamento giudiziario; in effetti il "coordinamento" risultava maggiormente congeniale ad un contesto e ad una logica di sostanziale sovraordinazione o "coordinamento verticistico", elementi ostici e difficili da accostare ai "codici" della organizzazione giudiziaria, area semantica ove vigevano con maggior efficacia logiche di "cooperazione" o "coordinamento orizzontale"<sup>4</sup>.

In origine, infatti, prima cioè che si affrontasse con maggiore diffusione e rilevanza il tema del coordinamento tra uffici giudiziari titolari delle indagini, si fece pressante la necessità di coordinare le attività dei distinti e plurali organismi di polizia in vista di un comune e più efficace risultato, soprattutto nei confronti dell'incedere dell'offesa portata dalla criminalità organizzata ai valori fondanti la comunità dei cittadini.

Già dalla seconda metà del secolo scorso, il coordinamento tra le forze di polizia era tema posto "dinanzi alla preoccupata attenzione di studiosi, di esperti del settore e del più qualificato livello politico-istituzionale, nonché della stessa pubblica opinione"<sup>5</sup>.

Di fronte, infatti, alla contemporanea presenza di una pluralità di organismi cui erano, e lo sono ancora, affidati compiti e funzioni di polizia, anche con identica ripartizione territoriale, si assisteva ad una esponenziale crescita del potere d'azione e d'offesa della criminalità organizzata, capace di acquisire, accumulare ed utilizzare una mole sempre più imponente di risorse finanziarie.

Un potere economico che, coniugato allo spregiudicato potere d'intimidazione prodotto dall'uso della violenza, aveva palesemente iniziato a diffondersi in tutti i gangli della vita pubblica locale e nazionale, estendendosi con facilità e capacità operativa anche oltre i singoli confini regionali e statali.

Di fronte alle manifestazioni sempre più eclatante di tale potere illecito, con la sempre più evidente capacità di permeare e condizionare gli ambiti economico-imprenditoriale<sup>6</sup> e politico-istituzionale, cresceva nell'opinione pubblica e tra gli stessi operatori di polizia, alimentata da una vera e propria campagna

<sup>4</sup> Così TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, p. 564.

<sup>5</sup> Così LA MONICA - MAZZA - MARINI - RIONDATO in *Manuale del diritto di Polizia*, Milano, 1993, p. 583.

<sup>6</sup> Cfr. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Bologna, 1983, studio organico sull'evoluzione del fenomeno mafioso, dal suo apporto strumentale alle ragioni ed agli interessi di ceti economicamente forti a soggetto dominante in quei medesimi ambiti.

di stampa, forte e sentita l'esigenza della comune direzione delle attività d'indagine: era diffusa l'opinione che la mancanza di coordinamento dell'attività d'investigazione dei vari organi di polizia costituisse *vulnus* palese dell'efficacia della risposta statale all'offesa proveniente dalla criminalità organizzata, come prima lo era stato per il terrorismo.

Sconnesso e scoordinato appariva, infatti, lo schieramento di più forze di polizia, tutte egualmente concorrenti nell'attività di prevenzione e repressione del crimine<sup>7</sup>, spesso soccombenti di fronte al potere dei gruppi criminali organizzati, forti di potere economico e "militare" ed agilità di manovra, è utile ribadire, anche oltre i confini nazionali.

Per questi motivi, prima ancora del sorgere della necessità di coordinare le stesse attività d'indagine proprie dell'autorità giudiziaria, centrale fu il dibattito e la conseguente produzione legislativa, sul tema del coordinamento delle varie attività di forze di polizia, spesso confliggenti e reciprocamente limitanti in vista del conseguimento del comune risultato.

L'esigenza nasceva dalla palese duplicazione e sovrapposizione di sforzi investigativi che rendevano sterili gli apporti<sup>8</sup> delle singole unità operative delle forze dell'ordine e, per questo, sin dal 1981, nella legge n. 121 del 1° aprile 1981, si attribuì al Ministero dell'Interno l'alto coordinamento dei compiti e delle attività delle forze di polizia mediante l'istituzione dell'apposito Comitato nazionale dell'ordine e della sicurezza pubblica, che vedeva, sotto la presidenza del Ministro, la presenza di un sottosegretario di stato unitamente al capo della Polizia ed ai comandanti generali dei Carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza mentre, a livello periferico, omologa responsabilità veniva assegnata al Prefetto.

All'art. 21 della stessa legge, veniva data facoltà al Ministro dell'Interno di esercitare le sue funzioni di collegamento mediante il potere d'impartire direttive ed emanare provvedimenti per stabilire collegamenti tra le sale operative delle varie forze di polizia.

Veniva così in rilievo, nella legge di riforma dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza, un modello "cauto" di coordinamento, attuato mediante l'istituzione di momenti collegiali quale evidente sintomo del limite rappre-

<sup>7</sup> Già nel 1993 di forze di polizia se ne contavano sei, anche se alcune senza alcun potere d'intervento o indagine nell'ambito della criminalità organizzata.

<sup>8</sup> Icastico il commento di LA MONICA - MAZZA - MARINI - RIONDATO, *op. cit.*, p. 594: "*L'esperienza quotidiana fa assistere, oltre al ripetersi di tradizionali forme di romantica e talora squallida, talora pernicioso rivalità, anche ad una non più soltanto episodica competizione caotica tra le forze di polizia con ruvidi e rovinosi scossoni alla loro stabilità, credibilità e funzionalità*".

sentato dall'autonomia, anche organizzativa, delle singole forze di polizia; in quel tempo, più che alla piena realizzazione del risultato, si tendeva a favorire quantomeno la crescita di una "cultura" del coordinamento, con la progettazione di modelli organizzativi e la previsione di organismi, per lo più collegiali, capaci di fornire direttive utili a tal fine.

Peraltro, nella stessa ottica del coordinamento, questa volta sia dell'attività giudiziaria oltre che delle forze di polizia, si era già mosso l'art. 4 del d.l. 21 marzo 1978, n. 59 convertito con modificazioni in l. 18 maggio 1978, n. 191, che aveva aggiunto al previgente codice di rito sia l'art. 165 *ter* c.p.p. che il precedente art. 165 *bis* c.p.p.

L'art. 165 *ter* c.p.p. (codice Rocco) attribuiva al Ministero dell'Interno, direttamente o per mezzo di ufficiali di polizia giudiziaria appositamente delegati, la facoltà di chiedere all'autorità giudiziaria competente copie di atti processuali e informazioni scritte sul loro contenuto, ritenute indispensabili per la prevenzione di particolari delitti ai quali si aggiungerà, dopo l'entrata in vigore della l. 13 settembre 1982, n. 646, quello previsto dall'art. 416 *bis* c.p.

Tale norma sarà poi sostanzialmente trasfusa nell'art. 118 del "nuovo" codice di procedura penale.

L'art. 165 *bis* c.p.p. 1930, dal canto suo, attribuiva il potere, alle autorità giudiziarie quali giudice istruttore, il pretore e il pubblico ministero<sup>9</sup>, e per i soli procedimenti in corso di istruzione, di ottenere dalla competente autorità giudiziaria, anche in deroga al divieto stabilito dall'art. 307 di quel codice di rito, copie di atti relativi ad altri procedimenti penali e informazioni scritte sul loro contenuto: storicamente, fu proprio questa norma che consentì il ricorso, nei primi anni '80, alle c.d. maxi indagini anche sul versante dei reati legati al fenomeno mafioso<sup>10</sup>.

Degna d'attenzione ai fini di quanto qui dibattuto era la previsione, nell'ambito dell'art. 165 *ter* c.p.p. 1930, della necessità di una richiesta effettuata dall'autorità amministrativa a quella giudiziaria e dalla possibilità per quest'ultima, se valutato non derogabile il segreto *ex* art. 307 di quel codice di rito, di rigettare l'istanza.

Diversamente, la previsione di un eventuale rigetto della richiesta d'informazioni non era previsto dall'art. 165 *bis* c.p.p. 1930 allorquando, cioè, ad

<sup>9</sup> Autorità giudiziarie che in quel codice di rito avevano il compito di istruire i procedimenti prima di giungere al dibattimento.

<sup>10</sup> In questo senso cfr. FERRAJOLI, *Il coordinamento delle indagini nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata*, in *Mafia e Criminalità organizzata*, a cura di Corso, Insolera, Stortoni, Torino, 1995, p. 432.

avanzare istanza fosse stata l'autorità giudiziaria, responsabile dell'istruzione di un procedimento penale.

La differenza appare indubbiamente fondata sulla diversa natura dei soggetti richiedenti, appartenenti alla pubblica amministrazione nell'ipotesi dell'art. 165 *ter* c.p.p. 1930, organi giudiziari quelli dell'art. 165 *bis* stesso codice di rito.

La continua *escalation* della criminalità organizzata ha sempre più reso indispensabili interventi legislativi, anche al fine di individuare strutture nazionali di coordinamento: sono "figli" di quel tempo e di quell'esigenza sia il d.l. 29 ottobre 1991, convertito in l. 30 dicembre 1991, n. 410, con il quale s'istituivano il Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata e la Direzione Investigativa Antimafia (DIA), sia il d.l. 20 novembre 1991, n. 367, convertito con modifiche in l. 20 gennaio 1992, n. 8, istitutivo delle Direzioni Distrettuali Antimafia e della Direzione Nazionale Antimafia.

La D.I.A., nuovo organismo chiamato ad operare in un contesto culturale ancora refrattario al concetto operativo di coordinamento, stentò ad entrare effettivamente in funzione sul piano concreto<sup>11</sup> ma era stato pensato, comunque, con il preciso obiettivo non di far ricorso ad una struttura da sovrapporre a quelle già esistenti bensì con il compito di fornire supporti investigativi per una maggiore efficacia dell'attività svolta dagli organi giudiziari cui era collegato funzionalmente<sup>12</sup>.

Per questi motivi, proprio per evitare che potesse acquisire caratteri di "separatezza" o preludere alla creazione di una quarta forza di polizia anticrimine, essa venne collocata nell'ambito del Dipartimento della Pubblica Sicurezza, istituzionalmente preposto all'attuazione della politica dell'ordine e della sicurezza.

L'art. 3, comma 1, l. n. 410/91 ha attribuito alla DIA compiti d'investigazione preventiva, con competenze nell'intero settore della criminalità organizzata, e di investigazione giudiziaria limitatamente ai soli delitti di tipo mafioso.

Nel testo delle legge istitutiva si legge che i compiti affidati a quella Direzione hanno, come scopo, quello di assicurare lo svolgimento delle attività d'investigazione in forma coordinata, collegandola in via funzionale con la struttura della D. N.A.

La coeva approvazione della legge di conversione n. 8/1992 del d.l.

<sup>11</sup> Organismo che sarebbe "sorto da un dibattito politico alimentato dalle pressioni, interferenze ed insistenze dell'alta direzione e degli alti comandi delle forze di polizia che la costituiscono" rappresentante un "esile compromesso..."; così LA MONICA - MAZZA - MARINI - RIONDATO, *op. cit.*, p. 602.

<sup>12</sup> Cfr. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 447.

n. 367/91, istitutiva appunto delle Direzioni Distrettuali Antimafia e della Direzione Nazionale Antimafia, rendeva esplicito come i “nuovi” organismi di coordinamento, delle forze di polizia la prima e degli uffici del Pubblico Ministero le seconde, rappresentassero l’uno il *pendant* degli altri, con riferimento alla coordinanda azione degli uffici del pubblico ministero.

Realizzare in concreto il coordinamento delle attività di polizia non poteva, infatti, non tradursi nella necessità d’interventi anche – e diremmo soprattutto – sul potere di direzione delle indagini.

Nella necessità di assicurare con legge meccanismi di coordinamento per un più efficace e sinergico funzionamento degli uffici del pubblico ministero, si avverte fortemente l’originalità dell’intuizione, prima, e dello sforzo di tradurre in legge e prassi, dopo, che caratterizzarono il pensiero e l’operato di Giovanni Falcone.

Se, infatti, in principio l’esigenza maggiormente avvertita era il coordinamento dell’attività investigativa delle varie forze di polizia, una prospettiva “leggermente” più lungimirante, con l’entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, portò ad attribuire crescente rilevanza ed attenzione al rapporto tra polizia e Pubblico Ministero, oramai unico dominus delle indagini preliminari.

Falcone, dopo l’esperienza del pool dell’Ufficio Istruzione di Palermo, aveva percepito chiaramente come concretamente sussistesse il “*il rischio di duplicazione d’indagini sugli stessi fatti ad opera di autorità giudiziarie diverse*” e che – anche per evitare la formazione di giudicati contraddittori – evidenziava la necessità “*di un coordinamento efficace tra gli uffici, per poter effettuare le indagini complesse, al di là dell’insufficiente coordinamento spontaneo previsto dal codice* – riferito alla vecchia formulazione dell’art. 371 c.p.p. – *con una precisa disciplina circa il funzionamento di gruppi di lavoro all’interno degli uffici e la predisposizione di rimedi specifici volti alla risoluzione di contrasti fra i magistrati inquirenti relativamente alle tecniche investigative da adottare e* – conseguentemente – *sui concreti provvedimenti da prendere*”, non evitando di rimarcare a chiare lettere che “*in tanto ci sarà coordinamento tra i diversi uffici del pubblico ministero, in quanto tutti gli uffici interessati avranno la sensibilità e la professionalità necessarie per rendersi conto della indispensabilità del coordinamento e avranno sufficiente umiltà per accantonare deprecabili personalismi*”; prospettiva, questa, suggerita dalla paventata più che concreta possibilità che “*...il prevedere che il coordinamento debba operare su base consensuale e debba risultare dall’autonoma decisione di ciascun pubblico ministero competente si risolverà nell’assoluta aleatorietà del coordinamento stesso e favorirà l’accentua-*

zione dei personalismi tra i vari titolari delle inchieste che possono essere affrontate solo in una visione globale ed unitaria...<sup>13</sup>.

Falcone poneva quindi alcuni temi chiave: a) la probabilità che eventuali duplicazione d'indagini potessero condurre a contraddittori giudicati, oltre che produrre spreco di risorse, umane e finanziarie; b) la necessità di una maggiore efficacia operativa derivante dal collegamento, anzi dal coordinamento, dell'operato dei vari uffici del pubblico ministero; c) la sfiducia nella possibilità del coordinamento spontaneo, affidato cioè esclusivamente alla sensibilità dei titolari delle indagini; d) la correlata necessità di prevedere rimedi alla risoluzione di conflitti tra uffici territorialmente competenti; e) l'utilità del lavoro in gruppo.

In questo senso, la istituzione delle Direzioni Distrettuali Antimafia e della Direzione Nazionale Antimafia, ha certamente fornito solide risposte ad alcuni dei problemi originariamente sollevati da Falcone. Soprattutto in relazione alla necessità di contrapporre all'azione della criminalità organizzata e di stampo mafioso un efficace coordinamento delle indagini di mafia a livello locale, determinando un ambito più esteso di competenza, rispetto a quello originario delle singole procure territoriali.

L'art. 5 d.l. n. 367/1991, convertito in l. n. 8/1992, ha introdotto nelle disposizioni dell'ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) l'art. 70 *bis* che stabilisce, per la trattazione dei reati indicati dall'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p., l'obbligo per il Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto di Corte d'Appello di costituire una Direzione Distrettuale Antimafia, designandone, sentito il Procuratore Nazionale Antimafia, magistrati prescelti sulla base di specifiche attitudini ed esperienze professionali.

Le Direzioni Distrettuali Antimafia rappresentano, quindi, il primo livello, nell'ambito geografico locale, di uffici specializzati del pubblico ministero, caratterizzati dall'esercizio delle funzioni nei procedimenti riguardanti i reati elencati nell'art. 51, comma 3 *bis* c.p.p., e costituite nell'ambito territoriale delle Procure della Repubblica presso i tribunali aventi sede nei capoluoghi delle Corti d'Appello e alla loro peculiarità territoriale fa da contraltare, ad un secondo livello e su base nazionale, la Direzione Nazionale Antimafia, istituita nell'ambito della Procura Generale presso la Corte di Cassazione<sup>14</sup>.

D'altra parte, già la dimensione distrettuale era stata individuata dall'art.

<sup>13</sup> FALCONE, *Lotta alla criminalità organizzata e nuovo modello processuale*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 248 ss. riportato da FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 436.

<sup>14</sup> In questo senso, FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 474.

9 D.Lgs. 14 gennaio 1991, n. 12 che aveva introdotto nell'ordinamento l'art. 118 *bis* disp. att. C.p.p.: norma con la quale si affidava ai Procuratori generali presso la Corte d'Appello il compito di promuovere il coordinamento delle indagini relative ai delitti più gravi prevedendosi, all'uopo, un obbligo d'informativa dei procuratori della Repubblica circa l'apertura d'indagini per i delitti di cui all'art. 407 cpv. lett.a) c.p.p.<sup>15</sup>.

L'obbligo di cui si è detto sopra non rappresentava ancora, però, il "correttivo" alla tendenza a privilegiare il coordinamento spontaneo tra uffici del pubblico ministero e a cui faceva espresso cenno, in termini problematici, Falcone nel 1989; ma nello stesso anno, 1991, si registrò una decisa inversione di tendenza, con la previsione di rimedi autoritativi all'inefficacia del coordinamento spontaneo. Con l'introduzione del comma 1 *bis* dell'art. 372 c.p.p.<sup>16</sup>, infatti, si assegnava al procuratore generale presso la Corte di Appello il potere di disporre, con decreto motivato, l'avocazione delle indagini relative ai delitti previsti dall'art. 407 comma 2 lett.a) c.p.p. nonché per quelli commessi avvalendosi dalle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p., nell'ipotesi di indagini collegate per le quali non risultasse effettivo il coordinamento previsto dall'art. 371 comma 1 c.p.p. o fossero rimaste senza esito le riunioni per il coordinamento disposte o promosse dal PG presso la Corte territoriale anche d'intesa con altri procuratori generali interessati<sup>17</sup>.

Il processo legislativo continuò, sino a giungere, infine, alla più radicale scelta di concentrare la titolarità delle indagini in materia di criminalità mafiosa in capo soltanto a taluni uffici, le D.D.A. appunto.

La scelta distrettuale, oltre che funzionale ad una migliore e più razionale dislocazione territoriale, fu motivata dall'esigenza di creare realtà organiche stabilmente costituite in forma di *pool* investigativi, dinamici ed efficienti, per la trattazione di procedimenti, quali quelli di criminalità mafiosa, che richiedevano professionalità specifiche e che, tendenzialmente, sconsigliavano l'assegnazione a gruppi solo occasionalmente formati<sup>18</sup>.

Tra i criteri da utilizzare per valutare le professionalità richieste ai fini del

<sup>15</sup> Cfr. MELILLO, *Procedimenti connessi e coordinamento delle indagini in materia di delitti di criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2416.

<sup>16</sup> Attraverso l'art. 3 d.l. n. 292/91 convertito nella l. 8 novembre 1991, n. 356.

<sup>17</sup> L'art. 8 l. n. 8/1992 modificò tale norma, limitando il potere d'avocazione a un diverso elenco di reati non caratterizzati dalla tipologia mafiosa, da quella legge attribuito alla istituita Direzione Nazionale Antimafia.

<sup>18</sup> Cfr. D'AMBROSIO, *I pubblici ministeri antimafia: prime considerazioni sul d.l. 367/91*, in *Doc. giust.*, 1991, n. 12, p. 29.

“reclutamento” nelle nuove realtà specializzate spiccavano adesso, ben delineate nella normazione di tipo secondario che definiva le concrete modalità di applicazione della legge<sup>19</sup>, l’individuazione delle “specifiche attitudini” desunte, tra le altre, dalla capacità dimostrata di direzione della polizia giudiziaria oltre a quella di saper operare in gruppi di lavoro, dalla proficua partecipazione ai corsi “Giovanni Falcone” (a partire dal 1 gennaio 1994) sulle tecniche di indagine, dalla competenza mostrata in ordine alla gestione informatizzata di dati processuali<sup>20</sup>.

Viene fuori un nuovo modello di magistrato, specificamente preparato, maggiormente rispondente ad un profilo d’innovazione della figura e delle funzioni da svolgere, dotato di competenze nell’utilizzo delle nuove tecniche d’indagine e gestione dei dati e, soprattutto, disponibile al lavoro in gruppo.

L’esperienza del *pool* antimafia cioè di un gruppo di magistrati esclusivamente “destinati” a quel particolare tipo di reati, che pure era stata oggetto di critiche anche – se non soprattutto – nell’ambito della magistratura, veniva, così, sostanzialmente codificata e valorizzata come elemento di valutazione per la destinazione al nuovo ufficio.

V’è da dire che il modello del *pool* era già stato “volontariamente” adottato in alcune realtà territoriali le quali, pertanto, nessun problema ebbero nell’adeguare la loro attività operativa<sup>21</sup> alle nuove figure ed ai nuovi uffici ma è altrettanto vero che in altre zone del paese la creazione di tali Direzioni Distrettuali venne avvertita come un giudizio negativo sul precedente operato delle locali Procure<sup>22</sup> e, comunque, come l’introduzione di una sorta di gerarchia funzionale tra uffici, fino a quel momento, aventi pari competenza e rilievo.

Sussisteva al tempo, invero, “*un’avversione diffusa per la costruzione verticistica dell’ufficio requirente e, all’inverso, la tendenza a privilegiare la diffusività*”

<sup>19</sup> Il CSM, con Circolare prot. n. P-93-02596, approvata dal *plenum* nella seduta del 13 febbraio 1993 e relativa proprio all’art. 70 *bis* ord. giud., ha indicato, per la formazione delle D.D.A., i criteri di professionalità da valutare per la scelta dei magistrati da includere.

<sup>20</sup> Dettagliata indicazione dei criteri dettati dalla Circolare sopra indicata si rinviene in FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 471 ss.

<sup>21</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 477 sottolinea l’entusiasmo manifestato riguardo l’istituzione delle procure distrettuali antimafia dal Procuratore Generale presso la Corte d’Appello di Milano nella relazione per l’inaugurazione dell’anno giudiziario 1993.

<sup>22</sup> Si veda sul punto “*La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata*”, Relazione della commissione parlamentare antimafia 1991 a firma dell’on. Violante su *Cass. pen.*, 1992, p. 482. Emblematica è la citazione di un rilievo avanzato da un senatore riguardo alla previsione dell’istituzione della Procura distrettuale che, secondo l’esponente politico, avrebbe privato delle specifiche competenze procure della Repubblica “*che hanno dimostrato grandi capacità professionali, come quella di Palmi*”.

*del potere d'indagine*<sup>23</sup>, in questo senso, il nuovo codice di procedura penale del 1988 si caratterizzò *ab initio*, da un lato, con l'esigenza di limitare gli effetti della connessione, fonte dei processi cumulativi di quegli anni (i maxi processi)<sup>24</sup>, dall'altro, con la precisa volontà di porre argine e freno "*all'esaltazione mistica di pubblici ministeri e giudici istruttori (...) una sorta di tentativo di anticipazione sperimentale di giudizio universale*"<sup>25</sup> non valutando che essi erano (anche) il riflesso operativo di realtà criminali ben presenti nella dinamica e nel tessuto sociale.

In particolare soprattutto la nascita della Direzione Nazionale Antimafia, composta da magistrati con competenze in qualche modo sovra ordinate, fu accompagnata dal sorgere di accese polemiche che palesavano un alone di diffidenza e di marcata convinta non accettazione del nuovo organo tra i magistrati del Pubblico Ministero: prima obiezione rivolta alla figura del Procuratore nazionale era quella di essere caratterizzata da una potenzialità verticistica che avrebbe comportato una riduzione della indipendenza della magistratura inquirente<sup>26</sup>.

In realtà, può serenamente sostenersi che l'humus da cui prendeva vita questo tipo di critica derivasse, soprattutto, dalla personalità e dal profilo autorevole dei nomi dei magistrati che, in quel primo tempo, vennero accostati al ruolo da ricoprire, *in primis* lo stesso Falcone.

In particolare, all'interno di ampi settori della magistratura organizzata, si riteneva che questo nuovo soggetto andasse ad incidere sugli assetti ordinali della magistratura stessa, e quindi anche sui profili di legittimità costituzionale.

Tali timori e resistenze erano i sintomi evidenti di "*pregiudizi ideologici (...) e della difficoltà di accettare e praticare compiutamente la nuova cultura della "socializzazione del sapere"*" e del coordinamento effettivo dell'attività d'indagine<sup>27</sup> da realizzare su tutto il territorio nazionale.

Polemiche e resistenze fecero sì che le norme varate dal legislatore nazionale fossero emendate da ogni forma di superiorità gerarchica, evitando di dare poteri di indagine al procuratore nazionale antimafia e limitando, la sovra

<sup>23</sup> D'AMBROSIO, *op. cit.*, p. 19.

<sup>24</sup> Anche perché quell'esperienza era stata foriera di pregiudizi per la valutazione delle singole posizioni degli imputati, soprattutto per quelli di minore rilevanza nell'economia dell'indagine.

<sup>25</sup> Sono termini adoperati da G. MELILLO, *op. cit.*, p. 2415.

<sup>26</sup> In questo senso MARITATI, *Coordinamento delle indagini nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata. Il ruolo della D.N.A.* in *Quaderni del C.S.M., I delitti di criminalità organizzata*, II, n. 99, 1998, p. 23 e ss.

<sup>27</sup> Così MARITATI, *op. cit.*

ordinazione, alla conoscenza, al coordinamento ed all'impulso delle indagini (art. 371 *bis* c.p.p.) per i reati di criminalità mafiosa tassativamente elencati nell'art. 51 comma 3 bis c.p.p.

Anche se, va sottolineato, con l'art. 371 *bis*, comma 2, lett. h, c.p.p.) venne assegnato al Procuratore Nazionale Antimafia la possibilità di disporre, con decreto motivato reclamabile avanti al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, l'avocazione delle indagini preliminari con attribuzione delle stesse ad un magistrato della stessa D.N.A. e ciò nelle ipotesi di inefficacia delle riunioni indette per il coordinamento delle stesse, nonché d'inerzia perdurante ed ingiustificata nell'attività d'indagine dell'ufficio precedentemente assegnatario o di violazione dei doveri disciplinati dall'art. 371 ai fini del coordinamento delle indagini.

Per la verità solo in quest'ultima e limitata ipotesi la nuova figura del pubblico ministero può essere considerata quale organo di gestione diretta delle indagini ma ciò, per il legislatore, non doveva essere letto come un vulnus all'indipendenza della magistratura inquirente perché, secondo la relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 367/91, "*l'avocazione delle stesse (indagini)... è istituto tipico del processo che sottende situazioni altrettanto tipizzate, di inerzia nelle conduzioni della attività investigativa*"<sup>28</sup>.

Ed in concreto, a distanza di due decenni d'attività, può dirsi che l'azione della procura nazionale antimafia si sia mossa più nell'ambito di un coordinamento di tipo orizzontale più che verticistico, non risultando esser mai stato esercitato il potere di avocazione, raramente quello d'impartire direttive alle procure distrettuali, risultando diffuso, invece, e quasi quotidiano il ricorso a riunioni ed incontri per il coordinamento<sup>29</sup>.

Eppure, con il d.l. n. 367/1991, convertito nella l. n. 8/1992, si tendeva a superare la diffidenza verso forme di coordinamento delle indagini tra i vari uffici del pubblico ministero, con l'istituzione, appunto, delle direzioni distrettuali antimafia sul territorio, e della direzione nazionale antimafia a livello centrale e con la previsione di un potere di direttiva in capo al procuratore nazionale e di coordinamento ed impulso anche al procuratore distrettuale, con la correlata previsione di poteri autoritativi in capo ai procuratori generali ed al Procuratore Nazionale Antimafia.

A ciò si aggiunga la novità dell'introduzione di un articolato sistema di ri-

<sup>28</sup> Così *Relazione al disegno di legge n. 3066/S di conversione in legge del decreto legge 20 novembre 1991 n. 367* in *Documenti Giustizia*, 1991, c. 161 s., dove è evidente l'intenzione di confutare, con tutta la chiarezza possibile, le censure mosse alla modifica ordinamentale.

<sup>29</sup> TURONE, *op. cit.*, p. 575 s.

soluzione dei conflitti tra uffici del pubblico ministero, con la previsione, nei “nuovi” artt. 54 *bis* e *ter* c.p.p., di un potere di risoluzione dei conflitti affidato al procuratore generale presso la Corte d’Appello ed al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, a seconda dei diversi ambiti territoriali relativi alla collocazione territoriale degli uffici del pubblico ministero interessati, se cioè ricompresi nel medesimo ambito distrettuale o coinvolgenti diversi distretti.

La maggiore incidenza dei poteri di coordinamento si esplicitava in stretta relazione alla mutata e più estesa rilevanza della disciplina della connessione tra reati in rapporto al collegamento d’indagine, quale unico antidoto alla dispersione ed alla polverizzazione delle conoscenze ed insieme alla possibile conflittualità processuale derivante da concorrenti rivendicazioni della titolarità delle indagini.

È innegabile che, a seguito dell’impulso dato all’istituto del coordinamento delle indagini, si sia diffusa una diversa cultura del collegamento tra uffici – in precedenza condizionata dalle volontà individuali – fondata sulla circolazione delle notizie e su una comunanza di prassi e metodi di lavoro che ha influito, e non poco, anche sulla cultura e sulla prassi professionale degli altri soggetti del procedimento e del processo, cioè i giudici e la classe forense.

Ed è proprio ponendosi nelle diverse ottiche professionali che, infatti, è possibile dare risposta ai quesiti posti con la nota introduttiva.

a) Un’analisi sul piano empirico, finalizzata a valutare oggi se giustificati o meno fossero i timori nutriti sui pericoli di controllo ed interferenza esterna delle nuove strutture sull’attività delle procure territoriali<sup>30</sup>, può serenamente essere compiuta.

Dalla loro istituzione, le D.D.A., che certamente costituiscono l’ufficio maggiormente “sollecitato” in molte aree del paese, hanno assunto, al di là della mera osservanza del dettato normativo, un ruolo di riferimento concreto ed assolutamente inderogabile, a livello territoriale, per lo svolgersi delle indagini per i reati di cui all’art. 51 c.p.p.

Non può negarsi che, nei primi anni di vigenza delle norme, problemi di coordinamento tra le diverse procure ordinarie e quella distrettuale sono sorti anche, se non soprattutto, per la difficoltà in molti casi di rilevare *prima facie* “le ipotesi di mafiosità” del delitto accertato, e ciò sino a quando le prime indagini non consentivano di definire meglio le caratteristiche della fattispecie. Nelle more, la lettura degli indizi di riconoscimento della condotta potevano

<sup>30</sup> Cioè situate presso i Tribunali non di capoluogo di Corte d’Appello.

portare a diverse, e contrapposte, vedute sulla caratterizzazione dell'illecito, tali da avere spesso determinato l'intervento di coordinamento dei procuratori generali presso le Corti d'appello, attraverso lo strumento delle riunioni *ex art.* 118 *bis* disp. att. c.p.p., oppure giungendo alla risoluzione dei contrasti, sollevati formalmente, con gli strumenti procedurali previsti dagli artt. 54 e ss. c.p.p.<sup>31</sup>.

La consolidata, e ormai risalente, giurisprudenza di legittimità, nell'ipotesi di conflitto tra procura distrettuale e procura ordinaria sulla natura mafiosa o meno dei reati oggetto delle investigazioni, ha all'uopo introdotto il principio per cui, nella fase iniziale delle indagini preliminari – in cui sussistono ipotesi di lavoro da verificare non sempre sorrette da elementi univoci o chiari – non possono essere adottati criteri restrittivi per determinare la competenza del procuratore distrettuale, attesa la precipua finalità di coordinamento di questa figura per i fatti di mafia le cui indagini “presuppongono e comportano una più completa ed approfondita conoscenza del fenomeno mafioso”<sup>32</sup>.

Allo stesso modo l'azione di coordinamento prodotta dall'attività della D.N.A., in uno al lavoro di collegamento investigativo della D.I.A., ha consentito lo sviluppo di una risposta al fenomeno mafioso fondata sull'acquisizione, ed elaborazione, di una maggiore quantità di informazioni e notizie che ha consentito una “radiografia” del fenomeno su basi territoriali più estese e “collegate”<sup>33</sup>, determinando vaste operazioni investigative di contrasto con esiti processuali conseguenti.

L'individuazione di magistrati con maggiore esperienza e, quindi, di maggiore “personalità”, per la costituzione di queste sezioni dell'ufficio del pubblico ministero ha consentito l'adozione di una prassi organizzativa, partita negli uffici di maggiore consistenza per poi estendersi a tutti gli altri, fondata sulla creazione di aree di ulteriore “specializzazione” locale – le c.d. “aree geocriminali” – all'interno delle singole D.D.A.

In ragione di tale scelta, la titolarità delle indagini relative ai reati commessi da singoli gruppi o ben determinate “famiglie” mafiose dislocate in specifiche porzioni del territorio, viene solitamente attribuita non ad un unico sostituto ma a un gruppo di lavoro, composto da due o tre magistrati, conseguendo così il risultato di poter condividere una maggiore conoscenza “storica” del feno-

<sup>31</sup> Cfr. TURONE, *op. cit.* p. 558 e s.

<sup>32</sup> Cass., 8 maggio 1993 (ud. 15 marzo 1993), conflitto tra GIP Barcellona P.G./GIP Messina, inedita, riportata testualmente da TURONE, *op. cit.*, p. 559.

<sup>33</sup> Sulla “colonizzazione” delle ragioni del Nord Italia da parte delle organizzazioni mafiose Cfr. D.I.A. Relazione I semestre 2011.

meno, ulteriormente specificata per gruppi o clan che operano sul territorio; va aggiunto che l'attribuzione della titolarità dell'indagine al piccolo "pool", piuttosto che ad un solo sostituto, impedisce di rendere facilmente individuabile un singolo magistrato come "unico" soggetto responsabile delle indagini.

Innegabili, in tale scelta, le migliori possibilità di effettivo e concreto coordinamento delle indagini e la garanzia che l'eventuale trasferimento ad altra sede di uno dei magistrati assegnatari non cagioni lo stallo delle indagini.

Nata come soluzione empirica, adottata dai singoli uffici, questo modello d'organizzazione è stata successivamente "codificata" da circolari organizzative del CSM, a riprova di come le *best practices*, cioè la positiva sperimentazione di innovazioni organizzative e di miglioramento della qualità dei servizi, assurgano poi a regole generali positivamente statuite.

L'istituzione delle Direzioni Distrettuali Antimafia, inoltre, sia in ordine alla dimensione plurale della composizione, sia in relazione alla richiesta anzianità di servizio e alle altre esperienze maturate, valutate come criteri di scelta, ha fatto – *rectius*, dovrebbe aver fatto – sì che i rapporti con gli organi investigativi, DIA e comandi specializzati delle forze dell'ordine, appaiano effettivamente fondati su un paritetico serrato confronto, ciascuno secondo i propri ruoli, tale da determinare un effettivo contributo alla "formazione di un sapere investigativo ed unitario".

La convergenza in un unico centro delle informazioni relative alla criminalità organizzata ed affidate ad unico ufficio titolare delle indagini, a sua volta posto in rapporto di coordinamento con un organismo giudiziario a base nazionale, cui è funzionalmente collegata la Direzione Investigativa Antimafia, ha indubbiamente contribuito a porre le basi per un comune e condiviso sapere investigativo specializzato, reso unitario dalla collocazione ordinamentale delle D.D.A. in rapporto alla D.N.A.

Sulla base di questa esperienza, quindi, è possibile affermare<sup>34</sup> come sia stata sempre più caratterizzata da progressiva effettività la funzione di direzione delle indagini in capo alla Direzione Distrettuale, grazie anche alla capacità di coordinamento della D.N.A.: la concentrazione delle informazioni, e la conseguente coordinata valutazione, ha infatti consentito anche – se non soprattutto – di rendere concreto la funzione e la titolarità della direzione delle stesse.

È innegabile che, nella disciplina previgente, i comandi delle varie forze dell'ordine, connotate da un modello organizzativo fondato sulla gerarchia e, comunque, caratterizzate da un sostanziale coordinamento interno con la

<sup>34</sup> Anche se a volte ciò non si realizza.

formazione di quadri dirigenti dotati di specifica competenza e professionalità e ricchi di un patrimonio di conoscenza frutto di tale concertato lavoro, si trovassero spesso ad avere, come unici interlocutori, sostituti procuratori dalla limitata esperienza professionale, ancor privi, quindi, del necessario bagaglio storico di conoscenze del fenomeno, anche a livello territoriale, per indagini attinenti a notizie di reato su fatti di criminalità organizzata da attribuire, a quel tempo, comunque alla titolarità della procura locale.

In tali frangenti la direzione delle indagini, formalmente in capo all'autorità giudiziaria, era, spesso, in realtà "affidata" alla maggiore esperienza ed alla maggiore autorevolezza degli ufficiali e dei dirigenti delle varie polizie, con evidenti possibili distorsioni derivanti da una carenza di concertazione comune tra varie forze di polizia, non utili alla formazione di un quadro probatorio complessivo e, nei casi estremi, dal riproporre intuizioni investigative, fondate su chiavi di lettura non suffragate da sufficienti elementi indiziari, quali paradigmi da sottoporre al vaglio processuale.

Il modello della concentrazione della titolarità delle indagini a livello distrettuale, lungi dall'essere stato in concreto strumento di interferenza e controllo delle iniziative delle Procure locali, ha, invece, consentito di meglio affrontare il problema – sempre più ricorrente – di dare stabilità alla direzione ed impulso delle indagini evitando i nocimenti cagionabili (e spesso, si ribadisce, cagionati) dalla mobilità dei magistrati delle procure territoriali e dalla precarietà e dal sottodimensionamento effettivo degli organici.

Proprio in relazione ai rapporti tra D.D.A. e procure locali, sin dai primi anni di vigore della l. n. 8/92, si è via via affermata una soluzione organizzativa di concreto coordinamento, fondata sulla disposizione dell'art. 110 *bis* ord. giud. secondo il quale è possibile l'applicazione per il singolo procedimento del sostituto procuratore territoriale cui era stata affidata la originaria titolarità dell'indagine, poi rivelatasi di competenza distrettuale, in coassegnazione al sostituto della D.D.A.; ciò con evidenti ricadute pratiche non solo per la successiva fase del giudizio dibattimentale, grazie all'attenuazione degli oneri di spostamento verso la sede processuale per il P.M. distrettuale, ma anche perché in tal modo non si dà luogo alla possibile dispersione del patrimonio iniziale di conoscenza, mantenendo un solido rapporto con le forze di polizia impegnate sul territorio.

In molti casi, il potere di emanare direttive sulle concrete attività della polizia giudiziaria, in capo ai Procuratori Generali presso le Corti d'Appello ed in funzione dei meccanismi di coordinamento delle indagini, ha consentito di superare problemi pratici di diversa natura, quale quelli, ad esempio, determi-

nati dalla corretta valutazione delle notizie di reato da iscrivere al cd. modello 44, cioè quando siano ancora ignoti gli autori del fatto o le generalità non siano vere o vi sia il dubbio sull'effettività delle stesse<sup>35</sup>.

Si pensi ad una serie di azioni minacciose rappresentate dal rinvenimento di bottiglie di benzina nei pressi di punti vendita di un'azienda con diverse dipendenze, locate in città diverse, ricadenti nel territorio di competenza di diverse procure, contenute o meno nel medesimo distretto di Corte d'appello.

Pur dando per ammesso che, in fattispecie simili, le caratteristiche delle azioni possano apparire palesemente da ricondurre a modalità mafiose, tuttavia la carenza di elementi identificativi sui possibili autori del fatto può produrre l'avvio di distinte indagini soggettivamente agnostiche che, proprio per questa caratteristica, potrebbero non essere ritenute di competenza distrettuale o passibili di interventi di coordinamento. Ergo, le singole iscrizioni correranno il rischio di restare confinate nei modelli 44 delle singole procure, determinando un pregiudizio all'impulso ed alla tempestività di indagini, invece, passibili di collegamento.

In casi del genere, concretamente realizzatisi nella pratica corrente, grazie ai poteri d'impulso e promozione del massimo coordinamento possibile, alcuni procuratori generali distrettuali, in sintonia con le singole direzioni distrettuali, hanno ovviato a tale incongruenza provvedendo ad emanare direttive alla polizia giudiziaria in virtù della quali è divenuto onere specifico per le diverse le forze di polizia redigere una doppia C.N.R., l'una inviata alla competente procura territoriale e la seconda, invece, inoltrata alla Procura Distrettuale, allorché le modalità concrete di manifestazioni delle condotte – malgrado non sia stato accertato il possibile coinvolgimento di soggetti di cui si sospetti o sia stata accertata l'appartenenza o la contiguità a consorterie mafiose – depongano per la possibile qualificazione mafiosa su cui indagare. Di tal che l'immissione delle notizie di reato nelle banche dati distrettuali (SIDDA) e la conseguente registrazione in quella nazionale (SIDNA), possa consentire ai magistrati della D.D.A. una "lettura" maggiormente compiuta del fenomeno concreto con la possibilità di iniziare un'attività d'indagine sul possibile tentativo di porre in essere reati di matrice mafiosa caratterizzati dalla multiterritorialità.

Sono esempi concreti che mostrano come l'istituzione delle Direzioni Antimafia, Distrettuali e Nazionali, abbiano consentito la nascita e lo sviluppo di una cultura del coordinamento delle indagini, valorizzando comunque apporti

<sup>35</sup> Per una più ampia trattazione MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero*, Padova, 2001, p. 251 e ss.

e conoscenze degli organi di polizia e delle procure competenti per territorio, attraverso modelli organizzativi e direttive che travalicano il caso singolo per porsi come prassi consuete.

In più, una sapiente ed unitaria gestione, anche informatica, dei dati d'indagine ha certamente consentito di fare tesoro della memoria d'indagine, patrimonio di vari corpi di polizia e di diverse procure, di tal che il flusso delle informazioni consente di giungere tempestivamente a collegare dati oggettivi altrimenti non valutabili nella loro rilevante consistenza strumentale: reale è, però, il "pericolo" che le informazioni acquisite, e successivamente elaborate, rappresentino "immagini" di preliminari ipotesi di lavoro di inquirenti, prima, e pubblico ministero, dopo, e che il dato raccolto, conservato e successivamente "riesumato" mediante l'interrogazione delle banche dati, non contenga anche la sua eventuale confutazione dibattimentale.

Accade ciò quando il dato indiziario, raccolto ed "interpretato" in sede d'indagini, successivamente sottoposto al vaglio dibattimentale e quindi al contraddittorio ed alla possibilità della confutazione per prova contraria, palesi la sua inconsistenza o la sua diversa conduzione (in senso favorevole all'imputato) e muti, quindi, la sua valenza integrativa del quadro indiziario: se tale nuova circostanza non è acquisita nel medesimo sistema informatico, il rischio di letture fallaci che rendano sostanzialmente inconsistente la struttura originaria dell'indagine è altamente concreto e potenzialmente idoneo a vulnerare, in ogni caso, il compendio dei diritti di quell'indagato cui l'emergenza indiziarica è relativa.

Non è di secondo piano anche la considerazione del dialettico rapporto tra Avvocatura e Magistratura<sup>36</sup>; con un ufficio del pubblico ministero maggiormente attrezzato e dotato di saperi investigativi specializzati di maggiore entità e pregnanza, anche l'avvocatura, per svolgere il proprio mandato difensivo con effettività e concretezza, deve di più "conoscere" ed innovarsi.

Ciò non per spirito di casta o tutela d'interessi della classe forense ma perché, a fronte di un estendersi di potenzialità investigative e di conoscenze del pubblico ministero, un maggiormente consapevole esercizio dell'attività difensiva dovrebbe costituire, pur nell'evidente diverso peso e ruolo delle due fi-

<sup>36</sup> Appaiono quanto mai opportune e "profetiche" le parole di Piero Calamandrei: *"In questo dialogo tra il giudice e l'avvocato, non direi che il giudice sia il protagonista: quello che conta è il binomio costituito da questi due termini inscindibili, la relazione di reciprocità che passa tra queste due forze, nell'equilibrio delle quali si riassumono tutti i problemi, giuridici e morali, dell'amministrazione della giustizia"*; così CALAMANDREI, *Prefazione alla terza edizione*, in *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, Milano, 1999.

gure, elemento d'equilibrio e garanzie dell'effettività della tutela dei diritti dei cittadini, come sancito dall'art. 111 della Costituzione e, di recente, ribadito all'art. 2, comma 2, l. 31 dicembre 2012, n. 247<sup>37</sup>.

E, sempre nella considerazione dei mutati rapporti tra i soggetti della dialettica processuale, non può non essere fatto rilevare che, a seguito delle novelle del 1991, per la prima volta si è ribaltata la prospettiva tradizionale relativa alla determinazione della competenza – o meglio, alle regole di determinazione della titolarità delle indagini – del PM: se prima ciò discendeva dalla attribuzione della competenza territoriale del giudice di fronte al quale il pubblico ministero esercitava le sue prerogative adesso, con l'introduzione dell'art. 328, comma 1 *bis* c.p.p., sono le competenze del giudice ad essere fatte derivare dalla riserva di attribuzione in favore dell'ufficio inquirente<sup>38</sup>.

Saranno, infatti, il Giudice per le Indagini Preliminari e quello dell'Udienza Preliminare del Tribunale del capoluogo del distretto di Corte d'Appello nel cui ambito ha sede il giudice competente (secondo le previgenti norme, si aggiunga) a svolgere le funzioni assegnate dal codice di rito.

Sarà, quindi, svolta in sede distrettuale l'udienza preliminare, radicandosi, in caso di scelta di riti alternativi, la competenza a svolgere il giudizio e ad emettere la sentenza di primo grado: ne deriva che l'applicazione delle “nuove” regole sulla connessione e l'individuazione del giudice competente per territorio e funzione sulla scorta delle disposizioni dell'art. 328 c.p.p., ha creato, oltre all'ufficio specializzato del pubblico ministero, anche un vero e proprio foro “parallelo”, predeterminato per legge<sup>39</sup>, incidente sull'esercizio della giurisdizione.

Se, in questo caso, non si può parlare di un tribunale – rectius di un giudice – specializzato, non vi è dubbio alcuno che la determinazione della competenza in capo ad un unico ufficio giudiziario distrettuale consente, o quanto meno dovrebbe consentire, da un lato, il formarsi di una esperienza e di un sapere tale da fornire al decidente una maggiore autonomia concettuale rispetto alle prospettazioni dell'accusa, dall'altro una giurisprudenza maggiormente consolidata, che può essere oggetto di valutazione da parte dei difensori ai fini dell'adozione delle scelte sul rito.

V'è solo da aggiungere, come notazione a margine, che la diversa modulazione delle norme sulla connessione, in uno alla concentrazione delle indagini e della ridefinizione della norme sulla competenza e sull'individuazione del Gip

<sup>37</sup> “Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense”.

<sup>38</sup> Così MELILLO, *op. cit.*, p. 2416.

<sup>39</sup> Tale pertanto da superare censure di costituzionalità.

e Gup distrettuale, hanno determinato la promozione di indagini nei confronti di numerosi soggetti con l'impianto di numerosi processi cumulativi dove, per ragioni che vanno dal coinvolgimento di un numero alto di indagati, sino alle questioni attinenti la definizione di condotte da ricomprendere nel modello associativo, concreto è sempre il rischio della non pienamente corretta valutazione di tutte le possibili diverse posizioni dei soggetti coinvolti, costituente sempre un sostanziale *vulnus* alle garanzie dell'indagato e dell'imputato.

È sempre troppo frequente, infatti, l'occasione di leggere richieste di adozione di misure cautelari che, grazie ai sistemi informatici di word processing, altro non sono che il contenuto delle comunicazioni di notizia di reato, redatte dalle forze di polizia e acquisite dal pm in formato digitale e trasposte nell'atto a firma di questi. Ed è, purtroppo, altrettanto frequente che il contenuto di tali richieste, sempre con il medesimo sistema tristemente noto come "copia ed incolla", diventi esso stesso contenuto e motivazione delle ordinanze cautelari che, a loro volta, molto frequentemente in caso di giudizio abbreviato, giungano a rappresentare la motivazione delle sentenze di condanna<sup>40</sup>.

Espressione, questo, di un'estensione delle potenzialità investigative del pubblico ministero e, quindi, del ruolo dallo stesso svolto nel processo, che va a detrimento delle prerogative degli altri soggetti protagonisti del processo, giudice e soprattutto difensore.

b) La nota introduttiva definisce "anomala" la collocazione ordinamentale della Direzione Nazionale Antimafia nell'ambito della Procura Generale presso la Corte di Cassazione e pone il tema della rilevanza di tale collocazione in chiave di possibilità inibitoria di attitudini e potenzialità dell'ufficio.

Il legislatore del 1991 fece una scelta precisa: da un lato introdusse un sistema di poteri e strumenti maggiormente autoritativi, rispetto all'esistente, per il miglior coordinamento della indagini e per la risoluzione di conflitti positivi tra autorità inquirenti, dall'altro temperò le previsioni originarie dei poteri da assegnare alla Direzione Nazionale Antimafia, escludendo una competenza investigativa originaria in capo alla nuova figura di pubblico ministero<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Spesso, anche di recente, la Cassazione ha censurato tale *modus operandi*. Cfr. da ultimo Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2012, n. 22327, D., in *Diritto e Giustizia*, 11 giugno 2012. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione del Tribunale del Riesame che aveva dichiarato nulla l'ordinanza di custodia cautelare in carcere, atteso che il G.I.P. si era limitato a riprodurre integralmente nel corpo della propria ordinanza, verosimilmente mediante il sistema della copia ed incolla informatico, il testo della richiesta cautelare del P.M.

<sup>41</sup> Derivando il potere di avocazione di cui all'art. 371 *bis*, comma 2, lett. h) quale rimedio all'inerzia del P.M. competente o, comunque, alla violazione di doveri e disposizioni per il coordinamento delle indagini.

Anzi, sotto quest'ultimo aspetto, la relazione al disegno di legge di conversione del d.l. n. 367/91 specificò espressamente che "il procuratore nazionale ... non è organo posto al di fuori dell'ordinario modello che stabilisce l'articolazione dei diversi uffici del pubblico ministero, ma si iscrive nell'ambito della procura generale presso la Corte di cassazione; non si tratta, quindi, di un organo "controllato" dall'esecutivo ma funzionalmente "sorvegliato" dal procuratore generale presso la Corte di cassazione".

La collocazione, quindi, della D.N.A. nell'ambito della procura generale presso la Cassazione, per il legislatore non costituì scelta anomala bensì presidio di garanzia della costituzionalità del nuovo ufficio, motore centrale di coordinamento investigativo ma non corredato di poteri inquirenti, idonei ad intaccare il principio di indipendenza della magistratura inquirente<sup>42</sup>.

A parere di diversi autori, quindi, la sottoposizione della D.N.A. alla sorveglianza di quella procura generale presso la Corte di legittimità si pose come rimedio al possibile rischio di creare un ufficio del pubblico ministero in qualche modo chiamato a rispondere al potere politico<sup>43</sup> o che assumesse quel ruolo verticistico che da molte parti non si voleva venisse attribuito. È evidente come quelle "preoccupazioni" sorgessero dal contingente dibattito e dal ruolo svolto da Falcone nell'ambito del Ministero di Giustizia.

In questo senso qualcuno ha definito "più morbido" l'inserimento della D.N.A. nel sistema, evidenziando che non esiste un rapporto gerarchicamente ordinato tra questa e le singole procure distrettuali antimafia, in virtù dell'assenza di poteri d'iniziativa di azione penale ma solo di ordinamento ed impulso<sup>44</sup>.

La procura generale presso la Corte di cassazione è, dal canto suo, ufficio dotato di particolare specifica rilevanza a cagione della sua peculiare "partecipazione" alla funzione nomofilattica della Corte stessa<sup>45</sup> ma indubbiamente, ai fini della questione in oggetto, acquisisce maggiore rilevanza il ruolo affidato a tale ufficio dall'art. 54 *ter* c.p.p., come introdotto dall'art. 2 d.l. n. 367/91 conv. in l. n. 8/1992, di organo risolutore dei contrasti tra uffici del pubblico ministero interdistrettuali *ex* artt. 54 e 54 *bis* c.p.p. In queste ipotesi, infatti, se il contrasto, negativo o positivo che sia, riguardi uno dei reati di cui all'art. 51

<sup>42</sup> G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, p. 561 e s.

<sup>43</sup> Così TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, p. 118.

<sup>44</sup> DE LEO, in *Codice di procedura penale, rassegna di giurisprudenza e dottrina* a cura di LATTANZI-LUPO, Milano, 2008, p. 490, secondo il quale il rapporto è da ricondurre al paradigma della sovraordinazione funzionale che si sviluppa fuori da ogni rapporto di dipendenza.

<sup>45</sup> In questo senso FANTACCHIOTTI - FIANDANESE, *Il nuovo ordinamento giudiziario*, Milano, 2008, p. 161.

comma 3 *bis* c.p.p. è proprio la procura generale presso la Corte di legittimità a risolverlo, sentito il procuratore nazionale antimafia. In questo contesto, quindi, il legislatore ha introdotto un sistema di rimedi autoritativi ai possibili contrasti tra uffici del pubblico ministero, assegnando un ruolo apicale in questa specifica area di giurisdizione proprio alla procura generale presso la Corte di cassazione.

Ciò, indubbiamente, non presuppone una collocazione verticisticamente sovraordinata di questa rispetto alla D.N.A., anche perché il potere di risoluzione è fondamentalmente destinato a rimuovere gli ostacoli ad un miglior coordinamento e funzionalità delle indagini stesse. Sono queste le esigenze che tale norma sembra tutelare.

Diverso e più incisivo, in fondo, è il potere che il d. lgs. n. 106 del 2006 ha attribuito ai procuratori generali presso le Corti d'appello rispetto ai procuratori territoriali, espressione di un vero e rafforzato principio gerarchico che attribuisce ai primi il potere di acquisire dai secondi dati e notizie al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale, prefigurando un sindacato sui poteri di direzione, controllo e organizzazione dell'ufficio. In questo medesimo contesto, con la previsione dell'obbligo posto in capo ai singoli procuratori generali distrettuali, di inviare una relazione almeno una volta l'anno alla procura generale presso la Corte di cassazione, si è ritenuto di individuare un rapporto improntato ad una sorta di "condizionamento" mediato dell'ufficio di procura anche rispetto alla procura generale presso la Suprema Corte<sup>46</sup>.

In realtà il potere di sorveglianza, di per se, non appare come uno strumento di penetrante controllo perché anche se terminologicamente affonda le sue radici, storicamente, nell'originario potere di supremazia gerarchica che veniva riconosciuto al procuratore generale della Corte d'appello sulle procure territoriali comprese nel distretto e che, come si è visto sopra, il nuovo ordinamento giudiziario sembra privilegiare, nulla esclude che siffatto rapporto tra vigilato e vigilante possa stabilirsi al di fuori del rapporto gerarchico<sup>47</sup>.

La natura di organo di coordinamento con le relative funzioni assegnate alla D.N.A., sinteticamente definite dall'art. 371 *bis* c.p.p., fa sì che il potere di sorveglianza, implicante certamente la possibilità di promuovere azione disciplinare nell'ipotesi di condotte suscettibili di sanzione, deve essere posto in relazione alle prerogative dell'ufficio sorvegliato.

<sup>46</sup> In questo senso DE LEO, *op. cit.*, p. 489 e AMATO, *Commento al d. lgs. n. 106 del 2006*, in *Guida al diritto*, 2006, fasc. 16, p. 37.

<sup>47</sup> Così TONINI, *op. cit.*, p. 159.

La Direzione Nazionale Antimafia, come detto, può esercitare il potere di avocazione rispetto le singole Direzioni Distrettuali nelle ipotesi sufficientemente tipizzate di inerzia o inosservanza delle direttive emanate ai fini del coordinamento. Il provvedimento, che deve essere motivato, è suscettibile di reclamo avanti alla procura generale presso la Corte di cassazione la quale potrà, accogliendo il reclamo, revocare il decreto di avocazione e disporre la restituzione degli atti (art. 371 *bis* c.p.p. e art. 70, commi 6 e 6 *bis*, ord. giud.). La tipizzazione dei presupposti e delle procedure finalizzate all'esercizio del potere di avocazione della D.N.A. e la possibilità di reclamo del decreto di avocazione per vizi di legittimità, fanno sì che siano ben delimitati anche le prerogative del "giudice" dell'impugnazione, non implicando ciò alcun potere discrezionale o una influenza sull'attività della procura nazionale.

Se, quindi, si considera che alla D.N.A. è assegnata prioritariamente una funzione di raccordo e coordinamento e se i poteri di avocazione attribuiti possono trovare espressione nella sussistenza di presupposti specifici e ben tipizzati, senza trascurare la previsione di poter proporre reclamo del decreto su precise basi di legittimità, si può sostenere come collocazione ordinamentale e sottoposizione alla sorveglianza rispetto alla procura generale presso la Corte di cassazione non sembrano incidere su prerogative e potenzialità dell'ufficio.

In questo senso, cioè nella definizione del potere di sorveglianza in funzione dell'esercizio delle prerogative attribuite per legge all'organo sorvegliato, non può essere taciuto che proprio di recente, la struttura stessa del sistema è stata sottoposta ad una concreta verifica sulla dinamica dei rapporti tra istituzioni, nell'ambito di una vicenda oggetto di notevole esposizione mediatica, nel corso della quale sono venuti in evidenza gli elementi sin qui considerati<sup>48</sup>.

In quella circostanza rilevò, su tutto, che le attribuzioni del P.N.A. non prevedono in alcun modo un potere di indicazione di contenuto investigativo ad alcuna delle D.D.A. coordinate e che il potere di avocazione può essere esercitato solo a fronte di specifiche e reiterate inosservanze delle direttive impartite: pertanto, si può concludere che il potere di sorveglianza del procuratore generale presso la Corte di cassazione non può incidere sul concreto esercizio del potere di coordi-

<sup>48</sup> Si fa riferimento all'incontro tra il procuratore generale presso la Corte di cassazione e il procuratore nazionale antimafia in merito ad un'indagine attribuita alla D.D.A. di Palermo e sull'attività di coordinamento tra le D.D.A. di Caltanissetta, Palermo e Firenze sulle stragi di mafia del 1992/93 e sulla "trattativa Stato Mafia". Cfr. *ex plurimis* i comunicati ANSA e AGI del 5 settembre 2012.

namento del P.N.A. né, tantomeno, può risolversi nella indicazione di direttive sul contenuto investigativo delle indagini delle singole direzioni distrettuali.

Un aspetto di particolare interesse, invece, può essere costituito dalla c.d. funzione di coordinamento delle indagini collegate potenziali<sup>49</sup> che alla D.N.A. può essere riconosciuta.

A mente dell'art. 117, comma 2 *bis*, c.p.p., infatti, la Procura nazionale antimafia può accedere al registro delle notizie di reato (art. 335 c.p.p.) ed alle banche dati istituite appositamente presso le direzioni distrettuali antimafia "realizzando se del caso collegamenti reciproci".

La norma, letta congiuntamente alla disposizione dell'art. 371 *bis*, comma 3, lett. c) c.p.p. che facoltizza il procuratore nazionale – ai fini del coordinamento investigativo ed alla repressione dei reati – ad acquisire ed elaborare notizie, informazioni e dati attinenti alla criminalità organizzata, ha consentito al C.S.M. di statuire che la D.N.A. possa acquisire copia di qualsiasi atto procedimentale e processuale che sia rilevante sotto il profilo della conoscenza dei fenomeni della criminalità organizzata senza i limiti previsti dai primi due commi dell'art. 117 c.p.p.: secondo il comma 2 di quest'ultimo articolo, infatti, l'autorità giudiziaria può rigettare la richiesta con decreto motivato.

Tale prerogativa, riconosciuta alla D.N.A., può essere messa in evidenza anche in funzione di una possibile estensione del potere di coordinamento, non soltanto al coordinamento delle indagini collegate già aperte, ma anche ad un'ampia serie di indagini collegate potenzialmente suscettibili di essere aperte e sviluppate, sulla scorta di una lettura complessiva di dati, nella conoscenza delle singole procure distrettuali, divenuti patrimonio di conoscenza della D.N.A. e da questa valutati come impulsi investigativi da riferire alle singole D.D.A., una volta individuate quelle che potranno essere oggetto dell'attività di coordinamento.

L'inciso "se del caso" contenuto nel comma 2 *bis* dell'art. 117 c.p.p., secondo alcuni, deve essere letto non come una decisione a discrezione del procuratore nazionale bensì come un onere di realizzazione delle attività di coordinamento, nella sussistenza della possibilità/necessità del collegamento reciproco<sup>50</sup>.

Se si estendono le prerogative della D.N.A. sino ad includere un onere di collegamento anche in occasioni di impulso investigativo da dirigere alle singole D.D.A. e, quindi, per indagini ancora non formalmente aperte, diventa particolarmente interessante verificare quale possa essere il contenuto, anzi il

<sup>49</sup> Diffusamente TURONE, *op. cit.*, p. 568 e ss.

<sup>50</sup> In questo senso TURONE, *op. cit.*, p. 572 e s.

presupposto, dell'esercizio del potere di sorveglianza del procuratore generale presso la Corte di cassazione sull'attività della D.N.A.

Se tale potere può essere dispiegato in funzione del corretto esercizio delle prerogative, tutte, attribuite dalla legge all'organo vigilato, potrà, invero, l'autorità sorvegliante intervenire per sollecitare un siffatto esercizio in ipotesi omesso?

La risposta può certamente essere positiva ma assume rilievo se si affronta il tema da un punto di vista formale: se si ricostruisce, e si ritiene che sia corretta questa impostazione, l'istituto della sorveglianza in questi termini, nulla impedisce che l'intervento del procuratore generale presso la Suprema Corte sul procuratore nazionale possa avvenire per prevenire anche ipotesi di omissioni in ordine a indagini da coordinare non ancora aperte ma potenzialmente sviluppabili, per evitare pregiudizi incidenti sulla tempestività e sulla completezza delle indagini.

Ma, in sostanza, poiché le informazioni elaborate sarebbero nella disponibilità esclusiva della procura nazionale antimafia e non sussistendo alcun onere di periodica informazione o relazione verso la procura generale presso la Corte di cassazione, ben si può sostenere che il previsto potere di sorveglianza non parrebbe incidere in concreto sulle potenzialità di coordinamento e sulle attitudini sviluppate dalla Direzione Nazionale Antimafia.

c) Si chiede se possa ritenersi logica la perdurante sconnessione normativa tra l'elenco dei delitti di criminalità organizzata di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. per i quali, a mente dell'art. 371 *bis* c.p.p., è prevista l'attività di coordinamento del P.N.A. ed il più ampio catalogo dei reati di competenza delle D.D.A. estesi, dopo l'entrata in vigore di diverse recenti disposizioni di legge, anche a fatti reato di terrorismo, prostituzione e pornografia minorile, reati informatici e illecite intercettazioni ed altro ancora.

I delitti inseriti dal legislatore nell'elenco di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.<sup>51</sup> si identificano come particolarmente congeniali alle organizzazioni criminali di stampo mafioso e determinano i confini entro i quali si applica il peculiare sistema dell'organizzazione e del coordinamento delle relative indagini – normalmente “multiterritoriali” – nonché l'individuazione dell'ufficio legittimato a sostenere l'accusa nei giudizi di primo grado<sup>52</sup>.

I delitti di cui alla norma sopra richiamati possono essere distinti in delitti

<sup>51</sup> Detta norma è stata introdotta – com'è noto – dall'art. 3 d.l. n. 367/91, convertito con modificazioni nella l. n. 8/92.

<sup>52</sup> Li definisce così TURONE, *op. cit.*, p. 595.

mafiosi<sup>53</sup> e delitti potenzialmente mafiosi<sup>54</sup> a seconda della valenza da assegnare alla intrinseca natura delle fattispecie di reato per i primi o, comunque, nella considerazione che i secondi siano solitamente posti in essere da organizzazioni che posseggono le caratteristiche del gruppo di criminalità organizzata<sup>55</sup>, siano cioè espressioni tipiche delle associazioni di stampo mafioso.

Alla medesima competenza funzionale dell'ufficio distrettuale del pubblico ministero, ma sottratti alla funzione di coordinamento del procuratore nazionale antimafia, in virtù della l. n. 48/2008, sono stati attribuiti i reati indicati al comma 3 *quinquies* dello stesso art. 51 c.p.p.

Le modifiche legislative, susseguitesi negli ultimi anni, che hanno determinato il progressivo ampliamento della sfera di legittimazione della procura distrettuale rispondono, quindi, ad un duplice ordine di ragioni, accomunati dalla riconosciuta complessità di coordinamento delle indagini che richiedono tali reati: da un lato perché tali fatti rappresentano manifestazioni tipiche dell'attività di realtà associative o comunque di criminalità organizzata, dall'altro perché espressione concreta dalla "sfuggibile natura transnazionale" o, comunque, richiedenti indagini che presuppongono particolare specializzazione, quali quelle relative ad attività illecite conseguite per mezzo di strumenti informatici<sup>56</sup>.

I diversi effetti conseguenti alla diversa collocazione nell'uno o nell'altro elenco non sembrano giustificati dalla logica: per entrambi i gruppi di reati, la ratio dell'attribuzione alla D.D.A. della titolarità delle indagini sembra discendere dalla riconosciuta necessità del maggior coordinamento possibile tra i diversi uffici del Pm, in ragione della oramai tipica multiterritorialità delle condotte poste in essere da soggetti organizzati quali i gruppi di criminalità mafiosa e non solo, al fine precipuo di rendere maggiormente efficace la risposta statale all'offesa criminale.

Se un'accentuata specializzazione dell'inquirente ed il maggior coordinamento possibile, quindi, sono i fini che si intendono raggiungere per le investigazioni<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Art. 416 *bis* c.p. e quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. o al fine di agevolare l'attività di dette associazioni.

<sup>54</sup> Associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, riduzione e mantenimento in schiavitù, tratta delle persone e traffico organizzato di rifiuti, sequestro di persone a scopo d'estorsione.

<sup>55</sup> CESQUI, in *Codice di Procedura Penale*, a cura di LATTANZI-LUPO, Milano, 2003, p. 308 e s. sulla definizione del concetto di criminalità organizzata e sui criteri di determinazione delle fattispecie di reato da ricomprendere nell'elenco di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p.

<sup>56</sup> Così FABERI, in *Codice di Procedura Penale Ipertestuale*, a cura di A. GAITO, Milano, 2012.

<sup>57</sup> Sullo scarso rigore terminologico utilizzato dal legislatore in subiecta materia tra investiga-

relative a reati che, normalmente, sono tipica espressione del crimine organizzato, logica vorrebbe che a fronte di reati di tal fatta non debba essere precluso proprio l'intervento di massimo coordinamento a livello nazionale che caratterizza la natura e le prerogative della D.N.A. come disciplinate dall'art. 371 *bis* c.p.p.

Opinando diversamente, cioè aver individuato reati che pur se attribuiti alla competenza (rectius alla legittimazione alle indagini) della D.D.A. non possano, tuttavia, essere oggetto dell'opera di coordinamento della D.N.A., oltre che a palese illogicità, mostra di esporre l'intero sistema regolato dall'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. all'accusa di consentire una lettura delle competenze della D.N.A. nell'ottica di un diritto penale d'autore e, quindi, ad una competenza "collegata alla sola qualità di generica mafiosità ravvisabile in capo al soggetto attivo del presunto reato" a fronte, invece, della necessità di ancorare le modifiche delle attribuzioni degli organi del pubblico ministero a tipizzate ragioni di offesa all'ordinamento ed alla convivenza civile derivanti, ad esempio, dalla natura multiterritoriale dell'opera di gruppi criminali organizzati, per tali motivi dotati di maggiore intensità<sup>58</sup>.

L'ottica del coordinamento deve essere, quindi, focalizzata sulla necessità di fronteggiare in maniera efficace condotte di reato, tassativamente previste, che per la potenzialità lesiva e per la manifestazione di transterritorialità costituiscono sempre più le forme tipiche di operatività di gruppi criminali organizzati con effetti maggiormente lesivi delle ragioni della civile convivenza.

In questo senso non può essere taciuto che la "sconnessione normativa" tra l'elenco di cui al comma 3 *bis* dell'art. 51 c.p.p. e quello più ampio dei reati di competenza delle D.D.A., è potenzialmente idonea a produrre ulteriori scompensi nell'ambito dell'individuazione dei reati transnazionali e nell'applicazione degli strumenti della cooperazione tra Stati.

Con la l. 16 marzo 2006, n. 146, il legislatore italiano ha introdotto nell'ordinamento nazionale le disposizioni contenute nel primo Trattato internazionale contro il crimine organizzato, transfrontaliero<sup>59</sup>, avente ad oggetto il coordinamento della cooperazione tra gli Stati in materia giudiziaria e di polizia e l'introduzione di specifici obblighi di incriminazione al fine di reprimere fenomeni di

zioni ed indagini, tra coordinamento investigativo e collegamento investigativo cfr. TURONE, *op. cit.*, p. 560.

<sup>58</sup> Così FABERI, *op. cit.*

<sup>59</sup> Cfr. Convenzione Onu e i tre Protocolli contro la criminalità organizzata transfrontaliera, denominata correntemente Convenzione di Palermo, città che aveva ospitato i lavori finali della Convenzione in memoria ed onore del pensiero e dell'azione di Giovanni Falcone.

criminalità la cui rilevanza superi i confini territoriali di un singolo Stato<sup>60</sup>.

L'art. 3 della l. n. 146/06 introduce la definizione di reato transnazionale individuando come tali le fattispecie punite con pena edittale non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato ed abbia avuto manifestazione geografica secondo i criteri indicati dallo stesso articolo al comma 1 lettere da a) a d).

Spicca, nel nostro sistema penale, l'assenza di una espressa disposizione atta a definire il concetto di "criminalità organizzata"<sup>61</sup>, e ciò, collegato agli effetti conseguenti alla diversa collocazione dei reati nei due distinti elenchi, indicati nel comma 3 *bis* e comma 3 *quinquies* dell'art. 51 c.p.p., può produrre la preclusione o meno dell'esercizio della potestà di coordinamento della D.N.A., incidendo in concreto sulla stessa tempestività ed efficienza delle indagini.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di plurime condotte inquadrabili nel paradigma dell'art. 600 *ter* c.p., norma ricompresa nella previsione dell'art. 51, comma 3 *quinquies*, c.p.p. e, quindi, fattispecie sottratta al potere di coordinamento della D.N.A. pur essendo attribuita alla sfera di competenza della D.D.A.; se le condotte si realizzeranno con la partecipazione di un gruppo criminale organizzato – ma senza l'utilizzo di modalità mafiosa per la realizzazione della condotta o l'intento di agevolare le ragioni di un'organizzazione mafiosa – con manifestazioni in più ambiti statali o in diversi contesti territoriali dello stesso territorio nazionale, non si potrà dare alla procura nazionale antimafia alcuna possibilità di offrire il supporto di coordinamento costituito, ad esempio dalla possibilità di rendere note eventuali coeve iscrizioni della medesima notizia di reato in diversi registri *ex* art. 335 c.p.p. di distinte e diverse procure distrettuali e, così, non si potrà promuovere l'attività di coordinamento mediante, ad esempio, le necessarie riunioni tra procuratori distrettuali, al fine di rendere effettiva l'opera di collegamento e coordinamento delle attività delle varie procure interessate, incidendo tutto ciò in maniera pregiudizievole sulla tempestività e, soprattutto, sulla completezza delle indagini da svolgere.

Anche sulla base di queste considerazioni si può concludere che la lamentata "sconnessione normativa" di cui al quesito posto si appalesa, oltre che illogica, assolutamente nociva.

d) Se l'esigenza della cooperazione giudiziaria e investigativa fra le forze di polizia e le autorità giudiziarie è stata fortemente avvertita in campo nazionale

<sup>60</sup> Per una ampia disamina ZINGALES, *La Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale e l'introduzione del reato transnazionale ad opera della legge 146/2006 e aspetti problematici alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, p. 449 e ss.

<sup>61</sup> Cfr. ZINGALES, *op. cit.*, p. 464.

per un più efficace contrasto alle attività tipicamente multiterritoriali del crimine organizzato, alla stessa maniera pressante è divenuta la necessità di fornire analoga risposta alle attività illecite realizzate da gruppi che operano ben oltre i confini nazionali.

I processi di globalizzazione, agevolati dagli strumenti informatici di comunicazione, crescono e si diffondono con velocità esponenziale rispetto al passato e con un campo d'azione molto più esteso.

In questo contesto, l'azione delle associazioni criminali si è adeguata rapidamente, sfruttando le nuove opportunità offerte da un estendersi di "nuovi mercati" e dal ritardo con il quale i sistemi statali hanno iniziato ad elaborare risposte e azioni di contrasto che contrappongano alla "criminalità transnazionale" una forma efficace di cooperazione internazionale.

In ambito europeo questa esigenza si è sviluppata coevamente alla considerazione che la libera circolazione dei beni e delle persone se, da un lato, aveva consentito la crescita di una richiesta di beni ed interessi comuni agli europei, dall'altro aveva prodotto un correlato aumento della domanda di tutela della sicurezza dei cittadini e delle loro attività.

Per rispondere a tale richiesta, gli Stati membri dell'Unione hanno avvertito la necessità di dotarsi di strutture ed organismi capaci di superare i limiti degli strumenti tradizionali, spesso resi poco efficaci dalle differenze, anche sostanziali, dei sistemi giudiziari e delle organizzazioni delle forze di polizia<sup>62</sup>.

Ed è per superare questo deficit di sicurezza, nella considerazione che gli Stati si son trovati di fronte all'esigenza di fronteggiare e reprimere i medesimi fenomeni criminosi, che si è pensato a strumenti operativi fondati non più sul limitato scopo di consentire ed agevolare il reciproco aiuto tra Stati ma capaci, con la predisposizione di regole comuni e di sistemi più evoluti, di stare al passo con i tempi e di dare precedenza all'esigenza di contrastare una criminalità sempre più all'avanguardia, puntando, ad esempio, alla possibilità di rendere diretti i rapporti tra le autorità giudiziarie<sup>63</sup>.

In questo senso si sono sostanzialmente sviluppati due modelli di risposta, collocabili in momenti cronologicamente differenti: dapprima, si è dato maggiore impulso alla fase più propriamente detta della "cooperazione orizzontale"<sup>64</sup> connotata dalla previsione di strumenti agevolatori delle attività

<sup>62</sup> In questo senso FRIGO, *Rebus sulla nomina del componente italiano, Guida al diritto*, 2005, n. 14, p. 52.

<sup>63</sup> Così DI MASI, *Il magistrato di collegamento nella nuova disciplina del mandato d'arresto europeo*, in *www.Treccani.it*, pubblicato il 19 gennaio 2011.

<sup>64</sup> DI MASI, *op. cit.*

delle singole e specifiche autorità giudiziarie dei singoli Paesi<sup>65</sup>, per poi giungere alla previsione di strutture di coordinamento dalla natura maggiormente “verticalistica”.

Per rispondere all’esigenza di dotare l’Unione di strumenti di maggior coordinamento tra le istituzioni statali con compiti investigativi, è nato *Eurojust*, unità composta da magistrati del pubblico ministero, giudici o funzionari di polizia con pari prerogative, pensata per rispondere ad una duplice finalità: migliorare le forme tradizionali di cooperazione giudiziaria penale tra autorità dei diversi Stati nonché realizzare il necessario coordinamento delle attività investigative e delle azioni penali degli Stati membri in relazione ai procedimenti penali riguardanti forme gravi, e sempre più diffuse, di criminalità organizzata, che trascendono la semplice dimensione nazionale, per investire il territorio di più paesi<sup>66</sup>.

Quest’ultima finalità, “nel suo concreto esercizio, ricomprende non solo forme di supporto logistico e di consulenza, con riguardo al diritto comparato processuale e sostanziale degli Stati membri, ma anche e soprattutto forme di coinvolgimento in attività di tipo operativo”<sup>67</sup> come, ad esempio, nella raccolta delle prove<sup>68</sup> o nella partecipazione ad attività nell’ambito di una squadra investigativa comune.

Si ha, così, una prima centralizzazione “leggera” di determinati poteri e funzioni in capo ad un organismo di natura sovranazionale che si discosta dal modello “orizzontale” della cooperazione giudiziaria, fondato tradizionalmente su intese a carattere bilaterale o multilaterale previste e disciplinate nell’ambito di relazioni esclusivamente intergovernative<sup>69</sup>.

In realtà, tali strumenti di coordinamento non appaiono essere stati sin qui utilizzati e sviluppati in tutte le loro potenzialità; nell’esperienza concreta degli uffici della D.D.A.<sup>70</sup>, anzi, risulta ancora di particolare rilievo il ruolo assun-

<sup>65</sup> Cfr. SPIEZIA, *Il coordinamento giudiziario sovranazionale: problemi e prospettive alla luce della nuova decisione 2009/426/GAI che rafforza i poteri di Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1990 e ss., che pone l’istituzione di *Eurojust* come completamento di una sequenza che ha visto prima la creazione della figura del magistrato di collegamento e poi di una rete giudiziaria europea.

<sup>66</sup> In questo senso PROTA, *La Corte Costituzionale esclude la natura giudiziaria di Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4278 e ss.

<sup>67</sup> Così DE AMICIS, SANTALUCIA, *La vocazione giudiziaria dell’Eurojust tra spinte sovranazionali e timidezze interne*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2966 e s.

<sup>68</sup> Su questo specifico aspetto si veda quanto riferito da DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>69</sup> La definizione è di DE AMICIS, SANTALUCIA, *op. cit.*

<sup>70</sup> DI MASI, *op. cit.*

to dal magistrato di collegamento, figura introdotta dal Consiglio dell'Unione Europea mediante l'adozione di un'Azione Comune, la 96/277/GAI, che, sulla base dell'art. 3 K del trattato sull'Unione Europea, ha previsto una rete di scambio di magistrati di collegamento diretta a migliorare la cooperazione giudiziaria tra Stati membri<sup>71</sup> e ad adottare misure tese a facilitare lo scambio tra i diversi ordinamenti statali, facilitando ed agevolando una migliore comprensione reciproca dei sistemi giuridici e giudiziari dei diversi Paesi.

L'azione dei magistrati di collegamento, una sorta di ambasciatore giudiziario presso lo Stato estero di riferimento, ha acquistato ulteriore maggior rilievo nell'ambito dell'attività svolta in favore delle Corti d'Appello, chiamate ad esprimersi nei procedimenti relativi all'emissione ed esecuzione del mandato d'arresto europeo.

La possibilità, mediante rapporti diretti tra autorità giudiziarie promossi ed agevolati dalla figura del magistrato di collegamento, di poter avere accesso ad informazioni e poter svolgere atti d'indagine con o per mezzo dell'autorità giudiziaria dello Stato richiesto è uno dei motivi per cui tale figura è apparsa, sino ad oggi, dotata di maggiore concreta considerazione e facilità operativa.

Ma tutto ciò si iscrive pur sempre nel contesto della cooperazione giudiziaria, soprattutto nell'ambito di esigenze d'indagine attinenti a quanto svolto dalle autorità giudiziarie di un singolo Stato. I magistrati di collegamento, come la cronologicamente successiva Rete Giudiziaria Europea, introdotta dall'Azione comune 98/428/GAI del 29 giugno 1998, rappresentano, infatti, strumenti tipici del principio della cooperazione giudiziaria più che del coordinamento delle indagini, anelli, cioè, di una catena "orizzontale" funzionali allo scambio, sia di atti che informazioni, tra varie autorità giudiziarie dell'Unione<sup>72</sup>.

In questo senso, recentemente, con la Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, è stato previsto questo strumento, chiamato a sostituire il sistema di assistenza reciproca in materia penale fra gli Stati membri ai fini dell'acquisizione di oggetti, documenti o dati da utilizzare nei procedimenti penali. La presente decisione quadro istituisce le procedure e le garanzie per gli Stati membri in base a cui devono essere rilasciati ed eseguiti i mandati europei di ricerca delle prove.

<sup>71</sup> Sulla figura del magistrato di collegamento diffusamente DI MASI, *op. cit.*

<sup>72</sup> Così DE LEO, *Le funzioni di coordinamento di Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1110 e ss.

Diversa è, invece, l'esigenza di un coordinamento d'indagine, anche in relazione alla possibilità di acquisire ed elaborare informazioni sulle possibili manifestazioni illecite di gruppi criminali organizzati, individuare gli ambiti territoriali nelle quali si svolgono e determinare e promuovere le complessive risposte delle strutture investigative e giudiziarie interessate, senza dimenticare la possibilità concreta di risolvere eventuali contrasti sulla titolarità delle indagini o sulla opportunità che queste vengano svolte in una piuttosto che in altra sede statale.

L'idea del coordinamento, in effetti, presuppone sovente la presenza di un soggetto centrale sovraordinato che possa essere chiamato a fornire supporto d'informazioni ed emanazione di direttive, funzionali non solo al sostegno delle indagini svolte dai singoli soggetti coordinati ma anche alla promozione di iniziative d'indagine, proprio per la funzione proattiva chiamato a svolgere rispetto a quella esclusivamente reattiva degli strumenti della cooperazione giudiziaria.

Sovraordinazione che implica, per lo più, la comune appartenenza al medesimo ordine da parte dei soggetti la cui attività è da coordinare<sup>73</sup>.

In questo senso *Eurojust*, malgrado le ulteriormente accentuate potenzialità sotto il profilo dell'iniziativa e dell'incidenza dei poteri a cui si accennerà in seguito, non sembra ancora aver assunto il ruolo efficace che le potenzialità dell'istituto sembrano possedere, dovendo scontare una sorta di difetto d'origine derivante da diversi fattori: la complessa macchinosità che pare caratterizzare le sue possibilità d'intervento, lo scarso afflusso di informazioni dai singoli Stati verso l'organo centrale, l'assenza di efficaci poteri di coordinamento, anche in considerazione delle differenze tra gli ambiti giudiziari dei diversi Stati e, da ultimo ma non per questo meno importante, la mancanza di una chiara cornice giuridica di riferimento<sup>74</sup>.

Proprio nell'ottica della prevalenza, almeno sino ad oggi, di un modello "orizzontale" di cooperazione investigativa sin qui preferito in concreto, le dinamiche attuate non sembrerebbero coniugarsi perfettamente con una visione verticalistica del coordinamento in campo internazionale; in una realtà che, ancora, mostra di prediligere prassi operative rivolte all'utilizzo di strumenti atti ad agevolare relazioni dirette tra uffici giudiziari procedenti dei diversi

<sup>73</sup> Così DE LEO, *op. cit.*, secondo il quale la natura organizzatoria del coordinamento ed il suo inserirsi in una logica di sovraordinazione porta al corollario evidente di uno svolgersi tra soggetti appartenenti al medesimo ordine, inteso come funzione o potere dello Stato.

<sup>74</sup> Per una rassegna delle criticità che ostacolano il potenziale dispiegarsi delle prerogative di *Eurojust*, SPIEZIA, *op. cit.*

Stati, si appalesa un quadro di crescente reciproca fiducia pur nella permanenza, in alcuni casi, “di resistenze statuali riconducibili alla paura della “perdita di sovranità”<sup>75</sup>.

Ma la risposta al tema sollevato dalla nota introduttiva, se sussista compatibilità tra la tendenziale verticalizzazione delle attività di *Eurojust* e le tradizionali dinamiche del coordinamento “orizzontale” investigativo, non può essere tranciante: in questo senso, infatti, va fatto rilevare che la stessa Decisione 2009/426/GAI del Consiglio del 16 dicembre 2008, modificativa della precedente Decisione istitutiva di *Eurojust*, nei “considerando” iniziali pone il tema del rapporto privilegiato da intrattenere con la rete giudiziaria europea sulla base di rapporti fondati su concertazione e complementarietà e, ancora, indica come doverosa la possibilità che l'*Eurojust* distacchi magistrati di collegamento in Stati terzi per raggiungere obiettivi simili a quelli assegnati ai magistrati di collegamento distaccati dagli Stati membri sulla base dell'azione 96/277/GAI del Consiglio del 22 aprile 1996.

Vi è, in sostanza, una valutazione del concetto di cooperazione orizzontale, quale diretta relazione tra autorità giudiziarie dei diversi Stati membri, che non viene ritenuto incompatibile con un modello di coordinamento verticale e con l'individuazione di un soggetto “esterno” alle singole organizzazioni giudiziarie al quale conferire specifiche prerogative

In questo medesimo contesto, e nella più ampia prospettiva d'integrazione del coordinamento d'indagine tra organi giudiziari degli Stati membri, il carattere sostanzialmente amministrativo delle attribuzioni di *Eurojust*, alla luce della ultima Decisione prima indicata, non sembra ancora sostanzialmente superato: se è vero che maggiori e più incisivi appaiono i poteri di coordinamento attribuiti all'agenzia, va anche notato che la disciplina dello status del membro nazionale è sempre demandata alla specifica scelta legislativa statale e che non è mutata la previsione della possibilità di nominare, quale rappresentante nazionale, oltre ad un giudice o magistrato del pubblico ministero anche un “funzionario di polizia con pari prerogative”.

E se da un lato, con la Decisione 2009/426/GAI del 16 dicembre 2008, è palese l'intento di rafforzare i poteri di *Eurojust*, con la previsione della possibilità per l'agenzia di chiedere alle autorità competenti degli Stati membri interessati di avviare indagini o azioni penali per fatti precisi o avviare essa stessa un'indagine o un'azione penale, sempre per fatti previamente ben tipizzati, o accertare che una di tali autorità giudiziarie sia più indicata per avviare un'indagine o

<sup>75</sup> Così SPIEZIA, *op. cit.*

azioni penali o porre in essere un coordinamento fra esse, non deve essere trascurato che, in ogni caso, non può sostenersi che *Eurojust* sia stato, per ciò solo, dotato di poteri “autoritativi” di risoluzione dei possibili contrasti di competenza o di sanzione nell’ipotesi di non osservanza delle direttive impartite.

Con la Decisione 2009/426/GAI i poteri del Collegio, sul versante relativo alla funzione di coordinamento, si sono certamente ampliati mediante la previsione di un potere di emissione di pareri nell’ipotesi di conflitti di giurisdizione tra due o più Stati membri o di rifiuto congiunto ad intraprendere un’indagine penale o con l’introduzione di nuove norme regolanti i flussi d’informazioni tra il membro nazionale e le corrispondenti autorità giudiziarie, senza che tali strumenti abbiano il crisma della cogenza vincolante per lo Stato membro.

Se è vero che ciò rappresenta un innegabile ulteriore step verso una comune idea di soggetto coordinatore, dotato delle prerogative tipiche della sovraordinazione, appare altrettanto sostenibile che il cammino da compiere non è breve.

Interessante, ai fini della risposta da dare al quesito posto in ordine alla coesistenza delle prerogative di *Eurojust*, quale organo in atto sostanzialmente amministrativo, e del Procuratore Nazionale Antimafia, di natura indubbiamente giudiziaria, è notare che il sistema europeo tende a privilegiare, nel nuovo assetto strutturale, elementi organizzativi che sono stati già ampiamente sperimentati nell’esperienza italiana della D.N.A., quali la previsione di ulteriore valorizzazione e agevolazione dei flussi informativi o il maggior coinvolgimento del membro nazionale in rapporto all’autorità giudiziaria statale.

L’art. 12 della Decisione del 2008 prevede un contatto sempre maggiore tra *Eurojust* ed i suoi principali corrispondenti nazionali, quale appunto la procura nazionale antimafia<sup>76</sup>. In questo senso è innegabile che il superamento delle remore mostrate sul riconoscimento della natura giudiziaria del soggetto indicato come membro nazionale, potrebbe meglio rafforzare questo legame operativo tra la D.N.A. quale peculiare organo di coordinamento a livello nazionale e *Eurojust* a livello sovranazionale.

Ma per tutto ciò bisognerà rivedere il principio guida della rappresentanza in campo internazionale che assegna al potere politico l’individuazione dei soggetti chiamati a rappresentare lo Stato negli organismi di siffatta natura, accettando la oramai ineluttabile convergenza verso soggetti giudiziari di livello europeo.

<sup>76</sup> Per SPIEZIA, *op. cit.*: “il contatto diretto e costante con tali uffici (...) può innestare quel necessario flusso informativo che appare pre-condizione per una qualsivoglia attività di coordinamento sovranazionale”.

In questo senso, con ciò cercando di fornire un contributo al “disegno” di una architettura normativa della struttura delle relazioni tra i diversi soggetti protagonisti dello spazio giudiziario, va fatto tesoro dell’esperienza italiana che, proprio con la creazione delle D.D.A e, soprattutto, della D.N.A. ha mostrato di superare il concetto di diffusività policentrica sul territorio dei soggetti giudiziari titolari dei poteri d’indagine, per costruire un sistema, fondato sulla maggiore specializzazione e sul potere crescente di coordinamento ed impulso delle indagini.

Si è così giunti ad una più razionale articolazione sul territorio dei centri d’intervento, nella specie D.D.A e D.N.A., considerandoli in ogni caso legati da una duplice relazione: verso il basso, cioè in rapporto di sostanziale sovraordinazione rispetto agli uffici del territorio quali le procure locali, e verso l’alto, in direzione della procura nazionale, alla quale sono demandati maggiori compiti di raccolta ed elaborazione dei dati informativi, per una lettura di maggior respiro e di più efficace capacità di risposta, in una parola di maggior coordinamento.

Su scala continentale parrebbe utile non smarrire questo senso di relazione con il territorio, prediligendo una struttura che, anche per il tramite del membro nazionale, possa maggiormente raccordarsi con soggetti quali la D.N.A che, per loro natura ed attitudine, possono meglio tradurre in azioni concrete sullo specifico territorio quanto derivi, in termini di linee guida o direttive, da una struttura europea di coordinamento, posta in posizione sovraordinata.

La creazione di un ufficio di coordinamento che sovrasti il livello territoriale e si ponga in linea gerarchica con le strutture statali, corre il duplice rischio di “raddoppiare” le strutture con poteri d’indagine e di creare un soggetto troppo distante dalla realtà locale capace, sì, di “leggere” i grandi movimenti dei gruppi criminali organizzati ma con una sostanziale minorata capacità d’intervento diretto e concreto nelle singole realtà locali.

In una parola, la creazione di un soggetto giudiziario di dimensione europea non deve sacrificare la necessità che questo sia quanto più prossimo possibile al cittadino, utente o indagato/imputato che sia, ed alla sua dimensione quotidiana.

e) Da ultimo, va posta la riflessione sulla previsione, e sulla ormai prossima realizzazione, di una Procura europea e sugli effetti che questa indubitabile opera di accentramento dei poteri investigativi produce sul catalogo delle garanzie individuali.

La creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia ha, infatti, da

sempre rappresentato uno degli obiettivi principali dell'Unione Europea.

Tale settore, contraddistinto da una competenza concorrente tra Unione Europea e Stati membri, è stato oggetto di profonde modifiche ad opera del trattato di Lisbona che ha portato all'abbattimento dell'architettura a pilastri ed all'estensione del metodo comunitario – piuttosto che intergovernativo – anche negli spinosi ambiti della cooperazione giudiziaria e penale e della cooperazione di polizia.

La riforma apportata dal trattato di Lisbona ha determinato alcune considerevoli innovazioni; infatti secondo l'art. 82 TFUE la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'unione è fondata: 1) sul riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie; 2) sul ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli stati membri in determinati settori.

Tali modifiche non hanno tuttavia comportato la «comunitarizzazione» della politica estera e di sicurezza comune, il cui carattere intergovernativo viene mantenuto.

Allo stesso modo, la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, sebbene sia integrata nel regime di diritto comune, continua a vedere l'applicazione di procedure particolari in cui gli Stati membri conservano poteri importanti.

Bisogna infatti rammentare, in armonia con i principi base che pervadono l'intero agire dell'Unione europea, che il ravvicinamento degli ordinamenti penali debba realizzarsi soltanto se necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, tenendo conto, in ogni caso, dell'esigenza di rispettare le differenze tra le tradizioni ed i sistemi giuridici degli stati membri.

Detto ciò, il trattato di Lisbona, al fine di rendere effettiva l'avvertita esigenza di maggiore coordinamento in tale settore, con l'obiettivo principale di reprimere fenomeni criminali estesi al di là dei confini geografici dei singoli stati (sicuramente agevolati dall'abbattimento delle frontiere tra i paesi dell'unione), ha notevolmente ampliato le competenze operative di *Eurojust*.

Ma la svolta sicuramente innovativa, promossa dal trattato di Lisbona, è costituita dalla previsione della Procura Europea, che dovrà fondarsi sull'esperienza di *Eurojust*, al fine di combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Per tali reati potrà esercitare l'azione penale dinnanzi alle autorità giudiziarie degli stati membri.

In realtà però la previsione è quella di estendere, in un secondo momento, le sue attribuzioni alla lotta contro la criminalità grave a dimensione transnazionale.

L'ambizioso obiettivo perseguito è quello di contrastare efficacemente la criminalità combattendo i reati che ledono gli interessi finanziari dell'unione Europea, recuperando il denaro sottratto dalla criminalità, oggi più che mai capace di infiltrarsi nell'economia e nella finanza a livello globale.

Dunque si tratterebbe di una struttura riunificata e coordinata a livello europeo diretta a colpire, soprattutto inizialmente e fatta salva la possibilità di ampliare successivamente le proprie competenze, le frodi, la corruzione nonché l'economia e la finanza inficiate da attività illecite, con l'obiettivo principale di tutelare gli interessi dell'unione europea. Ma la portata veramente rivoluzionaria di tale organo risiede nei poteri che ad esso potranno essere attribuiti.

Infatti, oltre al mero coordinamento dell'attività investigativa condotta dai singoli stati membri, potranno essergli attribuiti poteri investigativi e di esercizio dell'azione penale indipendenti ed autonomi.

Questa radicale rivalutazione del "*modus operandi*" europeo scaturisce probabilmente dalla consapevolezza che i frequenti episodi di criminalità organizzata transfrontaliera sono oggi favoriti della libera circolazione di merci, persone e capitali, nonché dagli strumenti informatici e telematici che annullano le distanze territoriali. Da ciò ne è susseguito che a livello europeo si percepisce l'insufficienza dei soli mezzi statuali per reprimere queste forme di criminalità estese oltre i confini dei singoli stati membri, avvertendosi di converso la necessità di adottare, in ottemperanza al principio di sussidiarietà, forme avanzate di cooperazione sicuramente più idonee a combattere il problema. Nasce così il c.d. "bisogno internazionale di pena".

Detto ciò, se l'ambizioso progetto di integrazione dovesse avere seguito, esplicherebbe inesorabilmente i propri riflessi anche all'interno della struttura giurisdizionale degli Stati membri.

Infatti, se è sicuramente condivisa l'esigenza di rendere più adeguati gli strumenti di lotta nei confronti di fenomeni di criminalità transnazionale incentivando il ravvicinamento delle disposizioni legislative, di contro non può sottacersi il sorgere di diversi profili problematici in riferimento alla tutela dei diritti individuali dei cittadini e alle garanzie costituzionali.

In primo luogo il progetto della commissione europea presenta profili problematici rispetto ai nostri principi costituzionali relativi all'organizzazione dell'organo giurisdizionale e nello specifico del Pubblico Ministero.

Intorno alla figura del procuratore europeo, stringenti perplessità sorgono sotto il profilo della sua indipendenza dal potere politico: infatti, secondo la previsione della commissione, questo dovrebbe essere nominato del Consi-

glio dell'unione europea a maggioranza qualificata su proposta della commissione e previo parere del Parlamento europeo. A ben vedere, nonostante la procedura, il procuratore verrebbe in concreto individuato da un organo che rappresenta il governo dell'unione e conseguentemente si tratterebbe di un meccanismo di nomina assolutamente contrario al nostro dettato costituzionale<sup>77</sup>.

Prescindere da una effettiva e concreta indipendenza di tale organo dal potere politico significherebbe accettare un procedimento assolutamente in antitesi con le nostre garanzie costituzionali che stanno alla base del giusto processo.

Sarebbe dunque auspicabile una rivalutazione delle modalità di nomina del procuratore europeo, in modo che non solo al momento della designazione ma anche durante tutta la sua attività, si possa concretamente considerare estraneo da possibili interferenze del potere politico.

Ma la questione più delicata riguarda il rispetto del nostro principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale.

Nel caso di specie, il trattato di Lisbona attribuisce alla procura europea il potere di individuare, perseguire e rinviare a giudizio, saltando dunque qualsiasi controllo giurisdizionale sulla decisione se archiviare o rinviare a giudizio. In concreto verrebbe *de plano* estromesso il controllo e le garanzie assicurate dall'udienza preliminare, diventando, il procuratore europeo, *dominus* assoluto del procedimento<sup>78</sup>.

A tal proposito la commissione ha proposto una possibile soluzione, prevenendo la c.d. "obbligatorietà temperata", che dispone la possibilità di archiviare per ragioni di opportunità.

Detto ciò appare alquanto stridente accostare due termini, evidentemente in contrapposizione, come obbligatorio e facoltativo, visto che il principio di obbligatorietà dell'azione penale trova fondamento nel nostro ordinamento proprio nell'esigenza di garantire l'indipendenza dal potere esecutivo e parlare di "opportunità dall'azione penale" non farebbe altro che tradire il nostro dettato costituzionale che palesemente all'art. 112 sancisce che il P.M. non può

<sup>77</sup> Introduce il tema della necessità del "controllo democratico" del Parlamento europeo sull'esercizio delle competenze da parte del procuratore che incidono direttamente sui diritti e le libertà dei cittadini europei la Risoluzione del Parlamento Europeo del 27 marzo 2003 sul Libro Verde della Commissione sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea.

<sup>78</sup> Sul punto, cfr. diffusamente i contributi inseriti nel volume a cura di RAFARACI, *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio tra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007.

discrezionalmente rifiutarsi di sottoporre alla valutazione del giudice una *notitia criminis*.

In definitiva, il p.m. può prospettare al giudice l'archiviazione solo in relazione all'oggettiva infondatezza della *notitia criminis*.

Ma non è tutto, perché saltando la richiesta di rinvio a giudizio verrebbe meno anche un momento di importante garanzia per l'indagato, in quanto proprio questa fase può considerarsi la sede dove prende avvio la tutela dell'inviolabile diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost.<sup>79</sup>.

Prospettare tali poteri al procuratore europeo, senza un controllo giurisdizionale non sembra soluzione che possa essere condivisa, soprattutto alla luce del fatto che l'attività di questo organo inciderebbe sui diritti fondamentali del cittadino ed in primis sull'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Una possibile soluzione sarebbe forse quella di disciplinare in maniera estremamente precisa ed astratta le ipotesi in cui il procuratore Europeo possa non procedere. In ogni caso sembra necessario il controllo di un giudice, al quale deve essere riservata la decisione definitiva sull'archiviazione naturalmente in contraddittorio con gli interessati.

Con particolare riferimento alla proposta di consentire l'archiviazione del procedimento sulla base della «scarsa gravità della lesione dell'interesse finanziario comunitario», andrebbe, perciò, definito preventivamente, dalla normativa comunitaria, il concetto di «scarsa gravità».

Ciò sembra assai agevole nel caso di reati che implicano un vantaggio o un danno patrimoniale facilmente quantificabili (si pensi ai reati di frode, riciclaggio o frode in appalti), perché sarebbe sufficiente prevedere una soglia minima di valore economico al di sotto della quale potrebbe provvedersi ad archiviare il procedimento. In questi casi, il mancato esercizio dell'azione penale risulterebbe ancorato a criteri oggettivi (il mancato superamento di una soglia minima prestabilita), probabilmente compatibili con il principio della obbligatorietà dell'azione penale.

Altro rilevante problema si pone con riferimento allo stato membro davanti al quale si debba esercitare l'azione penale, scelta questa che risulta tutt'altro che irrilevante visto che inciderebbe sui tempi del processo, sulle sanzioni applicabili nonché sull'audizione dei testimoni. La mancanza di indicazione di elementi certi e astrattamente ben definiti atti ad individuare in maniera preventiva il luogo dove si debba esercitare l'azione penale, porterebbe all'inaccettabile conseguenza che la procura europea avrebbe un margine di discre-

<sup>79</sup> Corte cost., 26 febbraio 1993, n. 82, in *www.giur.cost.org*.

zionalità che cozzerebbe con il principio di precostituzione del giudice naturale, incidendo ancora una volta negativamente su diritti e garanzie costituzionali a tutela del cittadino<sup>80</sup>.

In effetti, sul piano della tutela della garanzia del giudice naturale precostituito per legge sancito all'art. 25, comma 1, Cost., i problemi si pongono non solo in ordine alla individuazione del giudice del merito ma anche per il giudice incaricato dell'esercizio della funzione di controllo degli atti coercitivi.

Il Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea, ad esempio, sul punto prospetta tre diverse opzioni: la competenza di uno dei tribunali della libertà dello Stato membro al cui interno è eseguito o si deve eseguire l'atto istruttorio, magari quello specificamente competente su quella porzione di territorio ove deve essere compiuto l'atto, oppure la individuazione di uno specifico e ben determinato tribunale della libertà dello Stato membro quale unico interlocutore della Procura europea infine, quale terza opzione, la possibilità per la Procura europea di combinare le formule precedenti nei limiti previsti dal diritto derivato.

Per di più è da rilevare che con l'istituzione della Procura europea si vorrebbe concentrare, in capo ad un soggetto un potere d'indagine molto forte, con conseguente travalicamento di tutti i tipi di competenza territoriale così come intesi nel nostro ordinamento. Ciò rappresenterebbe un'ulteriore violazione del rispetto all'individuazione del giudice naturale che, invece, dovrebbe essere quanto più diffuso possibile per garantire la prossimità dell'esercizio della giurisdizione al luogo ove si sia avuta la manifestazione della condotta o di parte di essa.

Analizzati i profili critici della procura europea come organo, di non minore pregnanza sembra essere il problema relativo all'acquisizione delle prove nonché della loro utilizzabilità all'interno del processo. L'assunzione della prova è regolata da precise e predeterminate regole che assicurano che quest'ultima, salvi casi assolutamente tassativi, si formi in contraddittorio tra le parti. Metodo questo che costituisce il fulcro del giusto processo e di conseguenza delle garanzie fondamentali delle parti processuali.

Con l'istituzione della procura europea, le modalità di acquisizione della prova assumerebbe peculiarità proprie di certo opinabili con riferimento a tale tutela. Si pensi soprattutto agli atti irripetibili, nonché alla disciplina delle letture *ex art. 512 bis c.p.p.*

Sarebbe conforme al diritto di difesa utilizzare dichiarazioni rese in un altro

<sup>80</sup> PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino, 2011.

stato membro da un soggetto che non è più reperibile? O forse l'utilizzabilità dovrebbe essere riconosciuta solo per quegli atti non ripetibili compiuti attraverso perizia da uno stato estero, diversi da quelli assunti o raccolti come le dichiarazioni?

Se non fosse così, e senza comunque una previa e puntuale disposizione in materia, non verrebbe forse violato palesemente il diritto dell'imputato di confrontarsi con il proprio accusatore?

È d'altra parte vero che l'esigenza di coordinare le regole della "lex loci" con i principi fondamentali del nostro ordinamento impone di utilizzare gli atti assunti, ad esempio per rogatoria, solo se condizionati al rispetto delle garanzie difensive stabilite dal nostro codice di procedura in relazione all'atto da compiere e non anche alle regole in tema di formazione della prova.

Alla luce del nuovo art. 111 Cost., però sembra necessario esigere una lettura più attenta rispetto alle garanzie del contraddittorio, per cui si ricava il principio fondamentale secondo cui anche l'utilizzabilità degli atti assunti all'estero è sottoposta alla condizione che la prova, sia quantomeno formata nel rispetto delle regole del contraddittorio, assicurando alla difesa l'esercizio delle facoltà previste dall'ordinamento italiano.

In definitiva unica soluzione auspicabile è quella di escludere la possibilità che possano essere letti ed utilizzati per la decisione atti non garantiti<sup>81</sup>.

In conclusione, la sfida che l'Unione europea ha voluto lanciare alla criminalità organizzata, ed alla dimensione transnazionale che questa ha vieppiù assunto, presuppone la creazione di strumenti di contrasto che rendano efficace la risposta in termini di prevenzione e repressione e, per dirla con una sola parola, in termini di giustizia.

Parallelamente non va elusa l'esigenza di tutelare e rispettare le garanzie individuali quale aspetto non meno importante<sup>82</sup> della questione posta per far sì che non resti inascoltato quello che alcuni Ministri della Giustizia e degli Interni affermarono in occasione della redazione del Piano d'azione del 1998: *"La libertà perde formalmente di significato se essa non può essere vissuta in un ambiente sicuro e senza un sistema giudiziario che riscuota la fiducia dei cittadini dell'Unione e delle persone che vi risiedono"*.

<sup>81</sup> DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Milano, 2007.

<sup>82</sup> In questo senso si veda la Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 30 novembre 2009 relativa ad una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati ed imputati in procedimenti penali.

Filippo Spiezia

*Erano giustificati ed hanno trovato un riscontro empirico i timori di interferenza e controllo esterno delle iniziative dei singoli uffici del p.m. suscitate dalla creazione delle D.D.A. e della D.N.A.?*

Come è noto, le prime forme istituzionali di coordinamento investigativo in ambito nazionale hanno riguardato le attività di polizia, i cui assetti organizzativi meglio consentivano l'affermarsi di un modello operativo basato sulla concertazione informativa e strategica<sup>1</sup>. Di contro, la trama costituzionale caratterizzante l'ordine giudiziario (artt. 101, 102, 104, 107, 109 Cost.) basata sul principio della magistratura quale "potere diffuso" non si prestava, *naturaliter*, né all'idea di una "verticalizzazione" degli uffici del pubblico ministero, né all'individuazione, tra questi, di un soggetto, *primus inter pares*, cui attribuire prerogative con finalità di coordinamento dell'azione di altri uffici.

Il timore palesato era quello di un controllo politico ovvero di possibili interferenze da parte dell'esecutivo. L'estensione del modello del coordinamento<sup>2</sup> anche alle attività del pubblico ministero<sup>3</sup> avvenne, dunque, solo

<sup>1</sup> Ciò venne attuato con la l. n. 121 del 1 aprile 1981 sul "Nuovo ordinamento dell'amministrazione della pubblica sicurezza" con cui si conferì al Ministro dell'interno l'alto coordinamento dei compiti e delle attività delle forze di polizia per quanto concerne la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e venne istituito, quale organo ausiliario, il Comitato nazionale dell'ordine e della sicurezza pubblica, presieduto dal Ministro e composto da un sottosegretario di Stato per l'interno, dal Capo della Polizia e dai comandanti generali dell'Arma dei carabinieri e del Corpo della Guardia di Finanza (art. 18). A livello periferico si attribuì al prefetto la responsabilità generale dell'ordine e della sicurezza pubblica nella provincia, coadiuvato dall'omonimo Comitato provinciale, composto dal questore e dai comandanti provinciali delle altre forze di polizia, quale organo ausiliario e di consulenza (art. 13). Il quadro si arricchì con le specifiche previsioni di cui all'art. 8, d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 conv. nella l. 15 marzo 1991, n. 82 in tema di sequestri di persona e, soprattutto con il d.l. 29 ottobre 1991, n. 345, conv. nella l. 30 dicembre 1991, n. 410 istitutivo della Direzione Investigativa antimafia (D.I.A.).

<sup>2</sup> Il coordinamento richiama una relazione organizzativa tipica del diritto amministrativo, che si colloca in posizione intermedia tra equi-ordinazione e sovra ordinazione, garantendo un'unità di azione in un assetto istituzionale che preserva da forme di interferenza di tipo gerarchico (V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 631 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1998, p. 858).

<sup>3</sup> In verità la necessità di istituire forme di coordinamento era stata già avvertita dalla magistratura italiana a partire dagli anni '70 (del secolo scorso) e si era manifestata attraverso iniziative di collegamento spontaneo tra gli uffici inquirenti al fine di accrescere l'efficacia della risposta giudiziaria al terrorismo nero e rosso, di cui fu presto percepita l'insidia che esso arrecava alla vita democratica del paese e delle sue istituzioni. Negli anni '80, di fronte all'incalzare della delinquenza mafiosa, in grado di trarre enormi profitti dal mercato illegale degli stupefacenti, la magi-

con la l. n. 8 del 20 gennaio 1992 (di conversione del d.l. n. 367 del 20 novembre 1991) che, modificando l'ordinamento giudiziario, istituiva le Direzioni distrettuali antimafia, individuate in ciascun ufficio di Procura presso il Tribunale del capoluogo distrettuale (art. 70 *bis*) e la Direzione nazionale antimafia (D.N.A.)<sup>4</sup> nell'ambito della Procura Generale presso la Corte di cassazione (art. 76 *bis*). Qualche mese prima, con altra legge, era stato demandato al pubblico ministero il compito di curare il coordinamento investigativo ed operativo, conferendogli la possibilità di servirsi dei tre servizi centrali di polizia, impartendo loro opportune direttive (art. 12 della legge 203 del 1991). L'affermazione era importante in quanto, in linea con le scelte operate con il codice di rito del 1989 (cfr. artt. 327, 330, 347, 348 c.p.p.), sanciva il principio per cui anche le attività di investigazione, in presenza di collegamenti attuali o potenziali, devono essere coordinate dalla magistratura inquirente.

La risposta sul piano tecnico-normativo alle esigenze di una maggiore efficacia delle indagini per i reati di mafia veniva dunque individuata nell'istituzione di uffici a livello distrettuale (D.D.A.), intesi quali pool specializzati di magistrati all'interno di ogni Procura di distretto, e in un ufficio con competenza estesa all'intero territorio nazionale, nel quale attribuzioni prevalenti si riconoscevano al suo titolare, il Procuratore nazionale antimafia.

Mentre la concentrazione della competenza a dirigere tali indagini in capo ai 26 Procuratori distrettuali trovò ben presto il favore della magistratura, diversa fu la reazione verso l'istituzione della D.N.A. La creazione delle Direzioni distrettuali soddisfaceva, infatti, l'avvertita esigenza di evitare la frammentazione delle inchieste, anche perché la disciplina della competenza per connessione *ex art. 12 c.p.p.*, nell'originaria impostazione, si presentava "innaturale" rispetto alle dimensioni ed alle caratteristiche assunte dal crimine organizzato, operante in ambiti spesso trascendenti lo stesso territorio nazionale. Era dunque necessaria l'adozione di un modulo organizzativo del pubblico ministero in grado di offrire un'interpretazione unitaria di episodi criminali, oltre che la formazione di un sapere investigativo specifico.

Diversamente, come è noto, l'istituzione della figura del Procuratore nazio-

struttura più avveduta riconobbe l'insufficienza del "coordinamento spontaneo" per le indagini di mafia e l'esigenza d'individuare nuovi modelli organizzativi.

<sup>4</sup> La denominazione del nuovo ufficio riflette il vivace dibattito, non solo parlamentare, che ne accompagnò la sua istituzione. Quella originaria, di Procura nazionale antimafia, venne abbandonata e il riferimento alla Procura è rimasto, in sede di adozione dell'atto normativo finale, solo con riferimento al suo titolare.

nale fu accompagnata, da subito, da obiezioni e riserve. Il timore per una riduzione della indipendenza della magistratura inquirente, a causa del carattere verticistico del nuovo organismo e per alcune prerogative conferite al titolare dell'ufficio, almeno nell'originaria versione normativa<sup>5</sup>, era forte. Tale diffidenza sfociò anche in forme eclatanti di protesta (quale la proclamazione di un'astensione dal lavoro), alle quali aderirono molti magistrati, che in qualche modo indussero il legislatore a rivedere la formulazione dell'originario progetto governativo.

Di quelle polemiche, sebbene in parte sopite, è ancora oggi possibile rintracciare alcuni segni che si manifestano nella perdurante non generalizzata accettazione del modello del coordinamento investigativo introdotto dal legislatore nel 1992, incentrato sullo stretto raccordo tra Procure distrettuali e Procura nazionale e basato sulla cultura della condivisione di informazioni e di strategie. Tuttavia, se ciò poteva giustificarsi nei primi anni di applicazione della riforma<sup>6</sup>, è arduo rinvenire a distanza di oltre vent'anni un plausibile fondamento alla persistenza di quelle remore, che ancora si riscontra nell'azione di alcuni uffici senza dubbio "strategici" nel panorama nazionale, per le dimensioni e la loro collocazione geografica in aree a forte presenza criminale. Ciò si traduce in criticità nei rapporti di quegli uffici con la D.N.A., ravvisabili in inosservanza di direttive per il coordinamento assunte in singoli casi e nell'insufficiente livello di "implementazione" della banca dati nazionale, non solo per la quantità, ma soprattutto per la qualità degli atti di indagine inseriti, spesso concernenti investigazioni risalenti nel tempo e non anche quelle in corso.

<sup>5</sup> Si pensi alla previsione, eliminata in sede di conversione del d.l. 367 del 1991, di cui alla lettera d) che originariamente figurava all'art. 371 *bis* c.p.p., che delineava in capo al P.N.A. il potere di individuare i temi di investigazione ed orientare i piani di indagine sull'intero territorio nazionale. Scomparsa in sede di conversione è anche la previsione di cui alla lettera e), che conferiva al P.N.A. la facoltà di impartire direttive ai Procuratori distrettuali volte ad assicurare il miglior impiego dei magistrati delle Direzioni Distrettuali antimafia e delle forze di polizia, anche coordinando i modi e le forme secondo cui i Procuratori distrettuali si avvalgono della Dia. Tuttavia, tale ultima prerogativa deve ritenersi inclusa nelle previsioni contenute all'art. 371 *bis* comma primo e secondo, laddove, con riferimento alla polizia giudiziaria, si configura la facoltà per il Procuratore nazionale antimafia di disporre della Dia e dei servizi centrali ed interprovinciali delle forze di polizia, e la possibilità di impartire direttive intese a regolare l'impiego a fini investigativi.

<sup>6</sup> Cfr. la relazione di A. MARITATI, *Il coordinamento delle indagini nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata. Il ruolo della D.N.A.*, presentata in occasione dell'incontro di studio sul tema "I delitti di criminalità organizzata: profili criminologici, sostanziali e processuali", svoltosi a Frascati, dal 13 al 17 maggio 1996. In tale relazione venivano segnalati pregiudizi ideologici e difficoltà nell'accettare la nuova cultura della "socializzazione del sapere".

In tal modo si impedisce alla Direzione nazionale antimafia il dispiegamento del proprio potenziale operativo, che presuppone una conoscenza complessiva ed aggiornata del fenomeno “criminalità organizzata” in tutte le sue concrete manifestazioni, attuabile in modo *strutturato* e non *occasionale* attraverso il corretto funzionamento della banca dati, le cui *coordinate* sono scolpite nel vigente sistema normativo e para-normativo (delineato, quest’ultimo, dal Consiglio Superiore della Magistratura). Tali resistenze sono foriere di effetti pregiudizievoli, a cascata, non solo sull’operatività dell’ufficio nazionale, ma anche su quelli distrettuali, direttamente o anche solo potenzialmente coinvolti in indagini collegate, in quanto privati di indispensabili fonti conoscitive e di una visione d’insieme dei fenomeni criminali che solo una struttura in posizione centrale può assicurare. In altri termini, l’effetto “paralizzante” si riverbera sul funzionamento dell’intero modello concepito dal legislatore in vista del coordinamento.

Remore vecchie e nuove non possono più giustificarsi. Le competenze normativamente assegnate alla D.N.A. non potrebbero, infatti, legittimamente determinare alcuna interferenza sull’autonomia investigativa dei singoli pubblici ministeri. Ad analoghe conclusioni si perviene esaminando la prassi operativa seguita in questi anni dalla D.N.A. Sotto il primo profilo è utile una sintetica ricognizione delle essenziali prerogative del P.N.A. Se va dato atto di una loro non perfetta declinazione normativa, tuttavia il procedimento ermeneutico approda ad esiti finali sufficientemente univoci e rassicuranti per l’interprete. La base normativa degli aspetti funzionali dell’ufficio, non modificata dalle leggi di riforma ordinamentale<sup>7</sup>, va ancora individuata nell’art. 371 *bis* c.p.p. richiamato al comma sesto dell’art. 103 del nuovo codice antimafia. Il quadro è integrato dal regime delle applicazioni di cui agli artt. 110 *bis* e 110 *ter* dell’ordinamento giudiziario, oggi formalmente abrogati e trasfusi nell’art. 105 del citato codice.

L’impressione che si ricava da una prima lettura del dato normativo è quella di una sua approssimazione lessicale, confermata dalla insufficiente chiarezza dei rapporti tra il primo ed il secondo comma. Un’esegesi letterale induce a ritenere che, solo in via tendenziale, al primo comma è rimessa la disciplina della funzione di coordinamento ed al secondo quella dell’apparato strumentale ovvero delle modalità operative attraverso cui la funzione viene esplicata. L’incerto stilema normativo riflette probabilmente lo sforzo, emergente dai lavori parlamentari che accompagnarono la conversione in legge del decreto

<sup>7</sup> Ci si riferisce al d.lgs. n. 106/2006 come modificato dalla l. n. 111/2007.

legge istitutivo (n. 367 del 1991), per la ricerca di un punto di equilibrio tra l'esigenza di una maggiore efficacia nelle indagini per reati di mafia e quella della salvaguardia dell'indipendenza ed autonomia dei singoli uffici del pubblico ministero, coinvolti nella direzione dei relativi procedimenti. Se a ciò si aggiunge il fatto che il coordinamento, a rigore, presuppone la contemporanea pendenza di più indagini preliminari, e che, di contro, alcune delle prerogative di cui all'art. 371 *bis* c.p.p. prescindono da essa, si coglie anche l'inadeguatezza della collocazione sistematica di quest'ultima norma e della sua stessa rubrica. Secondo una convincente ricostruzione degli aspetti funzionali<sup>8</sup> si può ritenere che il Procuratore nazionale antimafia sia investito di due nuclei di funzioni: *funzioni di impulso al coordinamento e funzioni di impulso alle investigazioni*<sup>9</sup>.

In ogni caso non pare revocabile in dubbio che la funzione di impulso per il coordinamento prescinde dall'attivazione di forme di coordinamento spontaneo, previsto dall'art. 371 c.p.p., e deve potersi esplicare indipendentemente da esso. Ciò si desume sia dalla mancanza di qualsiasi criterio di graduazione tra il coordinamento spontaneo e l'esercizio delle funzioni di cui all'art. 371 *bis* c.p.p., sia dall'attribuzione del compito, espressamente previsto in capo al Procuratore nazionale, di rendere ottimale tale coordinamento anche *prevenendo* possibili contrasti che nel corso delle indagini potrebbero realizzarsi. Inoltre, il Procuratore nazionale ha il potere-dovere di individuare, oltre a quelle già conosciute dagli uffici, ulteriori ipotesi di collegamento investigati-

<sup>8</sup> Cfr. sul punto G. CONSO, V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1996.

<sup>9</sup> Appartengono al primo gruppo: quella di cui alla lett. a), comma terzo, dell'art. 371 *bis* c.p.p., secondo cui il Procuratore nazionale antimafia «per lo svolgimento delle funzioni attribuitegli dalla legge, d'intesa con i procuratori distrettuali interessati, assicura il collegamento investigativo anche per mezzo dei magistrati della Direzione nazionale antimafia; la funzione indicata alla lett. f), comma terzo, dell'art. 371 *bis* c.p.p., che consente di impartire ai Procuratori distrettuali specifiche direttive, alle quali devono attenersi al fine di prevenire e risolvere contrasti sulle modalità relative al coordinamento delle attività di indagine; quella di cui alla lettera g), comma terzo, dell'art. 371 *bis* c.p.p., che consente al Procuratore nazionale antimafia di riunire i procuratori distrettuali al fine di risolvere i contrasti che, malgrado le direttive specifiche impartite, sono insorti e hanno impedito di promuovere o di rendere effettivo il coordinamento; infine, la funzione di cui alla lettera g), del comma terzo, dell'art. 371 *bis* c.p.p., secondo cui il Procuratore nazionale antimafia dispone con decreto motivato, reclamabile al Procuratore generale della Cassazione, l'avocazione delle indagini preliminari relative a taluno dei delitti di cui all'art. 51, terzo comma, *bis* c.p.p., quando non hanno dato esito le riunioni disposte al fine di promuovere e rendere effettivo il coordinamento e questo non è stato possibile a causa della: 1) perdurante e ingiustificata inerzia nell'attività di indagine; 2) ingiustificata e reiterata violazione dei doveri previsti all'art. 371 c.p.p. ai fini del coordinamento delle indagini.

vo, potendo essere in possesso di informazioni provenienti da altri procedimenti o di informazioni frutto di elaborazioni di carattere generale che ben possono e devono essere messe a disposizione delle indagini.

Sono riconducibili alle funzioni di impulso per le investigazioni le previsioni di cui all'art. c), comma terzo, dell'art. 371 *bis* c.p.p., che consentono al Procuratore nazionale di procedere all'acquisizione ed elaborazione di notizie, di informazioni e di dati attinenti alla criminalità organizzata, ai fini non solo del coordinamento investigativo, ma anche della repressione della criminalità organizzata. Il riferimento testuale all'acquisizione rende palese che il Procuratore nazionale antimafia è abilitato non solo a ricevere, ma pure a ricercare le informazioni. Tale prerogativa, a ben riflettere, rappresenta il presupposto fondamentale per l'esercizio di tutte le attività di coordinamento in senso stretto. Sul piano operativo essa si completa con il potere di accesso ai dati inseriti nel registro generale delle Procure distrettuali, limitatamente ai procedimenti per i reati di cui all'art. 51 comma terzo bis c.p.p. (art. 117, comma 2 *bis*, c.p.p.) ed ai registri di cui all'art. 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55. Tale facoltà lo pone sia nelle condizioni di cogliere i casi di collegamento tra le indagini in corso tra più uffici, sia di formarsi un patrimonio conoscitivo per promuovere nuovi filoni investigativi, di competenza di uffici diversi da quelli detentori del dato<sup>10</sup>.

Orbene, dal quadro normativo complessivo emerge la scelta, consapevolmente perseguita dal legislatore, di concepire la D.N.A. non come "regolatore" del traffico di atti relativi ad indagini collegate, in pendenza presso più Uffici del pubblico ministero, ma quella di vera e propria "cabina di regia" che ha come obiettivo l'*organizzazione* delle indagini come metodo indispensabile per far fronte all'*organizzazione* del crimine. Il sistema normativo è fondato, dunque, su una circolazione delle notizie rilevanti, attinenti al crimine organizzato, da attuarsi costantemente attraverso il circuito D.D.A.-D.N.A., essendo del tutto inadeguata una risposta repressiva lasciata alla spontaneità dell'intervento dei singoli pubblici ministeri.

Ogni lettura del dato normativo che assegna alla D.N.A. un ruolo residuale,

<sup>10</sup> Nella medesima prospettiva funzionale, si colloca anche la facoltà di procedere a colloqui personali con detenuti o internati, attribuita senza necessità di autorizzazione al Procuratore nazionale antimafia dall'art. 18 *bis*, comma quinto, della legge 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario. Tralasciando, infine, la funzione di coordinamento in senso stretto anche l'esercizio delle prerogative previste dalla lett. b), comma terzo, dell'art. 371 *bis* c.p.p. di curare, mediante applicazioni temporanee dei magistrati della Direzione nazionale e delle Direzioni distrettuali antimafia, la flessibilità e mobilità che soddisfino specifiche e contingenti esigenze investigative o processuali».

attivabile “a richiesta”, ovvero solo nel caso di contrasti tra uffici distrettuali per l’ipotesi di mancata attuazione di forme di collegamento spontaneo, si traduce in una distorsione del disegno complessivo e delle prerogative dell’ufficio nazionale. Essa può dar luogo a condotte in contrasto con il descritto statuto legale, come, ad esempio, in caso di mancata trasmissione di atti e/o informazioni alla D.N.A. relativi ad indagini in corso, ovvero di mancato inserimento degli stessi in banca dati nazionale. La loro reiterazione può essere foriera di gravi pregiudizi al corretto svolgimento delle indagini in corso e non può non determinare l’attivazione di meccanismi, anche disciplinari, (oltre che eventualmente penali per le ipotesi di rifiuto *ex art. 328 c.p.*), quando consapevolmente siano stati violati gli obblighi di legge a carattere cooperativo. Il tema è stato già affrontato dalla Suprema Corte di cassazione nel quadro della previgente disciplina dell’illecito disciplinare. La Corte ha rilevato che *“l’essenza del coordinamento in generale, ed in particolare di quello concernete indagini in materia di associazione di stampo mafioso, è costituita dalla diffusione, tra gli uffici interessati alle indagini collegate, dalle conoscenze acquisite da ciascun ufficio, e che la diffusione circolare delle conoscenze e delle iniziative è assicurata dallo scambio di informazioni e notizie, tale attività deve ritenersi doverosa e, conseguentemente, al suo espletamento i magistrati coinvolti devono ritenersi vincolati. Ne discende che qualora un coordinamento investigativo sia stato effettivamente instaurato, sorge nei confronti dei procuratori che a tale attività coordinata partecipano, il dovere di cooperare con lealtà ed efficacia al reciproco scambio di atti ed informazioni circa le indagini svolte e da svolgere e le iniziative che intendono adottare. La violazione del detto dovere di cooperare in funzione del coordinamento costituisce violazione di norma processuale, suscettiva di integrare l’elemento oggettivo dell’illecito disciplinare costituito dalla mancanza ai doveri ai sensi dell’art. 18 del R.D. Lgs. 31 maggio 1946, n. 511”*<sup>11</sup>.

Va dunque ribadita la più assoluta autonomia del singolo pubblico ministero nell’esercizio dell’azione penale e nel valutare le strategie d’intervento, non può dubitarsi del fatto che, in presenza di indagini che risultino anche solo potenzialmente collegate, vi è l’obbligo di conferire ogni informazione, in tempi reali, anche al Procuratore nazionale antimafia, per assicurare la conoscenza di ogni elemento utile alla valutazione complessiva del quadro delle indagini ed il pieno esercizio delle sue prerogative in vista del coordinamento.

Su tali aspetti ha posto l’accento, di recente, anche il C.S.M. con l’adozione della chiara risoluzione nella seduta del 25 luglio 2012 sull’utilizzo del sistema SIDDA-SIDNA da parte delle Direzioni distrettuali e su eventuali profili di

<sup>11</sup> Così Cass. civ., SS.UU., 17 luglio 2003, n. 11190, in *Ced.*, n. 563189.

criticità nell'inserimento degli atti<sup>12</sup>.

La persistenza di remore nell'attuazione degli obblighi cooperativi non può giustificarsi neppure alla luce della prassi operativa seguita dall'ufficio, poiché il P.N.A. non ha mai fatto uso del potere di avocazione delle indagini<sup>13</sup>, conferendo a tale istituto, nella sua interpretazione pratica, una valenza eccezionale. Tale scelta è stata assunta pur a fronte di non secondarie criticità registrate nel rapporto con alcuni uffici distrettuali. Inoltre, i positivi e riconosciuti effetti derivanti dal dispiegamento del potenziale operativo dell'organismo, nei casi in cui ciò è stato possibile, rendono irrazionale il persistere di atteggiamenti di resistenza verso il modello del coordinamento. La D.N.A. ha infatti dimostrato, in più di una vicenda investigativa, di sapere svolgere un ruolo di utile servizio a sostegno delle Procure distrettuali e della loro azione, in indagini su gravi fatti delittuosi (sintomatica l'attività di coordinamento e di impulso svolta dalla D.N.A. sulle stragi mafiose degli anni 1992/1993). La sua azione, lungi dal limitare l'azione dei pubblici ministeri distrettuali, si è spesso tradotta in un potenziamento della risposta repressiva, predisponendo le condizioni più favorevoli all'esercizio dell'azione penale. In definitiva, è il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale che può avvantaggiarsi da una piena attuazione del modello del coordinamento e dall'intervento propulsivo del P.N.A., in quanto finalizzato all'espletamento di ogni possibile attività di indagine necessaria al raggiungimento di obiettivi di giustizia. Anche dal punto di vista della prassi operativa, dunque, la salvaguardia dell'indipendenza di ciascun procuratore distrettuale è pienamente compatibile con le esigenze poste dal modello del coordinamento e dagli obblighi informativi verso la D.N.A., che va posta nelle condizioni migliori per assicurare tempestività ed efficacia alle indagini, per una compiuta attuazione dei principi costituzionali governanti l'eser-

<sup>12</sup> La citata Risoluzione n. 22/IN/2011 del C.S.M. sull'utilizzo del sistema SIDDA-SIDNA da parte delle Direzioni Distrettuali Antimafia ha tratto origine dalla nota del 25 febbraio 2011 del Consigliere del Presidente della Repubblica per gli Affari dell'Amministrazione della giustizia, con cui il Consiglio veniva investito della lettera con la quale il Procuratore Nazionale Antimafia aveva segnalato lo "stallo" istituzionale relativo al procedimento penale concernente la c.d. "trattativa". Il documento consiliare dà poi conto che l'esito delle più recenti ricognizioni statistiche circa il numero degli atti inseriti dalle D.D.A. e circa la loro tipologia, ha restituito un quadro allarmante, perché a fronte di numerose direzioni distrettuali "virtuose", si rilevano numerosi casi in cui l'attività di inserimento degli atti in banca dati è assolutamente carente, oppure avviene a diversi mesi di distanza dal compimento dell'atto.

<sup>13</sup> Cfr. P.L. VIGNA, *La completezza e la tempestività delle investigazioni. La funzione dell'impiego della polizia giudiziaria nelle sue diverse articolazioni*, in *Quad. CSM*, 1998, n. 99, p. 9 ss.

cizio dell'azione penale.

La prassi segnala dunque alcuni problemi di ineffettività nell'azione dell'organismo piuttosto che interferenze con le iniziative dei singoli uffici del p.m. Ribaltando la prospettiva della domanda ci sarebbe, dunque, da chiedere se, dato il tempo trascorso dall'istituzione della D.N.A., non sia il caso di abbandonare definitivamente quelle riserve legate al persistere di "gelosie investigative", in antitesi con la "socializzazione" delle informazioni, base fondante del modello organizzativo-funzionale del coordinamento.

*All'accresciuta efficacia di una risposta giudiziaria non frammentata ai crimini di mafia, conseguente alla concertazione dei poteri di indagine, ha corrisposto anche una lettura dei fenomeni di criminalità organizzata nell'ottica della formazione di un sapere investigativo specializzato ed unitario?*

Le funzioni della Direzione nazionale antimafia si sono spesso tradotte in una *capacità di analisi* dei fenomeni criminali, completa ed aggiornata, assicurando, in uno all'azione delle direzioni distrettuali antimafia, un sapere investigativo specializzato. È forse proprio questo uno degli aspetti in cui le funzioni concepite dal legislatore con la novella del 1992 hanno trovato compiuta attuazione, in misura certamente maggiore rispetto al ruolo di "cabina di regia" che l'ufficio dovrebbe svolgere quale suo compito prioritario, attraverso l'elaborazione di strategie *integrate di strumenti e di azioni* per il contrasto al crimine organizzato, in cui la stessa finalità della prevenzione acquisisce rilievo non secondario<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Sono espressione di questa visione integrata anche le altre funzioni riconosciute all'Ufficio, quali le previsioni in materia di disciplina dei contrasti *ex artt. 54 ter e quater c.p.p.*, e quelle concernenti i pareri richiesti al P.N.A. in tema di collaboratori di giustizia di cui all'art. 11 legge n. 82/1991 e successive modifiche. Ancora, può assumere particolare rilevanza la presenza di magistrati della Dna con il ruolo di pubblico ministero nelle udienze davanti al Tribunale di Sorveglianza di Roma nei procedimenti relativi ai reclami avverso l'applicazione o la proroga del regime *ex art. 41 bis ord. penit. (art. 2, l. 15 luglio 2009, n. 94)*, poiché non vi è dubbio che l'opportuno raccordo delle iniziative che la Dna è in grado di garantire, in materia di sospensione dell'ordinario regime penitenziario, potrà produrre risultati particolarmente preganti ed incisivi nelle strategie di contrasto al crimine mafioso.

Parallelamente alle preminenti attività di collegamento investigativo, la Direzione nazionale antimafia, mediante propri magistrati, partecipa ad organismi e strutture operanti in specifici settori, quali: la Commissione centrale *ex art. 10 l. n. 82/1991* (in tema di collaboratori e testimoni di giustizia); l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici (anche sulla scorta della Convenzione siglata con la Dna in data 2 luglio 2001) in tema di appalti; il Comitato di Sicurezza Finanziaria previsto dal d.l. 12 ottobre 2001, n. 369, conv., con modificazioni, dalla l. 14 dicembre 2001, n. 431, recante *Misure urgenti per reprimere e contrastare il finanziamento del terrorismo internazionale* garantendo in esso quella capacità di analisi che derivano soltanto dalla possibilità di una lettura unitaria delle dinamiche dei mercati finanziari riconducibili a fenomeni criminali complessi; il Comitato di coordinamento per l'Alta Sorveglianza sulle Grandi Opere, istituito presso il Mini-

Momento di sintesi nel quale tale funzione trova la sua manifestazione è quello della elaborazione della “Relazione annuale sulle attività svolte dal P.N.A. e dalla D.N.A. nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso”. Pur non sussistendo alcun obbligo normativo, il P.N.A. ritiene doveroso e opportuno predisporre annualmente tale documento, affinché il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione – nell’ambito del cui Ufficio è istituita la Direzione Nazionale Antimafia – possa disporre di una sintesi della complessiva attività svolta dalla D.N.A. e da chi la dirige e di un’analisi aggiornata dei fenomeni criminali. Oltre che rispondente a finalità informative di tipo istituzionale, esso è utile per gli stessi magistrati che compongono le Direzioni distrettuali antimafia. Va infatti considerato che per effetto delle circolari adottate dal C.S.M., le Direzioni distrettuali antimafia si sono profondamente trasformate, ringiovanendo di circa il 75% il loro organico, mutando profondamente la loro struttura e la memoria storica degli uffici, costituita dai magistrati anziani, si è dispersa attraverso nuove sistemazioni professionali. In questo contesto il lavoro di analisi della D.N.A. acquisisce un’importanza particolare per il recupero di conoscenze sui gruppi criminali indagati, confermandosi per tale via il suo ruolo di struttura di servizio, per il contributo di esperienza e di professionalità che può assicurare. Tale analisi è resa possibile anche grazie all’articolazione organizzativa dell’Ufficio che riflette i principali ambiti attraverso cui può scomporsi l’approfondimento dei fenomeni criminali. Quest’ultima è pervenuta ormai ad assetti consolidati attraverso la previsione di “sezioni”, di “materie di interesse” e dei “servizi”. In particolare, le “sezioni” sono state istituite in relazione alle principali forme di criminalità organizzata endogena (Cosa Nostra, ‘Ndrangheta, Camorra, Sacra Corona Unita e gruppi criminali pugliesi) ed alle Mafie straniere, tenendo conto anche dell’omogeneità di talune materie. Lo stesso dicasi per le materie “di interesse”, effettuata tenendo conto dello specifico fenomeno ed avendo riguardo ai dati e alle informazioni emergenti dalle attività investigative svolte dalle Procure distrettuali<sup>15</sup>. Infine, compiti di supporto per l’intero ufficio

stero dell’Interno le cui funzioni, a seguito dell’entrata in vigore della legge di delega n. 443/2001 (c.d. “Legge obiettivo”) e del decreto legislativo di attuazione relativi alla realizzazione di *grandi opere strategiche*, che mirano ad approfondire le problematiche connesse alle misure dirette ad impedire infiltrazioni della criminalità organizzata nello specifico settore; il Gruppo di lavoro relativo alla banca dati dei beni confiscati alla criminalità organizzata (SIPPI).

<sup>15</sup> Le principali materie individuate attengono ai pubblici appalti, all’ecomafia, alla criminalità organizzata nel settore agricolo, alle operazioni sospette, alle misure di prevenzione patrimoniali, al narcotraffico, alla contraffazione di marchi, alle infiltrazioni della criminalità organizzata nell’ambito degli aiuti alle imprese destinatarie di contributi *ex l. n. 488/1992* nonché in frodi e

sono svolti, ciascuno nel suo ambito di competenza, dal Servizio Studi e documentazione, dal Servizio telecomunicazioni e nuove tecnologie e dal Servizio Cooperazione internazionale. Tale assetto è risultato anche funzionale alle esigenze investigative, poiché in grado di potenziare tutte le attività che avvicinano il lavoro della D.N.A. a quello degli uffici giudiziari operanti sul campo.

*L'anomala collocazione ordinamentale della D.N.A. e del Procuratore Nazionale Antimafia (P.N.A.) aventi rilievo autonomo, ma nell'ambito della Procura Generale presso la Corte di Cassazione sotto la sorveglianza di quel P.G. può costituire un ostacolo al pieno dispiegarsi delle attitudini e delle potenzialità dell'organismo?*

La Direzione nazionale antimafia è diretta dal Procuratore nazionale, che in quanto diretto destinatario di una serie di attribuzioni, è posto in una chiara posizione di preminenza rispetto all'ufficio che dirige. Nell'esercizio di tali funzioni egli gode di una posizione di larga autonomia, da esercitare, peraltro, sotto la "sorveglianza" del Procuratore Generale presso la Corte medesima. Tale soluzione è ribadita dal codice antimafia (di cui al d. lgs. del 6 settembre 2011, n. 159), le cui disposizioni in materia (artt. 103-105) sono sostanzialmente riprodottrici di quelle contenute negli artt. 76 *bis*, 76 *ter* e 100 *bis* dell'ordinamento giudiziario, formalmente abrogate. La collocazione ordinamentale del nuovo ufficio nell'ambito della Procura generale presso la Corte di Cassazione costituì uno dei profili maggiormente dibattuti in occasione della riforma del 1991<sup>16</sup>. Dai lavori parlamentari si evince che tale collegamento sottendeva un'opzione verso la possibile attribuzione delle funzioni di coordinamento investigativo allo stesso Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, soluzione questa che avrebbe evitato la costituzione di un ufficio giudiziario suscettibile di alterare l'assetto della giurisdizione inquirente. Tale ipotesi, tuttavia, non ebbe seguito e si optò per la costituzione di un nuovo ufficio che si presentava con un'ibrida collocazione ordinamentale, in quanto l'esercizio delle sue funzioni attiene al merito, ma il suo ambito d'azione è a

altre attività illegali a scapito degli interessi finanziari delle Comunità europee, all'immigrazione clandestina e tratta di persone, alle infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore del gioco (anche) lecito, alle infiltrazioni della criminalità organizzata nella pubblica amministrazione, alle infiltrazioni della criminalità organizzata nelle opere connesse alla realizzazione del Ponte sullo Stretto di Messina, al regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-*bis* ord. penit., alle misure di prevenzione personali, all'antiriciclaggio, al racket e usura, al doping e criminalità organizzata, alle stragi, all'infiltrazioni della criminalità organizzata nel mondo del lavoro, al contrabbando, all'informatica.

<sup>16</sup> In tal senso A. CISTERNA - M. DE LUCIA, *Direzione nazionale antimafia*, in *Dig. disc. pen.*, Milano, 2011, p. 168.

carattere nazionale. Va anche evidenziata la persistente incongruenza normativa secondo cui, ai sensi del d. lgs. n. 25/2006, al Consiglio giudiziario presso la Corte d'Appello di Roma, spettano i pareri su promozioni, avanzamenti e sullo *status* dei magistrati del suo ufficio, e non più al Consiglio Direttivo della Cassazione, senza che vi siano peculiari ragioni di collegamento, sul piano processuale-funzionale, tra il lavoro dei sostituti procuratori nazionali e gli uffici del distretto di Roma cui mette capo il suddetto Consiglio. L'art. 10 del d. lgs. n. 160/2006 come modificato dalla legge n. 117/2007 di riforma dell'ordinamento giudiziario, ha confermato l'autonoma rilevanza delle funzioni di coordinamento investigativo rimesse ai magistrati della D.N.A. rispetto alla Procura Generale della Cassazione. La distinzione trovasi riflessa anche nell'abrogazione del secondo comma dell'art. 76 *ter* ord. giud. ad opera dell'art. 2, comma 29, legge n. 150/2005, per effetto del quale, «nella relazione generale sull'amministrazione della giustizia prevista dall'art. 86, il Procuratore generale comunicava l'attività svolta e i risultati conseguiti dal Procuratore nazionale antimafia e dalle Direzioni nazionali e distrettuali antimafia».

La *peculiare* collocazione ordinamentale della D.N.A. e del Procuratore Nazionale Antimafia si traduce, nella dinamiche attuative, in momenti di collaborazione istituzionale con la Procura Generale, che non ostacolano il dispiegarsi delle attitudini e delle potenzialità dell'organismo. Al contrario è auspicabile l'intensificazione di tale rapporto, di cui entrambi gli Uffici potrebbero giovare. Sono individuabili, al riguardo, due ambiti in cui la descritta relazione potrebbe conoscere ulteriore sviluppo: il primo riguarda la proiezione internazionale della D.N.A. Poiché la Procura Generale della Cassazione partecipa, dal 2011, a quel *network* informale che ha dato luogo al *Forum dei General Prosecutors* degli Stati Membri dell'UE, essa potrebbe attingere all'*expertise* della D.N.A. per poter acquisire e condividere quelle informazioni, anche di tipo investigativo, spesso richieste in sede di confronto con gli altri procuratori generali europei. Ciò è particolarmente utile nei casi in cui il Forum viene interpellato dalle istituzioni europee (Consiglio, Commissione) per esprimere valutazioni sulla funzionalità degli strumenti adottati a livello sovranazionale. Il secondo ambito di collaborazione inter-istituzionale attiene allo scambio di informazioni che potrebbe attivarsi coinvolgendo anche gli uffici delle Procure Generali presso le Corti d'Appello distrettuali. Ci si riferisce al meccanismo previsto dall'art. 6 del d. lgs. n. 106/2006 secondo cui «Il Procuratore generale presso la Corte di appello, al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo, nonché il puntuale esercizio da parte dei Procuratori della Repubblica dei pote-

ri di direzione, controllo e organizzazione degli uffici ai quali sono preposti, acquisisce dati e notizie dalle Procure della Repubblica del distretto ed invia almeno una volta all'anno una relazione al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione». Si tratta di un potere (non gerarchico) di informazione e di controllo al fine di evitare e prevenire i conflitti tra i diversi uffici e garantire il rispetto dei principi convenzionali e costituzionali del giusto processo. Queste prerogative, con il successivo coinvolgimento anche del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, potrebbero essere attivate anche per l'efficace propagazione, a livello distrettuale, di buone prassi rilevate dalla D.N.A. nelle attività di coordinamento investigativo, ovvero per sensibilizzare gli uffici inquirenti su peculiari problematiche, giuridico – operative, scaturenti dalle attività di analisi generale dei fenomeni criminali effettuate dalla D.N.A.

*Appare logica la perdurante sconnessione normativa tra l'elenco dei delitti di criminalità organizzata di cui all'art. 51, comma terzo bis, richiamato dall'art. 371 bis c.p.p., per i quali è prevista l'attività di coordinamento del PNA ed il più ampio catalogo dei reati di competenza delle D.D.A. che, dopo l'entrata in vigore della l. n. 48 del 2008, comprende i delitti di terrorismo, di prostituzione e pornografia minorile, i reati informatici e in tema di illecite intercettazioni?*

Le norme funzionali sul coordinamento investigativo demandato al Procuratore nazionale antimafia di cui all'art. 371 bis c.p.p. vanno coniugate con le previsioni riguardanti l'ambito della sua azione<sup>17</sup>, determinato *per relationem* mediante il richiamo, al comma primo dell'art. 371 bis c.p.p., dell'art. 51, comma terzo bis, c.p.p. L'espansione del catalogo dei reati di cui al citato art. 51, comma terzo bis – conseguente al riconoscimento della presenza del crimine organizzato in sempre nuovi mercati illegali – ha progressivamente dilatato l'area di intervento della Direzione nazionale antimafia. Dalla prima formulazione di tale comma (d.l. 20 novembre 1991, n. 367) – riguardante i reati

<sup>17</sup> Va anche segnalato che accanto ai compiti di coordinamento dei relativi procedimenti in senso stretto, il Procuratore nazionale ha anche il potere di proposta per le misure di prevenzione a carattere personale, che oggi l'art. 5 del codice antimafia ha regolamentato in unica disposizione in relazione ai soggetti proponenti, avuto riguardo a tutti i possibili destinatari dell'azione di prevenzione quali indicati all'art. 4, razionalizzando in tal modo una materia che aveva generato non poche difficoltà interpretative dopo le modifiche apportate dal d.l. 92/2008 conv. con la l. 125/2008 (che a sua volta aveva richiesto le correzioni apportate dalla legge n. 94/2009). In pratica, il Procuratore nazionale antimafia diviene titolare di un potere di proposta per tutte le persone dimoranti nell'intero territorio nazionale ed anche per quei soggetti per i quali era in precedenza competente il solo questore. L'ampiezza della disposizione accresce l'incongruenza della nomogenesi, poiché il sistema normativo non prevede analoghe facoltà di proposta del Procuratore nazionale per le misure di prevenzione a carattere patrimoniale, e proposte di modifica del codice antimafia in tale direzione sono state già avanzate.

di associazione mafiosa previsti nell'art. 416 *bis* c.p., il sequestro di persona a scopo di estorsione, l'associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti ed i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p. oppure al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo – si è passati a quella attuale. I più recenti innesti normativi (*ex art.* 15, comma quarto, della l. 23 luglio 2009, n. 99 ed art. 11 della legge n. 136 del 13 agosto 2010), estendono la competenza delle Direzioni distrettuali antimafia – e dunque dei compiti di coordinamento della Direzione nazionale antimafia – anche al reato di cui all'art. 416 c.p. finalizzato alla commissione dei delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p. e alla fattispecie concernenti le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti di cui all'art. 260 d. lgs. n. 152/2006.

Di contro, la concentrazione in sede distrettuale di altre competenze, crescenti nel tempo, non si è accompagnata ad analoga individuazione di un ufficio nazionale di riferimento per il coordinamento. Ciò è accaduto per i procedimenti riguardanti i delitti consumati o tentati commessi con finalità di terrorismo, *ex art.* 51, comma terzo *quater* c.p.p. ed i delitti di cui agli artt. 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater* 1, 600 *quinquies*, 615 *ter*, 615 *quater*, 615 *quinquies*, 617 *bis*, 617 *ter*, 617 *quater*, 617 *quinquies*, 617 *sexies*, 635 *bis*, 635 *ter*, 635 *quater*, 640 *ter* e 640 *quinquies* c.p. Si è parlato al riguardo di “distrettualizzazione debole”, in controtendenza rispetto alle scelte operate dal legislatore sovranazionale che per *Eurojust*, l'organismo individuato per l'agevolazione del coordinamento tra le autorità giudiziarie nazionali dei paesi membri dell'UE, non ha prefigurato limiti *ratione materiae*.

Ancora, sul piano generale della competenza, si osserva che la legge n. 125/2008 (c.d. pacchetto sicurezza) ha modificato l'art. 371 *bis* c.p.p., nel senso che le funzioni di coordinamento del Procuratore nazionale antimafia sono state estese anche ai procedimenti di prevenzione antimafia di cui alla l. n. 575/1965.

La “sconnessione” normativa tra l'elenco dei delitti di criminalità organizzata di cui all'art. 51 comma terzo *bis*, richiamato dall'art. 371 *bis* c.p.p. ed il più ampio catalogo dei reati di competenza delle D.D.A., appare più frutto delle preoccupazioni iniziali ad un'introduzione generalizzata del modello organizzatorio del coordinamento, che espressione di una scelta razionalmente fondata.

Sulla plausibilità di tali limitazioni possono avanzarsi due ordini di riserve: la prima, tutta interna al sistema, può attingersi da dati investigativi. Se infatti criminalità organizzata e terrorismo – per limitare l'analisi ad uno dei setto-

ri nei quali si sono poste esigenze di coordinamento – sono tradizionalmente considerati fenomeni distinti, le più recenti manifestazioni hanno portato ad ipotizzare nuove e diverse forme di sovrapposizione. In altri termini, le indagini rivelano sempre più caratteri comuni che si realizzano attraverso i collegamenti, le relazioni e gli scambi nei comuni mercati, nazionali ed internazionali, della droga, delle armi e degli esplosivi, dei documenti falsi, del riciclaggio, etc. Analogamente, i flussi migratori illegali possono divenire il mezzo attraverso i quali elementi dell'estremismo islamico entrano in Italia.

Anche l'esperienza della D.N.A. conferma i legami tra criminalità organizzata e terrorismo. Essi hanno trovato definitiva consacrazione in alcune sentenze nelle quali è stato riconosciuto il carattere "eversivo" assunto dalla criminalità organizzata: si ricordano, ad esempio, le decisioni emesse con riferimento alla strage al treno rapido 904 Napoli-Milano del 23 dicembre 1984 in ordine al quale emersero commistioni fra cosa nostra e camorra e la destra eversiva napoletana, nonché, in tempi recenti, alle stragi avvenute in Roma, Firenze e Milano nel 1993 e 1994. Tali collegamenti sono stati altresì evidenziati anche in relazioni di organi istituzionali che si sono occupati del tema<sup>18</sup>.

Se dunque l'introduzione operata con il d.l. 18 ottobre 2001, n. 374 (convertito con modificazioni nella l. 15 dicembre 2001, n. 438) del comma terzo *quater* all'art. 51 c.p.p., (che attribuisce alle D.D.A. la competenza alle indagini sui delitti consumati o tentati per finalità di terrorismo), ha assolto il positivo scopo di evitare una eccessiva frammentazione delle indagini con negative

<sup>18</sup> Ci si riferisce alla relazione del Co.pa.co. (Comitato parlamentare per i Servizi di informazione e sicurezza e per il segreto di Stato), approvata il 2 febbraio 2006 relativa all'attività svolta nella XIV Legislatura, in cui si rilevava come «Nella lotta al terrorismo internazionale il Comitato ha preso atto della introduzione nel nostro ordinamento di talune opportune sedi di coordinamento e scambio di informazioni tra forze di polizia ed apparati di intelligence... Da parte di alcuni componenti del Comitato si è, altresì, auspicato che idonee forme di coordinamento possano presto essere introdotte, nel rispetto dei principi costituzionali in materia di esercizio delle funzioni giurisdizionali, anche con riferimento all'attività degli Organi giudiziari, attraverso l'istituzione di una Procura nazionale antiterrorismo. Nella citata relazione, al par. 12 sulle considerazioni conclusive è stato evidenziato che "dal punto di vista dei rapporti con gli organismi centralizzati competenti in materia di lotta al terrorismo – si pensi, ad esempio, ad Eurojust – la mancanza di un centro di coordinamento impedisce, inoltre, la designazione di un unico referente e può rendere, talora, problematica la definizione di una posizione unitaria a livello nazionale". Per tali ragioni, all'interno del Comitato si registrò un largo consenso sull'opportunità di creare al più presto una struttura ad hoc preposta al coordinamento a livello giudiziario delle indagini in materia di terrorismo. Va ricordato che in sede di discussione della relazione, il senatore Luigi Malabarba espresse contrarietà a entrambe le ipotesi, paventando il rischio di un eccesso di centralizzazione dell'attività giudiziaria in materia di contrasto al terrorismo, lesiva delle funzioni della magistratura definite dalla Costituzione.

ricadute sulla loro efficacia, tale fine non è stato compiutamente raggiunto per l'ipotesi del coordinamento inter-distrettuale delle investigazioni<sup>19</sup> incentrato sui Procuratori Generali e sulle previsioni dell'art. 118-*bis* disp. att. c.p.p.

L'inadeguatezza di tale sistema per il coordinamento delle indagini sui delitti con finalità di terrorismo si coglie anche sulla base dell'impianto normativo, perché se più indagini si svolgono in distretti diversi, l'effettività del coordinamento è affidata alla mera possibilità di promuovere (attraverso le comunicazioni e le eventuali riunioni previste dall'art. 118 *bis* cit.) intese spontanee fra le Procure interessate. Né, in caso di perduranti ineffettività di coordinamento, i Procuratori Generali possono superarle ricorrendo allo strumento dell'avocazione, poiché tale strumento può esercitarsi soltanto in relazione all'indagine che si svolge nel singolo distretto.

Infine, se le esigenze di coordinamento investigativo possono, con i suddetti limiti, attuarsi attraverso riunioni periodiche "orizzontali" indette da taluno degli uffici coinvolti in indagini per reati di terrorismo, interno ed internazionale, resta l'assenza di una condivisione costante e strutturata del materiale d'indagine, che solo una comune banca-dati modellata sull'esempio del vigente sistema informativo in uso alla D.N.A. potrebbe assicurare.

Ma la necessità di un "unico" organo centrale di coordinamento delle attività giudiziarie anche in materia di terrorismo ed eversione – sia *interna* che *esterna* – discende, oltre che da risultanze investigative o da affermazioni di organismi istituzionali, anche dagli orientamenti emergenti a livello sovranazionale, rintracciabili in alcuni atti normativi. Dalla loro disamina emerge l'affermazione di un *modello europeo* incentrato su forme di "verticalizzazione" investigativa mediante la creazione di centri unitari ai quali imputare un'azione di coordinamento. Il riferimento è ad Europol ed *Eurojust*, la cui competenza riguarda sia la criminalità organizzata che quella terroristica. Va poi ricordata la decisione del Consiglio dell'Unione Europea adottata in data 20 settembre 2005 (2005/671/GAI<sup>20</sup>, concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici) la quale, all'art. 2, comma 2, prevede che «ciascuno Stato membro designa una o, qualora sia previsto dal pro-

<sup>19</sup> E ciò nonostante tale esigenza fosse avvertita, tanto che, nel corso dei lavori parlamentari per la conversione in legge del d.l. n. 374/2001, il relatore presentò un ordine del giorno che impegnava il Governo ad istituire un organo nazionale di coordinamento delle indagini dell'autorità giudiziaria in ordine ai reati per fine di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico.

<sup>20</sup> Tale decisione abroga quella 2003/48/GAI del 19 dicembre 2002 relativa all'applicazione di misure specifiche di cooperazione di polizia e giudiziaria per la lotta al terrorismo a norma dell'articolo 4 della posizione comune 2001/931/PESC.

*prio ordinamento giuridico, più autorità, quale corrispondente nazionale dell'Eurojust per le questioni legate al terrorismo, ovvero un'autorità giudiziaria o altra autorità competente che, nel rispetto della legislazione nazionale, abbia accesso a tutte le informazioni pertinenti in merito ai procedimenti e alle condanne penali riguardanti reati di terrorismo e che riunisca tali informazioni inviandole all'Eurojust conformemente al paragrafo 5».*

È palese come la disposizione ora riportata – che doveva trovare applicazione entro il 30 giugno 2006 – “*disegni*” un organismo identico a quello che il legislatore italiano ha, da tempo, identificato nella D.N.A. in tema di criminalità mafiosa.

Inoltre, sullo sfondo ed a conferma della rilevata tendenza, non appaiono lontane nel tempo le previsioni di attuazione del progetto di costituzione dell'ufficio del pubblico ministero europeo, che da una fase di lunga riflessione preliminare sta sfociando in proposizione normativa, in corso di elaborazione, nel contesto di una cornice “costituzionale” oggi molto più definita, offerta oggi dall'art. 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

*Se e come funziona, in concreto, il flusso di informazioni mediante l'inserimento in banca dati, ai fini della completezza e tempestività delle investigazioni e dell'efficace esercizio da parte della D.N.A. delle funzioni di impulso e coordinamento, laddove sia necessario impartire specifiche direttive o dirimere contrasti?*

Benché il tema sia stato già introdotto nella prima parte, conviene nuovamente farvi riferimento per la sua rilevanza e per documentare meglio alcune conclusioni sopra raggiunte. Base della riflessione è la previsione di cui all'art. c) comma terzo dell'art. 371 *bis* c.p.p, secondo cui il P.N.A. può procedere all'acquisizione ed elaborazione di notizie, di informazioni e di dati attinenti alla criminalità organizzata, ai fini non solo del coordinamento investigativo, ma anche della repressione della criminalità organizzata. Il riferimento testuale all'acquisizione rende palese che il Procuratore nazionale antimafia è abilitato non solo a ricevere, ma pure a ricercare le informazioni.

Se la prerogativa in esame può collocarsi tra le funzioni di impulso, essa, a ben riflettere, rappresenta il presupposto fondamentale per l'esercizio di tutte le attività di coordinamento in senso stretto. Sul piano operativo essa si completa e si concretizza con il potere di accesso ai dati inseriti nel registro generale delle Procure distrettuali, limitatamente ai procedimenti per i reati di cui all'art. 51 comma terzo bis c.p.p. (art. 117, comma 2 *bis*, c.p.p.) ed ai registri di cui all'art. 34 della legge 19 marzo 1990, n. 55. Tale facoltà lo pone sia nelle condizioni di cogliere i casi di collegamento tra le indagini in corso tra più

uffici, sia di formarsi un patrimonio conoscitivo per promuovere nuovi filoni investigativi, di competenza di uffici diversi da quelli detentori del dato.

Al fine di garantire un costante flusso informativo secondo la logica ispiratrice dell'art. 117, comma 2 *bis*, è stato istituito e realizzato il sistema informativo Sidna-Sidda<sup>21</sup>, che si fonda sull'obbligo dell'inserimento, in tempo reale ed in forma integrale, di ogni singolo atto di indagine ad opera di tutte le procure distrettuali antimafia.

La centralità di tale obbligo e la sua ineludibilità quale strumento centrale, anche se non esclusivo, per assicurare la circolazione delle informazioni nei procedimenti antimafia a beneficio sia dei magistrati delle direzioni distrettuali che della Direzione nazionale antimafia, è stata più volte ribadita dal Consiglio Superiore della Magistratura con le proprie circolari e risoluzioni. L'organo consiliare ha anche ricordato che l'ipotesi della reiterata ed ingiustificata implementazione delle banche dati distrettuali, costituisce violazione dei doveri di coordinamento, come tale idonea a fondare l'esercizio del potere di avocazione del P.N.A., di cui all'art. 371 *bis*, comma terzo, lett. h, c.p.p., e foriera di possibili responsabilità sul piano disciplinare e patrimoniale (come ribadito, da ultimo, con la risoluzione del C.S.M. del 25 luglio 2012 sopra ricordata).

Il Sistema SIDDA/SIDNA (Sistema Informativo Direzione Distrettuale Antimafia e Sistema Informativo Direzione Nazionale Antimafia) è un archivio automatizzato e dinamico delle informazioni raccolte nell'ambito dei procedimenti penali e di prevenzione in materia di criminalità organizzata. Per avere un'idea della sua consistenza occorre ricordare la straordinaria dimensione raggiunta dalla banca dati nazionale, composta da ben 1.328.771 atti rilevati sino al 2012.

È utile illustrare in sintesi l'architettura del sistema. Essa è definita di tipo "modulare distribuito" in quanto rispetta le individualità operative e funzionali di ciascuna isola (Direzione distrettuale) e consente l'adeguamento alle esigenze operative che man mano si manifestano, nell'ambito di una comune visione d'insieme. Il sistema informativo di ciascuna D.D.A. è stato dunque ideato e realizzato come unità autonoma ed autosufficiente. La stessa architettura presenta quello della D.N.A., chiamata inoltre a gestire il patrimonio informativo comune all'intera organizzazione conformemente all'indicazione normativa dell'art. 117 comma 2 *bis*, c.p.p. Emerge, dunque, dalla configurazione del si-

<sup>21</sup> Cfr. BORRACCETTI-GRASSO, *Il sistema informativo automatizzato delle Direzioni distrettuali antimafia e della Direzione nazionale antimafia* ("SIDDA.SIDNA"), in *Doc. giust.*, 1996, p. 7.

stema che le singole D.D.A., pur operando autonomamente nell'ambito della rispettiva sfera di responsabilità, si inseriscono in una rete di flussi informativi che interessano sia ciascuna struttura che l'intero complesso.

Un nodo cruciale è rappresentato dall'inserimento degli atti giudiziari nelle banche dati delle D.D.A. Superata da tempo la fase iniziale contrassegnata anche da problemi tecnici, tale attività dipende oggi dalla capacità organizzativa e dalle direttive assunte dal Procuratore distrettuale nell'assicurare che i riversamenti, da parte dei sostituti che coordinano le indagini, siano tempestivi e completi. Purtroppo, nonostante i reiterati richiami sul punto da parte del C.S.M., non sembra che la situazione possa definirsi positiva. Infatti, il mancato inserimento concerne in alcuni casi volumi importanti di atti (anche oltre il 50% dei documenti giudiziari prodotti, come accertato negli ultimi rilievi statistici per alcune distrettuali), in tal modo compromettendo il regolare svolgimento delle funzioni investigative (delle D.D.A.) e di coordinamento e di impulso (della D.N.A.).

Il corretto uso delle risorse informatiche e della gestione automatizzata delle informazioni prodotte dovrebbe costituire un punto fermo nella gestione di qualsiasi ufficio distrettuale antimafia. Tuttavia i dati statistici non offrono un dato confortante per l'enorme divario esistente tra le diverse sedi, pur tenuto nel debito conto la diversificata dimensione delle stesse<sup>22</sup>.

Le problematiche di maggior rilievo attengono tuttavia al tema del tempestivo inserimento degli atti relativi ai singoli procedimenti, presupposto per l'immediata e generale condivisione delle informazioni di rilievo investigativo. Secondo i dati raccolti nell'ultima rilevazione sul funzionamento della banca dati inviata dalla D.N.A. al C.S.M. per il 2012, sono emersi numerosi profili di persistente criticità, a volte allarmanti, come nel caso della D.D.A. di Milano, in cui a fronte di 125 procedimenti "pulsanti", ossia relativi ad indagine pendenti, risulta l'inserimento di un solo atto: una ordinanza cautelare.

Quanto tutto questo rappresenti uno scostamento rilevante rispetto al modello ipotizzato dal legislatore e quanto si traduca, nella pratica, in un ostacolo

<sup>22</sup> Il dato proveniente dalla D.D.A. di Napoli (oltre 191.000 atti) supera di gran lunga le altre sedi. Per tale ufficio esso può trovare una spiegazione nel numero dei magistrati ivi addetti. I dati relativi a Bari (oltre 175.000 atti) e Caltanissetta (oltre 142.000 atti), tuttavia, non possono spiegarsi con riferimento al numero dei magistrati in servizio, né con riguardo al numero dei procedimenti penali trattati, giacché si tratta di Procure di medie dimensioni. Deve, piuttosto, ritenersi che la particolare ricchezza documentale che quelle banche dati presentano sia dovuta ad una specifica sensibilità che i magistrati ed i rispettivi Procuratori hanno mostrato verso il sistema SIDDA/SIDNA.

all'esercizio delle funzioni di coordinamento nazionale, non dovrebbe richiedere ulteriori illustrazioni.

*La tendenziale verticalizzazione di determinate attività in capo all'Eurojust riesce a coniugarsi con le dinamiche del tradizionale modello orizzontale del coordinamento investigativo?*

L'istituzione di un nuovo organismo europeo per il coordinamento giudiziario a livello sovranazionale è avvenuta, come è noto, con la Decisione n. 187 del 28 febbraio 2002, allo scopo di agevolare «il buon coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale, di prestare assistenza nelle indagini riguardanti i casi di criminalità organizzata, anche sulla base delle analisi di *Europol*, e di cooperare strettamente con la Rete giudiziaria europea». Tra le strutture dell'Unione, l'*Eurojust*<sup>23</sup> si è presentata, sin dall'inizio, come tra le più operative e al tempo stesso la più suggestiva, costituendo l'unico organismo sovranazionale deputato allo svolgimento di compiti di coordinamento, tra le autorità giudiziarie nazionali, delle indagini penali per forme di criminalità transfrontaliera. Fu chiaro che si trattava di funzioni che andavano ben oltre le tradizionali e classiche forme di cooperazione giudiziaria espletate dalla Rete europea dei punti di contatto (istituita nel 1996) e dai magistrati di collegamento (previsti dall'azione comune del 1998), per la facilitazione delle richieste di assistenza giudiziaria e di supporto alle autorità nazionali.

Proprio in vista di questo suo obiettivo primario che *Eurojust* si è presentata non con una struttura ramificata presso le singole autorità nazionali, ma come organismo centrale con una sede accentrata (l'Aja), presso cui sono rappresentati tutti i 27 Stati membri dell'Unione.

<sup>23</sup> Sulla genesi di *Eurojust* e sulla sua operatività v. G. DE AMICIS, *La costruzione di Eurojust nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1964; E. CALVANESE - G. DE AMICIS, *Le nuove frontiere della cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea*, in *Doc. giust.*, 2000, p. 1303; M. PANZAVOLTA, *Eurojust: il braccio giudiziario dell'Unione*, in *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di M.G. Coppetta, Torino, 2005, p. 149 ss.; E. BARBE, *Mandat d'arret europenne, terrorisme et Eurojust*, in *Revue de Marchè commun et de l'Union Européenne*, 2002, p. 454; G. DE LEO, *Da Eurojust al pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1433; L. LOPES DA MOTA, *A Eurojust e a emergenza de un sistema de justicia penal europeu*, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, 2003, p. 177; E. CALVANESE - G. DE AMICIS - F. DE LEO - G. FRIGO - E. SELVAGGI, *Primi commenti sulla legge 14 marzo 2005 n. 41*, in *Guida al dir.*, n. 14, p. 34 s.; G. NICASTRO, *Eurojust*, in *AA.VV., Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 63 s. Sui vari problemi legati all'attuazione di *Eurojust* nell'ordinamento italiano, anteriormente all'approvazione della l n. 41/2005 v., infine, G. CASELLI - G. DE AMICIS, *La natura di Eurojust e la sua attuazione nell'ordinamento interno*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 28, p. 94 s.; F. DE LEO, *Quale legge per Eurojust*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 197; G. SANTALUCIA, *Le misure di legislazione interna per l'Eurojust*, in *Diritto e formazione*, 2003, p. 1705 s.

L'obiettivo dell'ottimale coordinamento tra le competenti autorità nazionali degli Stati membri (*ex artt. 6 e 7 della Decisione e considerandum n. 2 del Preambolo*), ha rappresentato la vera novità operativa nel panorama della cooperazione internazionale, poiché ha consentito di realizzare, al contempo, due finalità non sempre di agevole mediazione quali:

- una “tendenziale verticalizzazione” delle attività investigative inerenti a fenomeni gravi di criminalità transnazionale mediante una centralizzazione leggera di determinati poteri e funzioni in capo ad un organismo giudiziario di natura sopranazionale;

- un dialogo diretto tra le autorità giudiziarie interessate al caso, con un sensibile allontanamento dal tradizionale modello “orizzontale” di cooperazione giudiziaria, per lo più fondato sulla definizione di intese ed accordi, bilaterali o multilaterali, disciplinati nell'ambito di relazioni esclusivamente intergovernative<sup>24</sup>.

La Decisione su *Eurojust* andava recepita entro il 6 settembre del 2003. Con la l. 14 marzo 2005, n. 41, pubblicata sulla G.U. 29 marzo 2005, n. 72 l'Italia vi ha data finalmente attuazione<sup>25</sup>.

Di particolare rilievo, ai fini dei compiti di coordinamento che competono ad *Eurojust*, è la previsione di cui al comma 3 dell'art. 7 della legge italiana, secondo cui per il conseguimento degli obiettivi di cui all'art. 3 della Decisione, il Procuratore della Repubblica, quando procede ad indagini per talune delle forme di criminalità o dei reati di competenza dell'*Eurojust* di cui all'art. 4 par. 1 della Decisione, che coinvolgono almeno 2 Stati membri dell'Unione europea o un paese terzo – se con tale paese è stato concluso un accordo di cooperazione ai sensi dell'art. 27 par. 3 della Decisione – ne dà notizia

<sup>24</sup> Gli obiettivi e le funzioni dell'organismo sono disciplinati, in dettaglio, dall'art. 3 della Decisione e sono così sintetizzabili: 1) agevolare il buon coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale, tenendo conto di qualsiasi richiesta formulata da un'autorità competente di uno Stato membro e di qualsiasi informazione fornita da un organo competente in virtù di disposizioni adottate nell'ambito dei Trattati; 2) migliorare la cooperazione tra le autorità competenti degli Stati membri, in particolare agevolando la prestazione dell'assistenza giudiziaria internazionale, cooperando strettamente con la Rete giudiziaria europea, allo scopo di semplificare l'esecuzione delle rogatorie; 3) prestare assistenza nelle indagini riguardanti i casi di criminalità organizzata, in particolare sulla base delle analisi di *Europol*.

<sup>25</sup> Si tratta di un provvedimento normativo che, come è noto, è pervenuto in ritardo rispetto al termine fissato dalla Decisione. Invero, il Consiglio dei Ministri aveva approvato sin dalla data dell'11 luglio del 2003 un disegno di legge al riguardo, che tuttavia il Capo dello Stato non aveva firmato, con rinvio del testo al Governo, formulando rilievi che riguardavano soprattutto i poteri del membro nazionale di *Eurojust* e la possibilità per il Ministro della giustizia di impartirgli delle direttive.

al Membro nazionale dell'*Eurojust*. Si tratta di un meccanismo informativo, funzionale al coordinamento investigativo, sul modello di quello previsto nel nostro ordinamento per la Procura nazionale antimafia rispetto alle attività di contrasto al crimine organizzato svolta dalle 26 procure distrettuali antimafia disseminate sul territorio nazionale, e dalla cui concreta osservanza ed attuazione potrà dipendere un grosso impulso al ruolo assegnato ad *Eurojust* di coordinamento delle indagini tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale.

Pur nella difficoltà di emersione di una vocazione puramente europeista e sovranazionale, la centralità di *Eurojust* è oggi ampiamente riconosciuta e l'organismo è menzionato in quasi tutti i documenti operativi e strategici elaborati dall'Unione in materia di criminalità. La conferma di ciò si rinviene nell'attribuzione allo stesso di *ulteriori competenze*, assegnate con separati *atti normativi*, accomunati dall'esigenza di dotare l'organismo di ogni prerogativa funzionale alle esigenze del coordinamento<sup>26</sup>. Il 16 dicembre 2008 il Consiglio ha poi adottato la nuova Decisione n. 426 finalizzata al rafforzamento di *Eurojust*, fissando al 4 giugno 2011 il termine entro cui gli Stati membri avrebbero dovuto attuarne il contenuto negli ordinamenti nazionali<sup>27</sup>. L'obiettivo di fondo

<sup>26</sup> Ci si riferisce, in particolare: alla possibilità di richiedere il parere di *Eurojust*, ai sensi dell'art. 16, comma secondo, della Decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, da parte delle competenti autorità giudiziarie degli Stati membri, nel caso di mandati d'arresto europeo concorrenti; - all'obbligo di comunicazione ad *Eurojust*, ai sensi dell'art. 17 della medesima Decisione 2002/584/GAI, nel caso in cui uno Stato membro, per circostanze eccezionali, non è grado di rispettare i termini di legge ai fini della consegna delle persone ricercate, indicando i motivi del ritardo; all'obbligo di trasmissione ad *Eurojust*, ai sensi dell'art. 2 della Decisione 2005/671/GAI del 20 settembre 2005, di tutte le informazioni pertinenti ad indagini penali riguardanti i reati di terrorismo, da parte dell'autorità giudiziaria nazionale designata quale corrispondente nazionale di *Eurojust*; alla possibilità di utilizzare *Eurojust* quale canale di trasmissione delle informazioni da parte delle autorità di polizia nazionali, per le fattispecie ricadenti nel suo mandato, secondo quanto previsto dalla Decisione quadro 2006/960/GAI del 18 dicembre 2006, sulla semplificazione dello scambio d'informazioni tra le autorità nazionali degli Stati membri dell'Unione; alla facoltà concessa alle autorità nazionali, ai sensi dell'art. 12 della Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009, di rivolgersi ad *Eurojust* nei casi di conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, qualora non sia stato possibile raggiungere un consenso tra le autorità giudiziarie interessate nel caso concreto, a seguito di consultazioni dirette; alla possibilità da parte di *Eurojust* di richiedere – ai sensi dell'art. 10 dell'Accordo tra gli Stati Uniti d'America e l'Unione europea sul trattamento ed il trasferimento di dati con messaggi finanziari, per finalità di analisi e per la prevenzione ed il contrasto al terrorismo – che sia condotta una ricerca ad opera del competente Dipartimento del Tesoro statunitense sulle informazioni ottenute dai competenti provider europei, in esecuzione dell'Accordo medesimo.

<sup>27</sup> Il testo è pervenuto dopo un laborioso *iter* conclusosi con l'accordo raggiunto nella riunione del Consiglio del 24 e 25 luglio 2008. La sua genesi riflette due distinte iniziative: la pri-

della nuova Decisione è stato quello di accrescere l'effettività della sua azione, migliorando, nel quadro delle possibilità offerte dall'allora Trattato di Amsterdam, la capacità di coordinamento e di supporto alle autorità giudiziarie nazionali, attraverso il rafforzamento delle capacità strutturali-operative dell'organismo, l'incremento delle prerogative dei Membri nazionali e del Collegio, il miglioramento della capacità di scambiare informazioni con l'autorità nazionale, il rafforzamento della cooperazione con la Rete e con le autorità nazionali, il miglioramento con gli altri organismi di cooperazione e con gli Stati terzi.

Del tutto innovativa ed in grado di contribuire al miglioramento dell'azione dell'organismo, se compiutamente trasposta a livello nazionale, è l'attribuzione di poteri al Membro nazionale nella sua *capacità di competente autorità giudiziaria nazionale* secondo il proprio diritto interno, in base ai nuovi articoli 9b), 9c) e 9d). Trattasi, come è agevole rilevare, di attribuzioni di grande rilievo destinate ad introdurre significativi cambiamenti nelle dinamiche della cooperazione giudiziaria, specie per ciò che riguarda i rapporti tra il Membro nazionale e le singole autorità giudiziarie. Il loro esercizio è comunque ispirato all'esigenza di conservare in capo all'autorità nazionale la primaria responsabilità nella conduzione del procedimento, ma con opportuni temperamenti che consentano di dare rilievo a situazioni implicanti l'adozione di urgenti misure, in una logica di condivisione tra l'autorità nazionale ed il Membro nazionale.

L'analisi delle norme consente di rilevare una straordinaria similitudine tra il descritto modello di coordinamento sovranazionale e quello, nazionale, che fa capo alla D.N.A. cui, tra l'altro, si fece espresso riferimento durante i lavori preparatori della Decisione n. 187 su *Eurojust*. A parte, infatti, le differenze in materia di competenza, (molto più ampia quella di *Eurojust*), entrambi gli organismi hanno quale vocazione prevalente il coordinamento investigativo, essendo le altre prerogative della D.N.A., in particolare quella che consen-

ma, avanzata dalla Commissione europea, era basata sulle previsioni contenute nel Programma dell'Aja (punto 3.3.3). La proposta originaria subì gli effetti negativi derivanti dal fallimento del Trattato costituzionale del 2004, ma il tema venne riproposto nel 2007 con la comunicazione della Commissione n. 644 al Consiglio e al Parlamento, e poi approfondito in occasione del seminario tenutosi a Lisbona il 29 e 30 ottobre 2007, dal titolo "*Eurojust – navigating the Way forward*". Alla comunicazione della Commissione fece seguito l'iniziativa di alcuni Stati membri (Slovenia, Francia, Repubblica Ceca, Svezia, Spagna, Belgio, Polonia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Slovacchia, Estonia, Austria Portogallo), che il 7 gennaio 2008 presentarono una proposta di nuova Decisione sul rafforzamento del ruolo di *Eurojust*, volta ad introdurre emendamenti alla decisione del Consiglio 2002/187/GAI del 2002. Il testo venne formalmente adottato nella seduta del 16 dicembre 2008, in cui fu assunta altra importante Decisione sulla Rete giudiziaria europea che ha sostituito l'Azione comune del 1998.

tirebbe una diretta investigazione a seguito di avocazione del singolo procedimento, di difficile verifica. Come per la D.N.A. sono stati evidenziati profili di criticità consistenti nella mancata completa attuazione del circuito informativo (D.N.A.-D.D.A.), indispensabile prerequisite per un esercizio compiuto ed efficace del coordinamento investigativo, così parimenti *Eurojust* sperimenta analoghe difficoltà.

Proprio l'assenza di conseguenze cogenti per l'ipotesi di mancata osservanza dei poteri di impulso e di direttiva, è la causa prevalente della crisi di effettività che caratterizza l'operatività di *Eurojust*. La lettura dei rapporti annuali più recenti dell'organismo evidenzia certamente il dato positivo del crescente ricorso ad esso da parte delle autorità giudiziarie nazionali e l'incremento del numero dei casi di coordinamento investigativo, ma il bilancio dell'organismo europeo presenta ancora forti ombre. Una serie di ostacoli ancora impediscono ad *Eurojust* di lavorare al meglio delle sue possibilità. L'organismo è ancora prevalentemente impegnato in attività ispirate al modello classico di cooperazione giudiziaria, attraverso l'agevolazione delle richieste di assistenza giudiziaria formulate dalle autorità nazionali. Si tratta di un tipo di supporto che spesso, anche efficacemente, può essere svolto dalla Rete dei punti di contatto e dai magistrati di collegamento. Inoltre, nei casi di coordinamento attivati, l'assenza di prerogative vincolanti fa sì che la concreta attuazione delle direttive e delle richieste del Membro nazionale sia rimessa alla buona volontà delle autorità giudiziarie nazionali.

Il nuovo Trattato di Lisbona (art. 85 del TFUE) conferma la centralità dell'organismo nell'ambito della funzione di coordinamento giudiziario sopranazionale, discostandosi tuttavia in modo palese da un modello di coordinamento su base "orizzontale". Esso prevede infatti la possibilità di conferire all'organismo anche il potere di *iniziare* le indagini e di prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione. Dunque, *Eurojust* da *mediator* può diventare organismo titolare di prerogative vincolanti esercitabili verso le autorità nazionali. Relativamente all'*avvio di indagini*, è del tutto evidente il salto di qualità rispetto all'attuale configurazione. Il tema pone tuttavia diversi problemi: innanzitutto la specificazione delle modalità con cui l'organismo potrà acquisire le *notizie di reato* che possano giustificare tale iniziativa. Se appare scontato che queste potranno desumersi dalle informazioni trasmesse dalle singole autorità nazionali ai sensi dell'art. 13 della nuova Decisione, andrà valutata l'istituzione di meccanismi che mettano l'organismo in condizione di poter acquisire anche *ex officio* le informazioni da porre a base di procedimenti penali a livello nazionale. Solo l'esistenza di tale possibilità metterebbe lo stesso in

condizioni di poter svolgere il proprio mandato senza necessariamente dipendere dagli input nazionali. Centrale sarà poi la stessa *definizione del concetto* di avvio di indagini, in quanto essa implicherà soluzioni che contemperino tale esercizio con le diverse caratteristiche degli ordinamenti processuali nazionali in materia di procedimento investigativo.

La complessità del problema definitorio è aggravata dal fatto che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 85 del TFUE, il compimento dei singoli atti di indagine è riservato in via esclusiva all'autorità nazionale. Infatti nel testo del nuovo Trattato resta chiarito, in ogni caso, che, ove *Eurojust* eserciti il potere di determinare l'avvio di un'indagine, gli atti formali della relativa procedura saranno assunti dalla competente autorità giudiziaria nazionale.

La prospettiva dell'*implementazione* dell'art. 85 del TFUE appare esercizio non esclusivamente teorico, avendo la Commissione calendarizzato per il 2013 l'adozione di una proposta di regolamento per introdurre modifiche organizzative dell'organismo, che potranno accompagnarsi a modifiche funzionali<sup>28</sup> ed alla proposta di regolamento per l'istituzione del pubblico ministero europeo.

Se e quando tale scenario si concretizzerà dipenderà dalla volontà politica degli Stati, ma non vi è dubbio che la sua realizzazione "costringerà" gli ordinamenti nazionali a delicate opere di "adeguamento" della trama ordinamentale interna, anche costituzionale e ad un ripensamento del modello originario del coordinamento investigativo.

*In una più ampia prospettiva, possono coesistere il carattere sostanzialmente "amministrativo" delle attribuzioni di Eurojust con la natura "giudiziaria" delle funzioni del PNA (secondo Corte Cost. n. 136/2011), alla luce sia della Decisione 2009/426/GAI del 16 dicembre 2008 sia degli artt. 85 e 86 del Trattato di Lisbona-TFUE, che hanno segnato un significativo salto di qualità circa le prerogative dell'organismo sovranazionale di coordinamento investigativo e giudiziario, anche in vista della costituzione dell'ufficio della Procura europea?*

Si è già fatto riferimento alle previsioni di cui agli articoli 9 b), 9c) e 9 d) della Decisione n. 426 che conferiscono al membro nazionale di *Eurojust* specifiche prerogative nella sua *capacità di competente autorità giudiziaria nazionale* secondo il proprio diritto interno. Non vi è dubbio che la trasposizione di tali norme introdurrà significativi cambiamenti nelle dinamiche della cooperazione giudiziaria, specie per ciò che riguarda i rapporti tra il membro nazio-

<sup>28</sup> Secondo infatti le indicazioni che si leggono nel Piano d'azione presentato dalla Commissione per l'attuazione del Programma di Stoccolma, nel 2012 la Commissione presenterà una sua proposta di regolamento per l'attuazione dell'art. 85 del TFUE.

nale e le corrispondenti autorità giudiziarie. Esse potranno avere riflessi anche sulle stesse norme interne regolanti le procedure di nomina dei rappresentanti nazionali. Come è noto l'art. 2 della legge italiana n. 41 del 2005 attuativa della Decisione istitutiva di *Eurojust*, prevede l'adozione di un decreto di competenza del Ministro della Giustizia per la nomina del membro nazionale, da scegliersi tra magistrati aventi particolare qualifica, selezionati all'interno di una rosa previamente scrutinata dal Consiglio Superiore della Magistratura (c.d. concerto invertito). Tale tipo di procedimento si connota per l'attribuzione del potere di nomina in capo all'autorità amministrativa statale, con profili di evidente discrezionalità.

La Corte Costituzionale italiana ha già avuto occasione di pronunciarsi in materia con la sentenza n. 136 del 2011 con cui è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dei commi 1 e 2 dell'art. 2 della legge n. 41 del 14 marzo 2005, in relazione agli articoli 105 e 110 della Costituzione. Nel merito la Corte ha affermato che i poteri del Membro Nazionale non sono riconducibili a quelli *giudiziari* propri dei magistrati del pubblico ministero, stante la *natura non vincolante* delle richieste indirizzate alle competenti autorità nazionali. Con riferimento alle attività di "assistenza", "collaborazione", "sostegno" o "coordinamento" svolte da *Eurojust* nei confronti delle autorità nazionali, la Corte ha qualificato le stesse come attività amministrative per la "genericità" della formula linguistica e per la carenza, in esse, dei connotati delle funzioni giudiziarie requirenti. In particolare, la Corte ha sottolineato che la funzione di coordinamento "è qualitativamente diversa da quella di natura giudiziaria affidata in Italia al P.N.A. in base all'art. 371 *bis* c.p.p.". *Eurojust* non dispone di poteri analoghi a quelli del P.N.A. il quale può: a) applicare temporaneamente i magistrati della D.N.A.; b) impartire ai procuratori distrettuali specifiche direttive per prevenire o risolvere contrasti; c) riunire i procuratori distrettuali al fine di risolvere i contrasti che, malgrado le direttive impartite, sono insorti ed impediscono l'effettivo coordinamento; d) disporre con decreto motivato l'avocazione delle indagini quando non hanno dato esito le riunioni a tale scopo disposte.

La citata sentenza, ferma la natura vincolante della pronuncia nel caso concreto, ha posto delicate questioni scaturenti dall'esame del percorso motivazionale seguito. Un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ai fini dell'esatta interpretazione della fonte normativa sovranazionale, sarebbe stato forse auspicabile in considerazione delle divergenti indicazioni che si rinvencono in altri documenti, la cui lettura conferma i dubbi di interpretazione, da risolversi necessariamente in modo uniforme in ambito europeo. In una disamina

dell'apparto motivazionale non appare decisivo l'argomento letterale basato sulla formulazione dell'art. 9, comma terzo, della Decisione del 2002, atteso che l'espressione normativa è contrassegnata da un obiettivo tasso di ambiguità, che non risulta nella fattispecie dirimente. Il verbo che compare, infatti, nella versione originale in lingua inglese, *shall*, è comunemente adoperato nei testi legali internazionali per esprimere l'esistenza di un obbligo a carico degli Stati destinatari della previsione, in luogo del più flessibile *may*, pure ricorrente nei testi internazionali, che prefigura ambiti di discrezionalità. Il dato meramente letterale appare dunque suscettibile anche di diversa interpretazione. Al di là dell'ambiguità del dato letterale, le conclusioni della Corte non appaiono del tutto convincenti se si considerano gli ampi poteri conferiti al Membro Nazionale di *Eurojust* ai sensi dell'art. 5 l. n. 41/2005, quasi tutti funzionali all'esercizio della funzione di coordinamento, per i quali la carenza di coercibilità non sembra alterarne la intrinseca natura giudiziaria. Del resto, l'essenza del modulo organizzativo configurato dalla Decisione istitutiva dell'organismo – il coordinamento delle autorità giudiziarie – postula l'intervento di un soggetto esterno avente comunque la stessa natura di quelli coinvolti nell'azione. Infine, le conclusioni che la Corte trae dalla disamina dei poteri di accesso alle informazioni giudiziarie contenute in pubblici registri, regolati dall'art. 7 l. 41/2005, non appaiono di risolutiva efficacia persuasiva. L'argomento del parallelismo con analoghe facoltà che competono all'autorità amministrativa *ex art. 118 c.p.p.*, per inferirne l'identità di natura con il Membro nazionale di *Eurojust*, prova troppo, in quanto esso non può estendersi a tutte le facoltà ivi regolate. Si pensi, ad esempio, a quella concernente la richiesta, alla sezione nazionale del sistema informativo Schengen, dei dati che riguardano persone colpite da mandato d'arresto europeo, ricercate sul piano sovranazionale. Si tratta della facoltà di accesso ai dati più sensibili del procedimento penale nazionale e, come tale, essa appare incompatibile con l'attribuzione al Membro nazionale della natura di autorità amministrativa e comunque di soggetto estraneo al circuito giudiziario.

In ogni caso il tema, lungi dall'essere definitivamente risolto, sarà certamente al centro del dibattito innestato dagli obblighi di attuazione della nuova Decisione che espressamente prevede, agli artt. da 9b a 9f, la possibilità di conferire ai Membri nazionali prerogative nella qualità di autorità giudiziaria nazionale. Esso potrà inoltre ricevere ulteriore chiarificazione se verranno attuate le previsioni di cui all'art. 85 del Trattato di Lisbona relative al potere di *Eurojust* di *iniziare le indagini e risolvere* conflitti di giurisdizione, con una decisa “verticalizzazione del modello del coordinamento” e “giuri-

*dicizzazione* delle relative attività”. Tale eventuale trasformazione richiederà maggiore coerenza con il “sistema nazionale del coordinamento giudiziario”, attraverso opportune forme di raccordo, da istituirsi, tra l’ufficio competente sul piano nazionale (la D.N.A.) e quello operante sul piano sovranazionale (*Eurojust*). I due organismi stanno in qualche modo anticipando la prospettiva operativa, attraverso la sperimentazione di forme di collaborazione in casi di indagini a carattere transnazionale, che presentano speculari esigenze di coordinamento sul piano interno (per la pluralità degli uffici del pubblico ministero coinvolti) e su quello internazionale (per molteplicità dei paesi membri attraversati dai fenomeni criminali. È a partire dalle esigenze della prassi, dunque, che si stanno forgiando moduli operativi che potrebbero sfociare in comuni protocolli di lavoro. Se tutto questo troverà piena attuazione, potrà costituire la base per una più agevole realizzazione, sul piano ordinamentale interno, del sistema di coordinamento nazionale di *Eurojust* prefigurato dall’art. 13 della Decisione n. 426, nel quale la D.N.A. potrebbe svolgere un ruolo di primaria rilevanza, essendo l’unico, tra i corrispondenti nazionali dell’organismo, ad essere dotato di compiti direttamente operativi per il coordinamento investigativo.

*L’originario progetto di coordinamento investigativo va dunque allargando il suo spettro d’azione: dall’ambito più propriamente nazionale al più esteso e variegato panorama continentale. Ma nella prospettiva dell’implementazione delle funzioni di impulso e coordinamento delle indagini, come potrebbe o dovrebbe essere disegnata l’architettura normativa della struttura delle relazioni tra i diversi protagonisti dello spazio giudiziario europeo?*

L’espansione delle attività illecite oltre i confini nazionali, che l’espressione *globalizzazione del crimine* sintetizza, è confermata dalla pratica investigativa quotidiana che evidenzia il carattere dinamico dei gruppi criminali, che spesso formano partenariati all’interno ed all’esterno del territorio europeo. Per il loro contrasto è divenuta ineludibile l’esigenza del ricorso a forme di cooperazione costante tra autorità di polizia e giudiziarie dei vari paesi, anche su scala internazionale. Le rogatorie, le richieste estradizionali, il riconoscimento delle rispettive decisioni, hanno rappresentato i principali strumenti attraverso cui è stata sviluppata tale forma cooperativa, di tipo “*orizzontale*”. La necessità pratica di migliorare l’azione di contrasto alle forme di criminalità transnazionale ha influito su tale processo, spingendolo progressivamente verso soluzioni innovative, in vista della sperimentazione di *forme di verticalizzazione* e di una maggiore “*integrazione*” tra giurisdizioni nazionali. Una pietra miliare di tale percorso può individuarsi ancora nella *conclusione n. 46 del Consiglio europeo*

di Tampere del 15 ottobre del '99<sup>29</sup>.

In considerazione dell'operatività della criminalità organizzata oltre i confini dei singoli Paesi, anche la Direzione nazionale antimafia ha esteso le proprie attività anche in ambito internazionale, operando principalmente attraverso attività coordinate dal Servizio Cooperazione Internazionale. In tale contesto possono collocarsi sia i *memoranda d'intesa* siglati con le Autorità Giudiziarie centrali di numerosi Paesi (Albania, Serbia, Federazione Russa, Ungheria, Moldavia etc.) al fine di una più proficua collaborazione da attuarsi con un rapido scambio di informazioni e dati attinenti alla criminalità organizzata, sia le missioni all'estero effettuate dai suoi magistrati, finalizzate anche all'acquisizione di informazioni, notizie e dati sulla criminalità organizzata (art. 371-*bis*, comma terzo, lett. c), c.p.p.)<sup>30</sup>. Non vi è dubbio che questa proiezione internazionale dell'organismo, nato nel 1992, debba oggi misurarsi e rendersi armonica con le innovazioni che nel frattempo si sono prodotte sul piano internazionale, ed in primo luogo sullo scenario europeo, con la creazione di *Eurojust*, al fine di comporre un quadro di azioni coerente con la normativa vigente, privi-

<sup>29</sup> Quel vertice di Capi di Stato e di Governo, interamente dedicato ai temi della giustizia e della sicurezza, è noto soprattutto per aver accolto, tra le sue conclusioni, il principio del *reciproco riconoscimento legale dei provvedimenti giudiziari*, definito quale nuova *pietra angolare* nella costruzione dei rapporti di cooperazione giudiziaria (concl. 33-36), la cui attuazione ha finito per riconoscere, nella sostanza, una trans-nazionalità all'intervento giudiziario nell'Unione europea. Il Consiglio conveniva dunque di istituire, entro la fine del 2001, un' *unità* composta da pubblici ministeri, magistrati o funzionari di polizia di pari competenza, distaccati da uno Stato membro in conformità del proprio sistema ordinamentale, allo scopo di agevolare *il buon coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale, in particolare di prestare assistenza nelle indagini riguardanti i casi di criminalità organizzata, anche sulla base delle analisi di Europol, e di cooperare strettamente con la Rete giudiziaria europea*. Fu il preludio della nascita di *Eurojust*, la cui istituzione, nel 2002 verrà preceduta, con chiare finalità sperimentali, dall'Unità provvisoria di cooperazione giudiziaria (c.d. *Pro Eurojust*) creata con la Decisione consiliare del 14 dicembre 2000 (n. 200/799/GAI).

<sup>30</sup> Per le stesse finalità rilevano alcune ulteriori attribuzioni dell'organismo consistenti nella partecipazione, a seguito di formale designazione del Ministero della Giustizia ovvero in ossequio a previsioni normative, ad organismi internazionali, quali: la Rete Giudiziaria Europea, della quale la direzione nazionale antimafia è "*punto di contatto centrale*"; il Gruppo Multidisciplinare sulla criminalità organizzata (GMD) costituito presso il Consiglio dell'Unione Europea; il Gruppo Orizzontale Droga costituito presso l'Unione Europea; l'UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) di Vienna in materia di lotta alla criminalità organizzata transnazionale e al narcotraffico: con tale ufficio è anche stato siglato un "*Memorandum di cooperazione nel contrasto alle forme gravi di criminalità*" in data 16 febbraio 2005. Inoltre la D.N.A. è corrispondente nazionale dell' *Eurojust*, nel rispetto delle proprie attribuzioni, per effetto di quanto disposto dall'art. 9 della l. n. 14 marzo 2005, n. 41 (recante "*Disposizioni per l'attuazione della decisione 2002/187/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 28 febbraio 2002, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità*").

legiando l'efficacia del risultato finale senza alterare procedure e competenze.

In tale senso, l'adozione di protocolli condivisi di lavoro costituisce esigenza auspicabile e possibile anticipazione di nuove soluzioni normative che l'adozione degli atti di fonte sovranazionale richiederà.

Non vi è dubbio, dunque, che l'originario progetto di coordinamento investigativo va oggi ulteriormente allargando il suo spettro d'azione esigendo un ripensamento dell'architettura normativa e della struttura delle relazioni intercorrenti tra i diversi protagonisti dello spazio giudiziario europeo. Uno dei maggiori "motori" per l'ulteriore evoluzione del quadro complessivo deve individuarsi nella possibile costituzione del pubblico ministero europeo. La possibilità della sua creazione rappresenta uno degli aspetti più innovativi introdotti dal Trattato di Lisbona<sup>31</sup>.

È utile chiarire subito che la sua istituzione significherà la creazione di un organismo con compiti investigativi diretti, che ci proietta in un contesto operativo completamente inedito, che va ben oltre il concetto di cooperazione giudiziaria in senso classico, sia che si basi quest'ultima sulle regole della mutua assistenza che su quelle del mutuo riconoscimento. Dunque, la sua eventuale istituzione non mira a migliorare i meccanismi con i quali le competenti autorità nazionali si prestano assistenza, specie nei casi di attività criminale transnazionale. Il comma secondo dell'art. 86 del TFUE chiarisce pertanto che il p.m. europeo sarà responsabile per le indagini ed i procedimenti penali, sino all'esercizio dell'azione penale da esercitare nei confronti di coloro che saranno ritenuti responsabili di reati contro gli interessi finanziari dell'Unione, come determinati dal regolamento istitutivo.

Si tratta certamente di previsioni che, se attuate, potranno sensibilmente cambiare le dinamiche operative nello spazio giudiziario europeo, con modifiche epocali in materia di indagini, di esercizio dell'azione penale e di cooperazione giudiziaria nell'ambito dell'Unione europea. La creazione di un organismo investigativo unitario con competenza estesa a tutto il territorio dell'Unione darebbe forti connotati "federali" alla stessa costruzione europea, pur non potendo parlarsi propriamente di un sistema europeo di giustizia, in quanto l'azione penale dovrà essere esercitata innanzi alle corti nazionali, secondo le

<sup>31</sup> La sua istituzione è prevista all'art. 86 par. 1 del TFUE con laconica espressione, sul punto ripresa dall'art. III- 274 par. 1 del Trattato costituzionale del 2004, secondo cui la sua costituzione avverrà "a partire da *Eurojust*". Il primo comma della citata previsione stabilisce inoltre che lo stesso sarà introdotto mediante regolamento, con procedura legislativa speciale, in cui sarà necessario ottenere il Consenso del Parlamento ed il voto unanime degli Stati membri che siedono in Consiglio.

regole procedurali di ciascuno Stato membro. Infatti il comma secondo dell'art. 86 prevede che il p.m. europeo eserciterà le sue funzioni anche nella fase dibattimentale davanti alle competenti Corti degli Stati Membri.

L'innovazione è radicale anche dal punto di vista del diritto penale: dalle disposizioni contenute al secondo paragrafo dell'art. 86 del TFUE, emerge infatti la possibilità di una *competenza penale diretta* dell'Unione europea, che va ben oltre gli obblighi di armonizzazione in materia penale di cui all'art. 83. Tale è l'interpretazione prevalente, nonostante sia stata evidenziata l'ambiguità della formula normativa secondo cui "*la Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1*"<sup>32</sup>.

Al riguardo la scelta della Commissione si è orientata verso la formulazione di una proposta basata su un diverso presupposto normativo. Ci si riferisce alla proposta 2012/0193(COD) di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la frode agli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale basata sull'art. 325 par. 4 del TFUE. Essa tende ad un'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali in materia, partendo dalla considerazione dell'insufficiente e disomogenea implementazione della Convenzione PIF del 1995 e dei suoi annessi Protocolli, in vista di un più omogeneo quadro nel quale sarà chiamato ad operare il futuro pubblico ministero europeo. L'individuazione del fondamento di tale iniziativa nell'art. 325 del TFUE non è stata condivisa dal Parlamento europeo, che ha ritenuto più appropriata base giuridica quella prevista dall'art. 83, comma secondo, del TFUE<sup>33</sup>.

In questo senso la materia della tutela penale degli interessi finanziari dell'UE

<sup>32</sup> Il significato dell'espressione utilizzata (*definiti e non individuati*) ha aperto il dibattito su un punto rilevante, ossia se la norma preveda, in materia di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, una sua competenza *penale diretta* in luogo di quella degli Stati membri. L'incertezza è aggravata dalle divergenze che sul punto si riscontrano nelle differenti versioni linguistiche del Trattato. È stato infatti osservato (Cfr. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1146 ss.) che nella versione inglese e quella italiana, l'uso del verbo *determinare* può essere coniugato tanto con interessi finanziari quanto con reati, mentre per quella francese e spagnola il verbo può riferirsi solo al *sostantivo maschile*, ossia agli interessi finanziari e non ai reati, il che porterebbe ad escludere la sussistenza di una diretta capacità normativa in materia.

<sup>33</sup> La differenza di approccio non è priva di ricadute concrete, sia in termini di procedure da seguirsi, con la possibilità di attivazione degli *emergencies break*, nel caso di cui all'art. 83, sia per l'esistenza di clausole di *opt-out* che caratterizzano la disciplina anche derivati degli atti già terzo pilastro.

si ripropone quale “vettore” per l’ulteriore costruzione e sviluppo dello spazio giudiziario europeo, così come nel 1995 la Convenzione PIF costituì il primo esempio di normativa penale sovranazionale con finalità di armonizzazione dei sistemi penali nazionali, poi sviluppata ed attuata ampiamente negli anni successivi. Oggi, con il Trattato di Lisbona, quella possibilità – sulla cui opportunità studiosi e pratici si sono a lungo interrogati – è diventata un’opzione concretamente attuabile. La portata dell’innovazione è ancora più ampia se si considera che le previsioni di cui all’art. 86 del TFUE si inseriscono in quadro di norme contrassegnato a sua volta da cambiamenti radicali, che hanno interessato, in particolare, il capitolo IV del Titolo V dedicato all’area di libertà, sicurezza e giustizia (art. 82-86)<sup>34</sup>.

La reazione di entusiasmo suscitata dal “nuovo” è però subito temperata dai molteplici problemi ermeneutici e di costruzione che la creazione dell’e(uropean) p(ublic) p(rosecutor) reca con sé, avuto riguardo al grado di complessità ed ambiguità della formula normativa, cui devono aggiungersi i problemi d’interpretazione della correlata previsione di cui all’art. 85 del TFUE.

La complessità ha contrassegnato, a monte, la stessa “tempistica” per l’attuazione delle cennate disposizioni del Trattato, essendo stati “immaginati” due percorsi non del tutto coincidenti, l’uno, quello indicato dal Consiglio nel Piano di Stoccolma, secondo la logica dello sviluppo *step by step*, l’altro, quello della Commissione, espresso nel relativo piano d’azione, basato sul c.d. *parallel approach*. Forse, l’impostazione del Consiglio era improntata a maggiore logicità e consequenzialità. È evidente, invece, il cambio di marcia e di prospettiva nell’impostazione della Commissione, basata sull’esigenza di sfruttare da subito tutte le possibilità ed innovazioni messe a disposizione dal nuovo Trattato per la difesa dei *taxpayers* europei<sup>35</sup>.

La creazione di un organismo con compiti investigativi diretti sarebbe forse

<sup>34</sup> Ci si riferisce all’evidente semplificazione del sistema di produzione normativa, dovuta al riordino delle basi giuridiche, alla scomparsa della struttura per pilastri, all’estensione della regola della procedura legislativa ordinaria, con mirate specifiche eccezioni in cui è richiesta l’adozione di una speciale procedura, come nel caso della decisione di costituzione dell’ufficio del Procuratore europeo, al superamento della regola della unanimità.

<sup>35</sup> Le attività e le iniziative attualmente in corso da parte della Commissione, in vista della presentazione di una proposta normativa nel 2013, si inseriscono in un quadro abbastanza definito, non solo dal punto di vista “costituzionale”, ma anche della valutazione “politica” dell’iniziativa, alla luce della Comunicazione della Commissione europea Com (2011) 293 del 26 maggio 2011 al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato delle Regioni, sulla *Tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea attraverso il diritto penale e le indagini amministrative - una politica integrata per salvaguardare il denaro dei contribuenti*.

stata la naturale evoluzione di *Eurojust*, che nel Trattato diventa, secondo l'opzione disegnata nell'art. 85, da organismo di facilitazione del coordinamento e della cooperazione giudiziaria, agenzia con compiti giudiziari.

L'indicazione secondo cui il nuovo organismo dovrà essere creato "*from Eurojust*", segna uno dei passaggi più delicati per l'opera dell'interprete e del futuro legislatore europeo ed inciderà profondamente sui futuri assetti dello spazio giudiziario. Nonostante la sua genericità, dalla stessa possono trarsi indicazioni utili per delineare la nuova figura. L'impressione complessiva che si ricava dalla lettura delle norme sul pubblico ministero, sia nell'abbandonato Trattato di Costituzione europea che nel nuovo Trattato di Lisbona, è che esse sono state volutamente generiche, a conferma che l'istituzione di una Procura europea interessa in sé, a prescindere dal modo in cui venga in concreto configurata. In realtà, quella che nel nuovo Trattato appare una tendenziale *indifferenza* per i profili istituzionali del pubblico ministero, si spiega quale espressione del *compromesso politico* che ha reso possibile la previsione del nuovo organismo per il quale, già durante i lavori preparatori erano emerse opinioni differenziate circa i suoi rapporti con *Eurojust*. Tuttavia il collegamento a quest'ultimo organismo è sintomatico della volontà di mantenere la futura Procura europea affrancata dalle autorità politiche. Ciò significa che la Procura stessa non potrà che essere organismo indipendente e sorgere lontana dai centri politici, sicché andranno escluse dipendenze funzionali con il Parlamento o con la Commissione, salva la previsione di forme di vigilanza sui risultati in capo al Parlamento europeo. Relativamente al rapporto con *Eurojust* rimangono, tuttavia, nodi importanti da sciogliere. Uno dei punti da chiarire è se il futuro procuratore europeo dovrà inglobare *Eurojust*, ovvero se avrà una sua autonomia strutturale da quest'ultima, potendo ad essa collegarsi solo dal punto di vista funzionale. Nella prima prospettiva, i Membri nazionali potranno costituire articolazione, su base nazionale, del futuro Procuratore europeo, il quale dovrà necessariamente contare anche su una rete di sostituti procuratori a livello nazionale per svolgere e coordinare le indagini nei vari ordinamenti nazionali. Nel secondo caso, l'ufficio potrà essere concepito in modo del tutto svincolato da *Eurojust*, e la sua componente magistratuale potrebbe essere individuata direttamente su base sovranazionale. L'istituzione del pubblico ministero europeo coinvolgerà vari profili, ordinamentali (l'organizzazione del nuovo soggetto, i suoi tratti distintivi e le forme di controllo e responsabilità sul suo operato), procedurali (le norme regolanti lo svolgimento della sua attività), e di diritto penale sostanziale. La creazione del nuovo soggetto porrà poi delicati problemi di definizione di rapporti e relazioni con gli altri soggetti dello spazio giudiziario europeo. Infine,

questioni di “tenuta” e compatibilità costituzionale con gli ordinamenti nazionali potranno derivare dalla creazione del nuovo organismo.

Il tema dei profili strutturali dell’organismo andrà risolto anche alla luce dei suoi profili funzionali, chiarendo cioè i nessi tra la funzione attinente all’esercizio dell’azione penale sopranazionale per i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione e quella del coordinamento, funzioni che pur essendo distinte, presentano innegabili momenti di interdipendenza, come si evince dalla pratica.

Inoltre, nonostante le scarse indicazioni sugli aspetti funzionali, appare agevole prevedere che la futura procura europea dovrà intrattenere rapporti di collaborazione e di collegamento operativo non solo con *Europol*, come previsto nel Trattato, ma anche con Olaf, tenuto delle specifiche competenze di quest’ultimo organismo, per le indagini amministrative in materia di frodi comunitarie e di reati lesivi degli interessi finanziari comunitari. Non vi è dubbio che la creazione di un nuovo organismo con compiti investigativi diretti potrebbe ridimensionare gli attuali compiti di Olaf, pur essendo le investigazioni condotte di diversa natura (amministrativa). Il silenzio sul punto suscita più di un interrogativo e tuttavia l’esperienza ed il ruolo dell’Olaf non potranno essere ignorati in una visione complessiva. La costituzione del nuovo ufficio potrà dunque rappresentare l’occasione per una rivisitazione dei meccanismi operativi e delle relazioni tra i protagonisti dello spazio giudiziario europeo, favorendo la transizione ad un sistema più organico e coerente nel quale, sotto la direzione di un *nuovo centro unificante*, potranno trovare spazio ed essere valorizzate le specificità ed il patrimonio di ciascun organismo.

*Come assicurare che l’accentramento dei poteri investigativi non comporti, in nome dell’indispensabile azione di contrasto nei confronti della criminalità organizzata transfrontaliera, anche una caduta o, quantomeno, un riposizionamento delle garanzie individuali?*

Dal complesso delle disposizioni regolanti le funzioni della Direzione nazionale antimafia si comprende come l’organismo dispone di molteplici prerogative, il cui esercizio, opportunamente programmato ed attuato, può tradursi in una vera e propria strategia *integrata, di strumenti e di azioni*, per il contrasto al crimine organizzato. È stato anche evidenziato che nella pratica dell’organismo sono riscontrabili alcuni “scostamenti” rispetto al modello di coordinamento investigativo prefigurato dal legislatore, che condizionano l’effettività della sua azione.

L’interprete ed il giurista non può non porsi, poi, il problema se all’aumentata efficacia delle investigazioni, assicurata attraverso una completa e tem-

pestiva azione di coordinamento, possa corrispondere una incisione, sia pure potenziale, di garanzie procedurali fondamentali, oggi più chiaramente scolpite nell'art. 111 della Costituzione. Il tema è certamente ampio, anche avuto riguardo all'espansione del catalogo e del contenuto di tali garanzie, da aggiornarsi costantemente per effetto del confronto con fonti sovranazionali. In primo luogo con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quale interpretata dalla Corte europea di Strasburgo, alle cui giurisprudenze le Corti nazionali guardano sempre più con rinnovata attenzione, in un incessante dialogo secondo il sistema di tutela "multilivello" dei diritti fondamentali riconosciuto da tempo anche dalla più accorta dottrina<sup>36</sup>.

È soprattutto in relazione all'attività di raccolta e di elaborazione dei dati attinenti a fenomeni di criminalità organizzata<sup>37</sup>, attuabile attraverso l'esercizio delle prerogative complessivamente definibili di *preinvestigazione* che si può creare un'area di potenziale frizione con diritti procedurali e garanzie individuali. Con tale termine ci si riferisce a quell'attività posta in essere direttamente dalla D.N.A. ovvero dalla D.I.A. e dai servizi centrali di polizia, dei quali la legge espressamente stabilisce che il P.N.A. può disporre, allo scopo di acquisire una conoscenza esauriente ed organica dei fenomeni criminali, anche al di fuori di singole indagini preliminari.

Essa può svolgersi sia in relazione ad indagini che si siano compiute o tuttora pendenti, ovvero a prescindere da esse. Con tali attività il Procuratore nazionale può acquisire quelle conoscenze sui fenomeni criminali che richiedono attività di analisi e tempi non contenibili e circoscrivibili all'interno delle indagini in senso stretto. Le relative risultanze potranno poi costituire la base per atti di impulso verso le procure competenti.

Il loro esercizio deve contemperare esigenze e valori diversi, riguardanti, da un lato, l'indipendenza dei pubblici ministeri e l'efficacia del risultato investigativo, dall'altro profili di tutela individuale dei soggetti coinvolti. In relazione al primo aspetto, si pone la necessità di evitare che tali *preinvestigazioni* si tra-

<sup>36</sup> Per un efficace quanto completa sintesi dello stato del "nuovo dialogo" tra le Corti, cfr. E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, presentata a Roma, il 25 gennaio 2013 e consultabile sul sito [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); cfr., in particolare, p. 18. Per una recente ed esaustiva disamina di tutte le intersezioni tra diritto penale e fonti sopranazionali cfr. anche V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012.

<sup>37</sup> Sull'accrescimento dei profili dell'analisi operativa della D.N.A. che nel corso di questi anni ha sempre più caratterizzato l'attività dell'uffici, vedasi l'intervento del P.A. di quell'ufficio, dott. G. Donadio, nella sua audizione innanzi alla Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e delle altre associazioni criminali anche straniere, del 2 dicembre 2009, p. 28 del resoconto stenografico.

sformino in forme di interferenza nelle attività delle procure procedenti. In tal senso opportuno limite sarà dato dall'astenersi dal compimento di atti specifici che diano vita ad indagini parallele, limitandosi ad un approfondimento dei fenomeni sino al punto in cui risultino acquisiti appropriati input investigativi, da riversare agli uffici del pubblico ministero preposti.

Dall'altro, l'approfondimento di filoni di indagine anche solo potenziali, reca in sé il rischio di un arretramento di garanzie procedurali in favore dei singoli soggetti coinvolti nell'accertamento. Due i principali profili di possibile interferenza: il primo attiene alla possibile elusione delle garanzie difensive con cui il codice di rito assiste il compimento di determinati atti, attraverso la presenza ovvero l'assistenza del difensore, il cui ruolo è assente durante le attività di competenza della D.N.A.

In tali casi il riconoscimento della natura extra processuale ovvero extra procedimentale delle risultanze acquisite con la raccolta ed analisi dei dati da parte della D.N.A., dovrebbe condurre alla non diretta utilizzabilità procedimentale, specie in chiave dibattimentale, delle relative risultanze, con applicazione della sanzione di inutilizzabilità *ex art. 191 c.p.p.* Si pensi alla facoltà conferita al P.N.A. di procedere a colloqui investigativi previsti dall'*art. 18 bis* dell'ord. pen. Come è noto, trattasi di atto che si pone al confine tra il momento puramente informativo e quello giudiziario, con cui si tende ad ottenere elementi utili in vista del successivo sviluppo investigativo. In tal senso il divieto assoluto di utilizzabilità delle risultanze del colloquio è sufficiente baluardo per qualsiasi forma di aggiramento della norma. Non vi è dubbio, tuttavia, che l'atto presenta una sua obiettiva delicatezza, ed è bene che lo stesso sia eseguito con modalità che ne assicurino la massima trasparenza operativa, in primo luogo la registrazione di ogni attività compiuta.

Lo svolgimento di attività di *preinvestigazione* attraverso l'esercizio delle prerogative conferite al P.N.A. dall'*art. 371 bis c.p.p.* può essere altresì fonte di potenziali lesioni alle garanzie procedurali che si innestano dal formale avvio delle indagini preliminari. Si pensi al caso in cui le attività condotte dalla D.N.A. si spingono indefinitamente nel tempo, pur in presenza di una o più notizie di reato acquisite, da riversare al competente ufficio inquirente. Ciò potrebbe comportare non solo ritardi nelle iscrizioni *ex art. 335 c.p.p.*, ma anche il compimento di attività che, in presenza di ben precise notizie di reato, avrebbe richiesto il formale avvio di un procedimento investigativo, con l'applicazione di tutti i dispositivi di tutela offerti dalla normativa processuale, a partire dall'esercizio delle facoltà di accesso alle notizie di reato *ex art. 335 c.p.p.*, a richiesta, con le eccezioni per esso previste.

Sullo sfondo e più in generale, l'attività *preinvestigativa* della D.N.A. fa riemergere la questione della "discrezionalità" di un organo giudiziario inquirente che potrebbe orientare la stessa selezione dei "filoni investigativi", con ricadute sui principi in materia di obbligatorietà dell'azione penale. Sul punto va ribadito che l'obbligatorietà dell'azione penale rimane fuori discussione, in quanto trattasi piuttosto di esercizio di prerogative che si collocano in un momento precedente, attinente alla ricerca, pienamente legittima, di notizie di reato e delle loro fonti, attraverso una visione ed analisi complessiva di dati ed informazioni. È innegabile, tuttavia, che l'esercizio di tali facoltà presenta un rischio, anche elevato, per un uso distorto della discrezionalità conferita. Esso va tuttavia adeguatamente controbilanciato, in primo luogo da una elevata professionalità che si richiede ai magistrati che compongono quell'ufficio e che si riflette nei criteri selettivi per il suo accesso. In secondo luogo attraverso il costante richiamo alla responsabilità istituzionali ed alle conseguenze, anche di tipo disciplinare, che possono derivare da violazioni degli obblighi di legge, sulla cui osservanza deve vigilare il P.N.A., e verso il quale i singoli sostituti hanno senza alcun dubbio un accresciuto dovere informativo, ben maggiore rispetto a quanto accade nelle relazioni intercorrenti negli altri uffici del pubblico ministero<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Cass. civ., SS.UU., 6 dicembre 2012, n. 21913, in *Ced*, rv. 624340.



# **Antologia**



ALESSANDRO CORDA

RIFLESSIONI SUL RAPPORTO TRA NEUROSCIENZE  
E IMPUTABILITÀ NEL PRISMA DELLA DIMENSIONE PROCESSUALE<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 0. Ambientamento. Visioni futuribili e contaminazioni. – 1. L'intuizione 'antica' delle neuroscienze. – 2. Neuroscienze e diritto penale: contesto, limiti e potenzialità. – 3. L'apporto delle neuroscienze cognitive e della genetica comportamentale al giudizio di imputabilità. - 3.1 La sentenza di Trieste. - 3.2. La sentenza di Como. - 3.3. Uno sguardo d'insieme. – 4. L'ingresso della prova scientifica nel processo penale. Alla ricerca di criteri-guida nella *Post-Daubert Era*. - 4.1. Prova scientifica "nuova" e regime di ammissibilità. - 4.2. Quali criteri per l'ammissione della prova neuroscientifica? – 5. L'utilizzo 'di parte' del sapere neuroscientifico. Il problema della responsabilità penale del consulente tecnico. – 6. Un *caveat* conclusivo.

0. *Ambientamento. Visioni futuribili e contaminazioni*

Il dibattito teorico sui rapporti tra *ius criminale* e neuroscienze ha subito anche nel nostro Paese una sensibile accelerazione negli ultimi anni, in particolare a seguito di recenti pronunce della giurisprudenza di merito. Queste sentenze hanno con forza portato alla ribalta, anche mediatica, le potenzialità applicative e i correlativi rischi connessi all'impiego delle più avanzate neuroscienze cognitive nel campo della giustizia penale. Si tratta di una dialettica che interessa istituti centrali e 'tradizionali' del diritto penale, tanto sul versante sostanziale che su quello processuale.

In via preliminare, si deve sottolineare come la tendenza alla contaminazione<sup>1</sup> tra sapere giuridico e saperi 'altri' sia ormai un dato irreversibile ma tutt'altro che privo di insidie. Se, dunque, «sempre attuale è il problema dei rapporti tra diritto e scienza e stimolante è il progetto teorico di un «modello integrativo», interdisciplinare, delle scienze giuridiche con le scienze empiriche per la rifondazione di un diritto anche su basi scientifiche, non solo nella sua fase di creazione legislativa ma anche nella fase della sua applicazione giudiziaria», altrettanto vero è che «tale progetto di scientificizzazione del diritto non è riuscito tuttora a realizzarsi, sia perché la scienza giuridica si è alimentata di una certa «illusione scienziata», sia perché il sapere scientifico è spesso un sapere «debole», in quanto pluralistico, discordo, conflittuale»<sup>2</sup>. Non può negarsi come tali disillusioni riguardino maggiormente certe «scienze empiriche (quali, ad esempio, le scienze sociali, le scienze psichiatrico-forensi)»

<sup>(\*)</sup> Dove non diversamente specificato, la traduzione dei testi in lingua straniera è dell'autore.

<sup>1</sup> Sul concetto di 'contaminazione', si rinvia al noto studio in prospettiva antropologica di M. DOUGLAS, *Purezza e pericolo. Un'analisi dei concetti di contaminazione e tabù*, trad. it., Bologna, 2003.

<sup>2</sup> F. MANTOVANI, *Presentazione*, in U. RICCI - C. PREVIDERÈ - P. FATTORINI - F. CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità. Aspetti giuridici, biologici e probabilistici*, Milano, 2006, p. X.

e non invece altre appartenenti al campo della c.d. *hard science*, «stante la dimostrata attendibilità dei risultati, se ottenuti attraverso un rigoroso e corretto metodo scientifico»<sup>3</sup>. La difficoltà di discernere tra saperi esterni al diritto dotati di intrinseca validità e altri non sufficientemente fondati ha talvolta alimentato tentazioni 'isolazioniste'. In un importante studio sull'argomento, Tracey Meares ha risposto in modo a nostro avviso convincente alle più diffuse opinioni contrarie all'utilizzo di studi di carattere empirico e, più in generale, di carattere extra-giuridico nel campo del diritto penale. In primo luogo, le preoccupazioni rispetto all'ingresso in aula di cattiva scienza e quelle relative all'incapacità del giudice e delle parti di gestire adeguatamente conoscenze rispetto alle quali essi mancano di competenze specifiche devono essere superate mediante la creazione delle condizioni per un uso ottimale del sapere extra-giuridico, da ottenersi in primo luogo attraverso un atteggiamento più recettivo e, soprattutto, una migliore preparazione dei soggetti coinvolti<sup>4</sup>. In secondo luogo, l'impiego di saperi specialistici non afferenti al campo del diritto nel settore della giustizia penale, lungi dal diminuire il consenso della popolazione rispetto alla stessa, comporta al contrario una maggiore trasparenza delle decisioni ed una maggiore legittimazione dell'intero sistema<sup>5</sup>. Da ultimo, parimenti infondata appare l'argomentazione secondo cui il sapere extra-giuridico sarebbe irrilevante rispetto alle funzioni e alle finalità eminentemente normative proprie degli istituti giuridico-penali. Tali differenti scopi, infatti, non cambiano nulla giacché i saperi 'altri' non hanno in sé la forza di soppiantare la valutazione normativa ma si limitano invece a fornire alla stessa una base maggiormente solida<sup>6</sup>.

In breve, il diritto penale da un punto di vista *strutturale* non si pone affatto quale insieme finito e autoreferenziale, ma, al contrario, presenta una vera e propria vocazione rispetto all'interazione con differenti aree del sapere, empirico e scientifico in particolare. Il problema che si pone è, piuttosto, quello di verificare la bontà del sapere al quale il diritto apre le porte: se un'aprioristica diffidenza non appare ormai più essere giustificata o giustificabile in ragione della pretesa autosufficienza della scienza giuridica rispetto al 'mondo esterno dei fenomeni' che essa è quotidianamente chiamata a disciplinare e regolare anche nel settore della giustizia penale, ben più fondata appare la necessità di effettuare un vaglio rigoroso al fine di prevenire il rischio che il sapere extragiuridico, alla stregua di un cavallo di Troia, finisca col trasfigurare surrettiziamente il dato normativo, portandolo a deragliare dai binari prestabiliti piuttosto che essere di aiuto ad una sua migliore definizione e applicazione al caso concreto.

L'appartenenza delle neuroscienze al novero delle scienze 'deboli' piuttosto che 'forti' e la sua qualificazione come *buona* o *cattiva* scienza costituiscono, come si vedrà, oggetto di appassionata disputa, forse e soprattutto alla luce degli ambiziosi risultati che tale nuovo multiforme sapere pare promettere – risultati potenzialmente in grado di 'ricostruire' dalle

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> T.L. MEARES, *Three Objections to the Use of Empiricism in Criminal Law and Procedure - And Three Answers*, in *U. Ill.L. Rev.*, 2002, pp. 853-857. Conf. L. DE CATALDO NEUBURGER, *Aspetti psicologici nella formazione della prova: dall'ordalia alle neuroscienze*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 608.

<sup>5</sup> T.L. MEARES, *Three Objections*, cit., pp. 857-866.

<sup>6</sup> Cfr. T.L. MEARES, *Three Objections*, cit., pp. 866-873.

fondamenta più di un 'locus primario' del diritto penale. Ecco dunque che fondamentale diviene per il giurista acquisire quegli strumenti che gli consentano di distinguere tra contaminazioni virtuose, in grado perciò di beneficiare grandemente l'applicazione delle norme, e contaminazioni 'deformanti', capaci al contrario di inficiare la nostra capacità di "orientarci" sull'orizzonte.

### 1. L'intuizione 'antica' delle neuroscienze

Il fascino delle neuroscienze nella loro dialettica con il diritto penale si fonda su di una promessa antica, quella cioè di realizzare «il sogno dei primi criminologi di identificare le radici biologiche della criminalità»<sup>7</sup>. Quella in corso sarebbe dunque una nuova fase di una infatuazione ormai datata, sviluppatasi sostanzialmente in tre passaggi dagli inizi del diciannovesimo secolo ad oggi<sup>8</sup>. In principio, è proprio il caso dirlo, vi fu la frenologia ideata dal medico tedesco Franz Joseph Gall: tale disciplina sosteneva la possibilità di definire le qualità psicologiche di una persona esaminando la conformazione del suo cranio<sup>9</sup>. In una prima fase, la frenologia sembrò fare breccia nel sistema di giustizia penale, facendo ingresso nelle aule di tribunale per mezzo degli psichiatri forensi che la consideravano un metodo affidabile per accertare le relazioni tra il cervello e il comportamento umano<sup>10</sup>. Tuttavia verso la metà del Novecento la frenologia perse ogni pretesa di scientificità essenzialmente in forza della perdurante incapacità da parte dei frenologi di verificare in modo rigoroso le basi teoriche delle proprie ricerche. Nonostante però la frenologia sia oggi considerata quasi per antonomasia esempio di pseudoscienza, com'è stato efficacemente osservato, «ha lasciato dietro di sé un concetto formalizzato relativo alla localizzazione cerebrale dei comportamenti complessi e delle radici biologiche alla base della differenza tra coloro che infrangono la legge e coloro che invece la rispettano»<sup>11</sup>.

Una parabola simile a quella percorsa dalla frenologia è stata compiuta dall'antropologia criminale di Cesare Lombroso, fondata, com'è noto, sulla teoria del determinismo biologico. Tale prospettiva concepiva il delinquente quale malato e il reato quale malattia

<sup>7</sup> R.E. REDDING, *The Brain-Disordered Defendant: Neuroscience and Legal Insanity in the Twenty-First Century*, in 56 *Am. U. L. Rev.*, 2006, p. 56; D.W. DENNO, *Human Biology and Criminal Responsibility: Free Will or Free Ride?*, in 137 *U. Pa. L. Rev.*, 1988, p. 615 ss. V. anche l'ampio studio di A.C. PUSTILNIK, *Violence on the Brain: A Critique of Neuroscience in Criminal Law*, in 44 *Wake Forest L. Rev.*, 2009, p. 183 ss.

<sup>8</sup> Cfr. I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 176.

<sup>9</sup> Cfr. F.J. GALL - J.C. SPURZHEIM, *Anatomie et physiologie du système nerveux en general, et du cerveau en particulier, avec des observations sur la possibilité de reconnaître plusieurs dispositions intellectuelles et morales de l'homme et des animaux par la configuration de leurs têtes*, 4 Tomi, Parigi, 1810-1812.

<sup>10</sup> K.J. WEISS, *Isaac Ray at 200: Phrenology and Expert Testimony*, in 35 *J. Am. Acad. Psych. & L.*, 2007, pp. 339-345. Cfr. anche U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2721.

<sup>11</sup> S.A. TOVINO, *Imaging Body Structure and Mapping Brain Function: A Historical Approach*, in 33 *Am. J.L. & Med.*, 2007, p. 207. V. anche D.L. FAIGMAN, *Anecdotal Forensics, Phrenology, and Other Abject Lessons from the History of Science*, in 59 *Hastings L.J.*, 2008, pp. 981-983 in part.

da combattere. La teoria del “delinquente nato” postulava l’esistenza di una congenita predisposizione di natura organica al delitto desumibile dall’analisi di determinate aree della struttura anatomica dell’individuo: tali caratteristiche – si sosteneva – indipendentemente dalle variabili ambientali rendevano alcuni individui naturalmente inclini a delinquere e a tenere condotte antisociali in genere<sup>12</sup>. Ma le suggestioni evocate dagli studi di Lombroso, pur destituite di ogni fondamento scientifico e presto cadute in disgrazia all’interno della comunità scientifica, continuano ancora oggi a rappresentare una sorta di ideale ‘breviario’ per coloro i quali oggi tendono a riproporre, anche alla luce delle nuove tecnologie neuroscientifiche, una criminologia di stampo prettamente biologico. Come evidenziato da Amanda Pustilnik, la rinnovata attualità degli assunti di fondo del pensiero lombrosiano è ben testimoniata dal fatto che le critiche che venivano mosse alle pretese del determinismo biologico e del riduzionismo sul piano tanto scientifico che filosofico possano essere mosse sostanzialmente negli stessi termini oggi rispetto agli assunti radicali proposti da taluni studiosi delle neuroscienze<sup>13</sup>. Nel 1895, riferendosi all’antropologia criminale di Lombroso e alle sue pretese di creare una sorta di ‘scorciatoia’ nella spiegazione delle cause del comportamento criminale, Wines così scriveva:

[essa] occupa uno spazio tra la scienza e la filosofia. Come scienza, è positivista e aggressiva. Come filosofia, consiste quasi completamente di negazioni, le principali delle quali sono costituite dalla negazione dello spirito, della libertà del volere, e della responsabilità morale<sup>14</sup>.

Appare a tutti evidente come queste riflessioni rispecchino in modo pressoché assoluto le critiche che vengono mosse ai sostenitori più radicali delle neuroscienze nel loro approccio al diritto penale, delle cui posizioni ci si occuperà a breve.

Tornando al nostro breve *excursus* storico, l’ultimo passaggio antecedente all’odierno dibattito in tema di neuroscienze relativo alla spiegazione del crimine in termini organici è rappresentato dall’impiego della chirurgia del cervello come trattamento dei soggetti inclini a condotte violente. Pioniere di tale tecnica fu lo psichiatra portoghese Antonio Egas Moniz, il quale ideò la leucotomia prefrontale (il primo esempio di lobotomia) che venne poi perfezionata da alcuni chirurghi statunitensi ed applicata su larga scala. Per il suo lavoro di ricerca ricevette addirittura il Premio Nobel nel 1949<sup>15</sup>. Negli Stati Uniti, Paese in cui le teorie di Moniz ebbero un particolare successo fino agli anni Settanta del

<sup>12</sup> D’obbligo il rinvio a C. LOMBROSO, *L’uomo delinquente*, Milano, 1876. V. anche P. BAIMA BOLONE, *Cesare Lombroso, ovvero il principio dell’irresponsabilità*, Torino, 1992, e il recente pregevole contributo di U. GATTI - A. VERDE, *Cesare Lombroso: una revisione critica*, in L. Picotti - F. Zanuso (a cura di), *L’antropologia criminale di Cesare Lombroso: dall’Ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo*, Napoli, 2011, p. 75 ss.; si segnala, infine, il recente volume di P. KNEPPER - P.J. YSTEHEDE (eds.), *The Cesare Lombroso Handbook*, Londra, 2012.

<sup>13</sup> A.C. PUSTILNIK, *Violence on the Brain*, cit., p. 198.

<sup>14</sup> F.H. WINES, *Punishment and Reformation: An Historical Sketch of the Rise of the Penitentiary System*, New York, 1895, p. 254, cit. da A.C. PUSTILNIK, *Violence on the Brain*, loc. ult. cit.

<sup>15</sup> A.C. PUSTILNIK, *Violence on the Brain*, cit., pp. 199-200. Cfr. anche A. ALTICHERI, «Inventò la lobotomia, toglietegli il Nobel», in *Il Corriere della Sera*, 6 agosto 2004, p. 15.

secolo scorso, un episodio particolarmente emblematico quanto sinistro è rappresentato dall'esperimento posto in essere presso il *Vacaville State Penitentiary* in California nel 1968, presso il quale, con il pieno avallo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria dello Stato, vennero eseguiti su numerosi detenuti interventi chirurgici consistenti nell'impianto di elettrodi finalizzati a distruggere parte del tessuto dell'amigdala. Tali interventi si prefiggevano l'obiettivo di eliminare in radice il desiderio e la capacità di tali individui di compiere nuovamente atti violenti<sup>16</sup>. L'esperimento del penitenziario di Vacaville non diede affatto i risultati sperati e oggi rappresenta un simbolo della totale infondatezza delle pretese di impiego della neurochirurgia quale tecnica in grado di eliminare 'alla fonte' l'origine e la causa dei comportamenti criminali, in particolare quelli violenti.

Frenologia, atavismo criminale e lobotomia rappresentano oggi dottrine ormai unanimemente screditate sul piano scientifico. Nonostante ciò, non appare azzardato intravedere una sorta di ideale *continuum*, per quanto carsico e senz'altro controverso, tra le sopraccitate discipline e gli assunti più radicali delle moderne neuroscienze cognitive che, al pari di teorie che oggi non esiteremmo a definire quanto meno bizzarre, propongono un approccio riduzionista al tema della genesi del crimine, le cui cause andrebbero individuate in disfunzioni cerebrali localizzate essenzialmente nella regione dell'amigdala o dei lobi frontali dell'encefalo. La sfida delle neuroscienze, dunque, per quanto perseguita per mezzo di tecnologie all'avanguardia affonda le proprie radici nell'intuizione antica di teorie oggi denigrate di focalizzarsi sul cervello quale causa primaria delle condotte criminose.

## 2. Neuroscienze e diritto penale: contesto, limiti e potenzialità

Il termine "neuroscienza" inizia a essere impiegato negli anni Sessanta del Novecento per definire un particolare settore di studi interdisciplinari aventi ad oggetto il sistema nervoso cerebrale. Nel 1971 viene fondata la *Society for Neuroscience* e solo pochi anni dopo compare per la prima volta sulle riviste specializzate anche l'espressione "scienza cognitiva", associata a ricerche che concepiscono la mente umana essenzialmente quale "insieme di funzioni per l'elaborazione di informazioni". Dall'incontro di questi due nuovi campi d'indagine scientifica nasce l'espressione "neuroscienze cognitive", coniata da George Miller e Michael Gazzaniga alla fine degli anni Ottanta<sup>17</sup>. Con essa si definisce oggi la disciplina scientifica che mira a determinare come il funzionamento cerebrale faccia sorgere l'attività mentale<sup>18</sup>. Come plasticamente affermato da uno dei suoi padri, lo scopo

<sup>16</sup> A.C. PUSTILNIK, *Violence on the Brain*, cit., p. 203.

<sup>17</sup> A. BROOK - P. MANDICK, *The Philosophy and Neuroscience Movement*, in *Analyse & Kritik*, 26/2004, pp. 384-385.

<sup>18</sup> S.M. KOSSLYN - L.M. SHIN, *The Status of Cognitive Neuroscience*, in *Current Opinion in Neurobiology*, 2, 1992, p. 146. Cfr. anche S.M. KOSSLYN - O. KOENING, *Wet Mind: The New Cognitive Neuroscience*, New York, 1992.

delle neuroscienze cognitive è essenzialmente quello di chiarire come il cervello “attivi” la mente<sup>19</sup>.

L'intersezione tra neuroscienze ed etica ha in anni recenti portato allo sviluppo di un ulteriore settore di indagine denominato “neuroetica”, disciplina che a sua volta può scindersi concettualmente in due diversi, per quanto strettamente interrelati, campi di studio: l'etica della neuroscienza e le neuroscienze dell'etica<sup>20</sup>. L'etica della neuroscienza, da un lato, è una disciplina che si occupa essenzialmente delle questioni etiche che possono sorgere in sede di elaborazione prima ed esecuzione poi di studi neuroscientifici, e di valutarne l'impatto etico e sociale sulle strutture esistenti, incluse quelle giuridiche<sup>21</sup>; la neuroscienze dell'etica, dall'altro, si occupano invece di investigare nozioni filosofiche quali il libero arbitrio, l'intenzionalità, e l'autocontrollo dalla prospettiva del funzionamento cerebrale. È questa seconda articolazione della neuroetica che, in particolar modo, si pone oggi in relazione dialettica con gli assunti fondamentali ‘classici’ del diritto penale<sup>22</sup>. I sostenitori più convinti del potenziale esplicativo della ricerca neuroscientifica affermano che tali studi saranno in breve tempo in grado di dimostrare la fallacia del *dualismo* cartesiano, che riconosce l'autonomia della mente dal cervello, pur definendo la prima quale una misteriosa realtà immateriale indipendente ma in relazione causale con il corpo<sup>23</sup>. All'opposto, la letteratura neuroscientifica muove dall'assunto in forza del quale tale dicotomia sarebbe insussistente: mente e cervello sarebbero invece entità inscindibili tanto sul piano dei fenomeni quanto su quello concettuale<sup>24</sup>. Secondo questa prospettiva, la costruzione dualista è semplicemente insostenibile da un punto di vista scientifico<sup>25</sup>.

Muovendo da questa premessa, altri studiosi giungono a ipotizzare che in breve tempo le neuroscienze saranno in grado di “dominare l'intero sistema giuridico”<sup>26</sup>, fino al punto che in un prossimo futuro «la legge continuerà a punire i misfatti, come deve fare per motivi pratici, ma l'idea di distinguere coloro i quali sono veramente e profondamente

<sup>19</sup> M.S. GAZZANIGA - R. IVRY - G.R. MANGUN, *Cognitive Neuroscience: The Biology of the Mind*<sup>3</sup>, New York, 2008.

<sup>20</sup> V. A. ROSKIES, *Neuroethics for the New Millenium*, in *Neuron*, Vol. 35, 2002, p. 21.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> Cfr. A. ROSKIES, *Neuroethics*, cit., p. 22. In prospettiva penalistica, v. il recente contributo monografico di O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009; D. TERRACINA, *Problematiche del diritto penale*, in L. CAPRARO - V. CUZZOCREA - E. PICOZZA - D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, p. 187 ss.

<sup>23</sup> R. DESCARTES, *Discorso sul metodo* (1637).

<sup>24</sup> Cfr. A.R. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, trad. it., Torino, 1995.

<sup>25</sup> Così J. Greene in risposta a J. ROSEN, *The Brain on the Stand: How Neuroscience Is Transforming the Legal System*, in N.Y. TIMES, Mar. 11, 2007, diponibile alla seguente URL: <http://www.nytimes.com/2007/03/11/magazine/11NeuroLaw.t.html?pagewanted=all>. Conf. J. GREENE - J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B*, 2004, 359, p. 1779: «It is not as if there is you, the composer, and then your brain, the orchestra. You are your brain, and your brain is the composer and the orchestra all rolled together».

<sup>26</sup> M.S. GAZZANIGA, *The Ethical Brain. The Science of Our Moral Dilemmas*, New York, 2005, p. 88.

colpevoli da coloro che sono semplicemente vittime di circostanze neuronali (...) apparirà una cosa inutile»<sup>27</sup>. Tale corrente opera un *riduzionismo radicale*, che identifica e fa coincidere i fenomeni mentali con la fisica dei fenomeni cerebrali. Anche qui, *nihil sub sole novum*, verrebbe da osservare: Angelo Mosso nel XIX secolo affermava: “il colpevole è il cervello”, mentre noi saremmo innocenti<sup>28</sup>; allo stesso modo Padre Agostino Gemelli nel 1911 definiva il pensiero come una “*secrezione del cervello*”. In sintesi, l’indirizzo teorico in parola sostiene una posizione non distante da una *riduzione biologica e cerebrale dell’intenzione*, considerando la mente quale ‘fenomeno secondario del cervello’<sup>29</sup>. Questo indirizzo esprime un approccio senza compromessi, che nelle sue conclusioni non si discosta sostanzialmente dagli approdi della criminologia lombrosiana di stampo positivistico. Ci si trova qui di fronte a quello che è stato definito *determinismo forte* o *radicale* (*hard determinism*), in base al quale il concetto di responsabilità si pone in modo del tutto incompatibile rispetto alle c.d. catene causali. Secondo questa concezione, il libero arbitrio risulta di conseguenza declassato al rango di mera ‘illusione psicologica’<sup>30</sup>. L’individuo sarebbe perciò del tutto privo di una ‘libertà contro-causale’, intesa come la possibilità libera da vincoli di compiere una scelta completamente indipendente da tutte le circostanze e frutto esclusivamente della nostra volontà<sup>31</sup>. Molto suggestivi in questo senso sono gli esperimenti compiuti del corso degli anni Settanta e Ottanta del neurofisiologo statunitense Benjamin Libet, il quale per primo ha impiegato metodi di indagine neuroscientifica per studiare la relazione tra l’intenzione cosciente, vale a dire la volontà del soggetto, di compiere determinati movimenti e l’attivazione di specifici gruppi neuronali misurata mediante elettrodi posizionati sul cranio<sup>32</sup>. Questi i risultati osservati e descritti da Libet: il cervello compie la decisione in un momento in cui la consapevolezza della scelta non è ancora maturata. Tali studi hanno avuto un forte impatto e sono ancora oggi portati a dimostrazione dell’insussistenza del libero arbitrio. Dalla prospettiva del determinismo *hard* le neuroscienze muovono, dunque, una critica *esterna* al diritto penale nella sua attuale concezione di fondo. Tale messa in discussione promette cambiamenti dirimpenti e un radicale mutamento di paradigma: l’effetto della ‘rivoluzione promessa’ sarebbe quello di minare a partire dalle fondamenta le nozioni stesse di responsabilità e di libertà del volere, essenziali precondizioni per la concezione correntemente accolta di

<sup>27</sup> J. GREENE - J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, cit., p. 1781.

<sup>28</sup> I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello*, loc. cit.

<sup>29</sup> Cfr. in part. I. MERZAGORA BETSOS, *De servo arbitrio, ovvero: le neuroscienze ci libereranno dal pesante fardello della libertà?*, in *Rass. it. crim.*, 1/ 2011, pp. 9-10.

<sup>30</sup> Cfr. I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, 2012, p. 77 ss. in part.

<sup>31</sup> S.J. MORSE, *Gene-Environment Interactions. Criminal Responsibility, and Sentencing*, in K. Dodge - M. Rutter (eds.), *Gene-Environment Interactions in Developmental Psychopathology*, New York, 2011, p. 218.

<sup>32</sup> B. LIBET - C.A. GLEASON - E.W. WRIGHT - D.K. PEARL, *Time of Conscious Intention to Act in Relation to Onset of Cerebral Activity (Readiness-potential). The Unconscious Initiation of a Freely Voluntary Act*, in *Brain*, 106, p. 623 ss.

diritto penale. Si è, pertanto, parlato a proposito di *programma forte* delle neuroscienze<sup>33</sup>.

Su di un piano assi più mediato si pone, invece, l'approccio di tipo c.d. "compatibilista" in base al quale la spiegazione in termini deterministici dei fenomeni non equivale ad una negazione in radice dei differenti stati mentali in capo agli individui nel momento in cui pongono in essere determinate condotte. Tale indirizzo ritiene anzi possibile trovare un punto di accordo e conciliazione tra la sussistenza della libertà del volere e il determinismo dei fenomeni fisici senza rinunciare alla libertà in campo giuridico e morale<sup>34</sup>.

Per ragioni di completezza espositiva, appare opportuno dar conto di un ulteriore approccio, che si discosta sia dall'approccio dualista di ispirazione cartesiana che da quello riduzionista propugnato dai più convinti fautori delle neuroscienze. Pardo e Patterson sostengono, infatti, l'inutilità del dibattito relativo alla localizzazione della mente e propongono invece una differente concezione della mente stessa come l'insieme delle diverse capacità razionali esercitate da un soggetto<sup>35</sup>. Le funzioni neurali sono considerate necessarie ma non anche sufficienti di per sé sole ai fini dell'attribuzione a un determinato soggetto di predicati quali intenzioni, convinzioni o decisioni: ci si domanda, ad esempio, cosa significhi "avere la conoscenza di qualcosa". La risposta non risiederebbe soltanto nel fatto di trovarsi in una determinata "condizione fisica" quanto piuttosto nell'avere la "capacità di fare certe cose" come rispondere a domande, correggere errori, e agire in modo adeguato sulla base delle informazioni in nostro possesso<sup>36</sup>. Di conseguenza, sarebbe il comportamento e non invece la funzionalità cerebrale *tout court* a rappresentare il criterio per identificare quello che definiamo come "conoscenza". Dunque tale costruzione si sottrae in radice al dibattito tra dualisti e riduzionisti. Nessuna delle due opzioni, secondo questa costruzione, è in grado di afferrare correttamente i termini della questione: «possedere una mente equivale a possedere una certa gamma di capacità razionali che vengono mostrate nei pensieri, nei sentimenti e nelle azioni»<sup>37</sup>.

Tanto l'approccio compatibilista che la costruzione di derivazione aristotelica proposta da Pardo e Patterson tendono per così dire a ridimensionare fortemente le pretese più radicali delle neuroscienze e, per quanto a noi più interessa, la minaccia di smentire le premesse fondamentali del nostro sistema penale. Secondo i fautori di tali teorie, le neuroscienze potranno senz'altro dimostrarsi utili ma non modificheranno l'architettura concettuale dello *ius criminale* così come attualmente delineata. Secondo Morse, in particolare,

<sup>33</sup> A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 507. Cfr. anche A. FORZA, *La sfida delle neuroscienze: verso un cambiamento di paradigma?*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1376 ss.

<sup>34</sup> Così, efficacemente, A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale*, loc. cit.; cfr. anche S.J. MORSE, *Gene-Environment Interactions*, cit., pp. 219-221.

<sup>35</sup> M.S. PARDO - D. PATTERSON, *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, in *U. Ill. L. Rev.*, 2010, p. 1216.

<sup>36</sup> M.S. PARDO - D. PATTERSON, *Philosophical Foundations*, cit., p. 1217.

<sup>37</sup> M.S. PARDO - D. PATTERSON, *Philosophical Foundations*, cit., p. 1249. Cfr. anche A.C. PUSTILNIK, *Violence on the Brain*, cit., p. 237, la quale osserva: «The challenge in this time period, in this particular episode of the affair between criminal law and neuroscience, is to use neuroscience not to craft attractive simplifications but to shed a measure of light on complex and multifaceted realities».

il diritto penale presuppone una visione della persona e del comportamento derivata dalla c.d. *psicologia del senso comune* – o *psicologia ingenua (folk psychology)*<sup>38</sup>. La psicologia del senso comune non presuppone affatto l'esistenza del libero arbitrio ed è, anzi, perfettamente coerente con una spiegazione deterministica delle azioni; allo stesso modo, essa non sostiene affatto che le mente sia indipendente rispetto al corpo e non fa propria alcuna particolare visione morale o filosofica. In altre parole, la psicologia del senso comune accetta l'idea dell'esistenza di 'automatismi non pensati', di azioni abituali e di intenzioni non coscienti. Ciò che invece presuppone è che ogni azione umana possa essere quantomeno razionalizzabile mediante spiegazioni degli stati mentali o che le azioni umane siano sensibili alla ragione, includendo in tale categoria le norme giuridiche, che sono abitualmente volte a orientare il comportamento umano per mezzo di comandi, divieti e incentivi<sup>39</sup>. Sotto questo profilo – prosegue Morse – a differenza della psichiatria e della psicologia, che considerano i comportamenti umani nella prospettiva della psicologia ingenua, le neuroscienze hanno una visione puramente meccanicistica dell'agire umano e respingono con fermezza ogni assunto derivante dalla psicologia del senso comune<sup>40</sup>. Ma la comprensione del meccanismo biologico alla base di una determinata azione o comportamento non può valere quale giustificazione del comportamento stesso su di un piano giuridico-penale.

Tale confusione ingenerata dalla ricerca neuroscientifica viene denominata "errore psicolegale fondamentale"<sup>41</sup>: il contributo delle neuroscienze ad una migliore comprensione delle cause dell'agire umano potrà senz'altro gettare nuova luce sulle condizioni di esclusione della colpevolezza nella prospettiva della psicologia del senso comune ma non potrà portare ad una negazione del concetto di responsabilità individuale. Il diritto penale può e deve senz'altro aprirsi e 'recepire' l'esistenza di cause biologiche fino ad oggi sconosciute in grado di limitare l'autodeterminazione, ma solo laddove esse effettivamente incidano sulla capacità di intendere e di volere del soggetto<sup>42</sup>. In questa prospettiva, le neuroscienze potrebbero mettere in dubbio le attuali premesse del diritto penale solo laddove riuscissero a dimostrare l'infondatezza dell'assunto fondamentale della psicologia del senso comune che esso fa proprio, ossia che gli essere umani sono creature per i quali gli stati mentali hanno un'efficacia causale.

<sup>38</sup> V. S.J. MORSE, *Determinism and the Death of Folk Psychology: Two Challenges To Responsibility from Neuroscience*, in 9 *Minn. J.L. Sci. & Tech.*, 2008, p. 4 ss; M.S. MOORE, *Intention as a Marker of Moral Responsibility and Legal Punishability*, in R.A. Duff - S.P. Green (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011, p. 190 ss. Per una trattazione di carattere interdisciplinare, si rinvia al volume E. Agazzi (a cura di), *Valore e limiti del senso comune*, Milano, 2004.

<sup>39</sup> S.J. MORSE, *Lost in Translation? An Essay on Law and Neuroscience*, in M. Freeman (ed.) *Law and Neuroscience*, Oxford-New York, 2010, pp. 530-531

<sup>40</sup> S.J. MORSE, *Avoiding Irrational NeuroLaw Exuberance: A Plea for Neuromodesty*, in 62 *Mercer L. Rev.*, 2011, p. 843.

<sup>41</sup> S.J. MORSE, *Avoiding Irrational NeuroLaw Exuberance*, cit., pp. 845-846; ID., *Lost in Translation?*, cit., pp. 530, 534-535.

<sup>42</sup> S.J. MORSE, *Lost in Translation?*, cit., pp. 534-535. Sul punto, v. anche A. LAVAZZA - L. SAMMICHELLI, *Il delitto del cervello*, Torino, 2012, pp. 114-115.

### 3. *L'apporto delle neuroscienze cognitive e della genetica comportamentale al giudizio di imputabilità*

Le sentenze in commento si inseriscono in un periodo storico caratterizzato non tanto, in prima battuta, da una *crisi* del concetto normativo di imputabilità, quanto piuttosto del concetto clinico di malattia mentale, sottoposto negli anni ad una progressiva dilatazione foriera di incerti confini scientifici e metodologici in punto di accertamento. Una simile situazione ha ben presto assunto contorni grotteschi soprattutto perché l'imputabilità resta centrale all'interno del sistema penale: dietro alla (solo apparentemente) semplice formula della "*capacità di intendere e di volere*" evocata dagli articoli 88 e 89 c.p. – in tema, rispettivamente, di vizio totale e vizio parziale di mente – «si cela una questione scientifica e culturale fondamentale: l'esistenza del libero arbitrio e delle possibili cause che lo fanno venire meno»<sup>43</sup>.

Come evidenziato da Bertolino fin dal suo primo lavoro sul tema, «il concetto di malattia mentale risulta differentemente delineato a seconda della prospettiva paradigmatica che viene scelta come punto di riferimento (...) si sono andati affermando paradigmi alternativi, quali quello psicologico e quello sociologico. Ed appunto la coesistenza di tali diversi modelli paradigmatici, che presentano aspetti teoretici contrastanti, non permette oggi interpretazioni uniformi ed univoche generalizzazioni teoriche»<sup>44</sup>. Com'è noto, in un primo momento si era affermato un *paradigma di stampo rigorosamente nosografico-organicistico*: solo le alterazioni mentali a base organica erano considerate rilevanti al fine di escludere l'imputabilità. In questa fase, passando in rassegna la giurisprudenza, si riscontrava una soggezione quasi cieca del diritto rispetto ad una scienza, quella psichiatrica, allora ritenuta "forte" e capace di dispensare solide certezze. Poi, anche e soprattutto a causa della crisi della psichiatria, si è passati ad accogliere un concetto di infermità mentale via via sempre più ampio e dilatato<sup>45</sup>: anche le anomalie psichiche non inquadratesi nelle classificazioni nosografiche, come le psicopatie e le nevrosi, sono via via divenute rilevanti, fino all'inclusione esplicita dei *disturbi della personalità* operata dalla sentenza delle SS.UU. n. 9163 del 2005 nel celebre caso 'Raso'<sup>46</sup>, che ha senza riserve formalizzato, e per certi versi consacrato, il c.d. *paradigma psicologico*. Da questa crisi della psichiatria e dall'accentua-

<sup>43</sup> L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *Neuroscienze e imputabilità*, in L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, p. 338.

<sup>44</sup> M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 190-191. In argomento, cfr. diffusamente i basilari contributi della stessa A., *Profili vecchi e nuovi dell'imputabilità penale e della sua crisi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 272 ss.; *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, p. 411 ss.; *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 851 ss.. Nella dottrina italiana, sul tema, cfr. anche, *ex multis*, M.T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione: dalle finzioni giuridiche alla terapia sociale*, Torino, 1997. Per un'analisi critica in prospettiva medico-legale, v. U. FORNARI - R. ROSSO, *Problemi metodologici e scopi della perizia psichiatrica dell'imputato*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, I, p. 503 ss.

<sup>45</sup> Cfr. L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *Neuroscienze e imputabilità*, cit., p. 343.

<sup>46</sup> Cass. pen. Sez. un., sent. 25 gennaio 2005 - 8 marzo 2005, n. 9163, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 837 ss., con nota di M. Bertolino, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*.

zione del pluralismo delle posizioni in questo campo è derivata un'eccessiva discrezionalità nell'accertamento giudiziale dell'imputabilità, spesso tramutatosi in vero e proprio arbitrio nel caso di verifica della semi-infermità<sup>47</sup>. Se dunque, da un lato, l'imputabilità si pone quale esempio massimo – forse anche più della causalità – della “coproduzione”, per dirla con Jasanoff<sup>48</sup>, tra scienza e diritto, dall'altro, in un contesto di così accentuato pluralismo scientifico è facile intuire i pericoli insiti nell'operazione di “traduzione” dal contesto clinico a quello giuridico richiesta quotidianamente ai periti nelle aule giudiziarie, e questo essenzialmente alla luce delle diverse premesse contenutistiche e metodologiche da cui l'esperto parte<sup>49</sup>. L'imputabilità rappresenta, d'altronde, una categoria strutturalmente aperta a saperi ‘altri’ fin dal momento della sua definizione normativa, ancor prima dunque della sua ‘traduzione’ sul versante processuale del diritto penale<sup>50</sup>.

Quanto alle cause della summenzionata crisi dell'imputabilità derivante da quello di malattia mentale, esse non paiono essere localizzabili dalla parte del ‘delegante’ (il mondo del diritto) quanto piuttosto dalla parte del ‘delegato’ (il mondo scientifico)<sup>51</sup>. Il quadro è complicato dal fatto che quello sull'imputabilità è un giudizio *valoriale* e non invece strettamente *tecnico* come invece è, ad esempio, quello relativo al tasso di alcolemia nella guida in stato di ebbrezza: in quest'ultimo caso, infatti, il tecnico, o per meglio dire lo strumento, altro non fa che accertare se il limite posto dalla legge sia stato superato o meno, mentre nel caso della perizia sulla imputabilità non si tratta di stabilire se un soggetto sia entro oppure oltre un confine convenzionalmente e preventivamente determinato, bensì di stabilire il confine medesimo. Visto però che nella scienza psichiatrica quello tra normalità e patologia è un *confine mobile*, esso viene *de facto* concretamente tracciato ogni singola volta in cui la scienza è chiamata a dare una risposta al diritto penale, che dovrà poi “tradurre” il linguaggio e le categorie cliniche nei corrispettivi giuridici (ossia imputabilità, semi-imputabilità, esclusione dell'imputabilità). Come si accennava, dunque, «la linea di demarcazione tra salute e malattia mentale è perciò ben lungi dal poter essere considerata “scientifica”»<sup>52</sup> in senso proprio e stretto. È, dunque, in un quadro altamente instabile e di ‘crisi’ della categoria della imputabilità che le neuroscienze fanno il loro ingresso sulla scena del processo penale, con l'apparente promessa di un ritorno ad un paradigma rigorosamente organicistico.

Per chiarezza espositiva, occorre, giunti a questo punto, fornire alcune coordinate es-

<sup>47</sup> G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *DE&Q*, n. 5, 2005, p. 20.

<sup>48</sup> Cfr. S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, trad. it., Milano, 2001. Nello stesso senso G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie*, cit., p. 10.

<sup>49</sup> L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *NEUROSCIENZE e imputabilità*, cit., pp. 338-339. Conf. M. BERTOLINO, *Il “breve” cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in questa rivista, 2008, p. 328, che parla di «accertamenti sull'infermità mentale incerti e affidati all'arbitrio del giudice, o, meglio, del perito».

<sup>50</sup> G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie*, cit., p. 9.

<sup>51</sup> Cfr. L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *Neuroscienze e imputabilità*, cit., p. 339. Conf. M.T. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1171-1172.

<sup>52</sup> Cfr. L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *Neuroscienze e imputabilità*, cit., p. 342.

senziali in merito ai settori della ricerca scientifica che assumono rilievo nell'iter motivazionale delle sentenze che ci si appresta ad analizzare. Tali indagini scientifiche, di conio relativamente recente, sono: a) le *neuroscienze cognitive*; e b) la *genetica comportamentale*.

Come anticipato in precedenza<sup>53</sup>, le neuroscienze cognitive si occupano dei meccanismi biologici sottesi ai processi cognitivi, con particolare attenzione ai substrati neurali dei processi mentali e del comportamento. Appare opportuno descrivere in estrema sintesi le tecniche di cui si avvalgono gli studiosi del campo delle neuroscienze. La principale categoria è quella del *neuroimaging*, all'interno della quale può distinguersi per sommi capi tra *imaging strutturale o morfologico* e *imaging funzionale*. Alla tomografia assiale computerizzata (TAC), la prima tecnica di *imaging* strutturale assistita dal computer, sono seguite in anni più recenti le c.d. tecniche tomografiche di medicina nucleare, vale a dire la PET (*Positron emission tomography*) e la risonanza magnetica. Sul versante, invece, delle neuroimmagini funzionali, centrale ai fini della nostra trattazione è, in particolare, la risonanza magnetica funzionale nota con l'acronimo di *fMRI* (*Functional Magnetic Resonance Imaging*), una tecnica che consiste nell'uso dell'*imaging* a risonanza magnetica per valutare la *funzionalità* di un organo o di un apparato in maniera complementare all'*imaging morfologico*<sup>54</sup>. Se, dunque, da un lato, la tomografia computerizzata e la risonanza magnetica danno soprattutto informazioni morfologiche e strutturali, le tecniche funzionali sono invece in grado di misurare il flusso sanguigno interno all'area cerebrale e di compiere un'analisi dell'attività elettrica all'interno dell'encefalo<sup>55</sup>. Tuttavia non c'è una rigida separazione tra tecniche morfologiche e funzionali, in quanto impiegate in modo assolutamente integrato nella prassi. In relazione alle informazioni ottenibili, si suole distinguere tra *deficit* cerebrali di natura *morfologico-strutturale* e *deficit funzionali*. Per "deficit strutturale" si intende la presenza, ad esempio, di una lesione, di un volume anormale, di una massa o di una alterazione morfologica; quanto invece ai deficit funzionali, tali tecniche misurano i cambiamenti nel flusso ematico locale, legato all'aumento di attività cellulare e quindi neuronale. Questi cambiamenti di flusso sono definiti come regioni di "attivazione". Le aree del cervello che sono attivate – le famose *zone colorate* – quando il soggetto svolge un determinato compito svolgono un ruolo chiave nella comprensione del rapporto tra comportamento, emozioni, funzioni cognitive e substrato neuronale. L'area specifica di interesse viene selezionata a posteriori: il macchinario acquisisce varie "aree" del cervello, quindi, dopo l'esame, il quadro completo è a disposizione dell'esperto per l'analisi tecnica dettagliata<sup>56</sup>.

La genetica comportamentale studia invece l'influenza della genetica sul comportamento, con particolare riferimento ai fattori genetici che possono contribuire allo sviluppo di

<sup>53</sup> Cfr. *supra* § 2.

<sup>54</sup> A. SANTOSUOSSO, *Neuroscienze e diritto: un quadro delle opportunità*, in *Riv. it. med. legale*, 2012, p. 89. V. anche, M.T. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità*, cit., pp. 1198-1199.

<sup>55</sup> A. SANTOSUOSSO, *Neuroscienze e diritto*, cit., p. 88. A. LAMPARELLO, *Using Cognitive Neuroscience to Predict Future Dangerousness*, in 42 *Columbia Hum. Rts. L. Rev.*, 2011, pp. 503-505.

<sup>56</sup> Cfr. A. TEITCHER, *Weaving Functional Brain Imaging Into the Tapestry of Evidence: A Case for Functional Neuroimaging in Federal Criminal Courts*, in 80 *Fordham L. Rev.*, 2011, p. 360 ss.; molto utile, soprattutto per lettori privi di un background scientifico, B. BAARS - N.M. GAGE, *Fundamentals of Cognitive Neuroscience: A Beginner's Guide*, Oxford, 2012.

una determinata condotta. In particolare la *Behavioral Genetics* si occupa di «alcuni aspetti della personalità umana quali l'intelligenza, l'introversione e l'estroversione, l'orientamento sessuale, il comportamento aggressivo e antisociale, la ricerca continua di nuove sensazioni, l'abuso di alcool o di droghe, nel tentativo di individuare i geni che possano giocare un ruolo nel determinare l'espressione di tali tratti»<sup>57</sup>.

### 3.1. La sentenza di Trieste

Veniamo ora alle sentenze, partendo dall'analisi della decisione della Corte d'Assise d'Appello di Trieste del 1 ottobre 2009<sup>58</sup>: il primo caso in assoluto di impiego delle neuroscienze in tema di giudizio sull'imputabilità in Europa, tanto da essersi meritato gli onori della ribalta anche nella letteratura penalistica nordamericana<sup>59</sup>.

Un cittadino algerino, da anni residente in Italia, accoltella a morte un cittadino lombiano nei pressi della stazione ferroviaria di Udine. Nel corso del giudizio di primo grado, l'imputato è dichiarato socialmente pericoloso e parzialmente incapace di intendere e di volere sulla base di una perizia che riscontra la sussistenza di una severa patologia psichiatrica di stampo psicotico con tratti impulsivi e asociali, associata a capacità cognitive ed intellettive inferiori alla norma. La difesa aveva invece dal canto suo sostenuto la totale incapacità di intendere e di volere dell'imputato. La sentenza viene appellata dalla difesa, che lamenta l'erronea valutazione in ordine alla capacità di intendere e di volere e, in subordine, la mancata riduzione nel massimo relativa alla pur riconosciuta semi-infermità, e questo per una sottovalutazione della gravità della patologia da cui era affetto l'imputato. La Corte d'Assise d'Appello si trova così chiamata a prendere posizione sulle diverse e contrastanti conclusioni cui erano pervenuti tre diversi psichiatri sentiti in primo grado dal G.u.p. di Udine (semi-infermità per il perito e l'accusa, totale infermità per la difesa). Tutti gli esperti che erano intervenuti nel caso si erano serviti di un approccio diagnostico di tipo tradizionale: il colloquio psichiatrico e la somministrazione di test.

La Corte d'Assise d'Appello dispone così una nuova perizia *ex art.* 603 c.p.p., conferendo l'incarico a due eminenti studiosi nel campo delle neuroscienze. Questi esperti non sostituiscono i metodi tradizionali, ma affiancano loro il sapere neuroscientifico. In particolare, alla tradizionale *diagnosi descrittiva* fondata su di un colloquio psichiatrico e sulla somministrazione di alcuni test standard validati a livello internazionale, viene fatta seguire una

<sup>57</sup> S. PELLEGRINI, *Il ruolo dei fattori genetici nella modulazione del comportamento: le nuove acquisizioni della biologia molecolare genetica*, in A. Bianchi - G. Gulotta - G. Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, p. 69. V. anche R. PLOMIN - J.C. DEFRIES - G.E. MCCLEARN - P. MCGUFFIN, *Behavioral Genetics*<sup>5</sup>, New York, 2008. Cfr. B GARLAND - M.S. FRANKEL, *Considering Convergence: A Policy Dialogue About Behavioral Genetics, Neuroscience, and Law*, in *69 Law&Cont. Probs.*, 2006, pp. 102-103.

<sup>58</sup> Corte d'Assise d'Appello di Trieste, n. 5 del 18.09.2009, imp. Bayout, in *Riv. pen.*, 2010, p. 70 ss., con nota di A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*.

<sup>59</sup> Con accenti critici, cfr. S.J. MORSE, *Gene-Environment Interactions*, cit., p. 208. Per l'applicazione della genetica comportamentale nelle corti statunitensi a far data dal caso *Mobley v. State*, 455 S.E.2d 61 (Ga. 1995), si rinvia in part. a D.W. DENNO, *Behavioral Genetics Evidence in Criminal Cases: 1994-2007*, in N.A. Farahany (ed.), *The Impact of Behavioral Sciences on Criminal Law*, New York, 2009, p. 317 ss.

*diagnosi di sede* consistente nell'effettuazione di una risonanza magnetica dell'encefalo volta a riscontrare la sussistenza di eventuali alterazioni strutturali e/o funzionali dello stesso<sup>60</sup>, e nell'effettuazione di una indagine mediante gli strumenti della genetica molecolare (c.d. *diagnosi di natura*)<sup>61</sup>. I periti, mediante le tecniche neuroscientifiche, riscontrano una riduzione dell'inibizione al controllo della risposta motoria, e la presenza di un polimorfismo genetico del gene MAOA (monoamina ossidasi A), che, nella letteratura internazionale, è abbinato ad un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamenti aggressivi ed impulsivi, specie nel caso in cui l'individuo sia stato esposto nelle prime decadi di vita a fattori ambientali sfavorevoli, traumatici o negativi (è la c.d. interazione tra *geni* e *ambiente*). La Corte a tal proposito arriva a parlare di "*vulnerabilità genetica*" che renderebbe l'imputato "particolarmente reattivo in termini di aggressività in presenza di situazioni di stress", espressione che tanto clamore ha suscitato nei media. L'organo giudicante ha ritenuto di poter applicare per la confermata parziale incapacità di intendere e di volere la riduzione della pena nella misura massima di un terzo, oltre al riconoscimento delle attenuanti generiche<sup>62</sup>.

### 3.2. La sentenza di Como

Passiamo ora al caso deciso dal Tribunale di Como nel maggio 2011<sup>63</sup>.

Nel 2009 una donna uccide la sorella maggiore, per poi dar fuoco al cadavere. Pur indiziata per la scomparsa della sorella, in seguito tenta di strangolare la madre con una cintura. Dalle indagini emerge una situazione molto complessa, caratterizzata da frequenti episodi di collera e violenza nei confronti dei componenti della cerchia dei familiari. Le modalità di esecuzione del piano criminoso, poco logiche e razionali rispetto all'obiettivo perseguito, fanno sì che il fulcro del processo sia rappresentato dall'indagine circa la capacità di intendere e volere dell'imputata. Anche in questo caso, la perizia e le consulenze tecniche di parte giungono a conclusioni tra loro insanabilmente divergenti. Secondo la difesa, l'imputata ha agito sotto l'effetto di una condizione patologica di tipo psicotico che l'aveva resa totalmente incapace di intendere e di volere; secondo l'accusa, invece, i disturbi istrionici

<sup>60</sup> A. SANTOSUOSSO, *Neuroscienze e diritto*, cit., p. 98.

<sup>61</sup> V. L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *Delitto, geni, follia*, in R. Vignera (a cura di), *Neodarwinismo e scienze sociali*, Milano, 2010, pp. 210-211.

<sup>62</sup> L. CAPRARO, *Primi casi "clinici" in tema di prova neuroscientifica*, in *Processo penale e Giustizia*, n. 3-2012, p. 103, esprime la seguente preoccupazione: «le indagini genetiche disposte nell'ambito di una perizia volta a determinare la capacità di intendere e di volere di un imputato (...) qualora l'esito complessivo del mezzo di prova espletato fosse di segno negativo (qualora cioè il soggetto risultasse dalle analisi svolte e dai test effettuati pienamente imputabile) potrebbero tradursi in una sostanziale violazione del divieto contenuto nell'art. 220, comma 2, c.p.p. ove l'analisi finale facesse emergere la presenza dei "geni dell'aggressività"».

<sup>63</sup> Trib. Como, Uff. G.i.p., giudice Lo Gatto, sent. 20 maggio 2011, n. 536, imp. Albertani. La sentenza è pubblicata in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Gip%20Como%20neuroscienze.pdf> e in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 246 ss. con nota di G. MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità*, p. 251 ss.; v. anche M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto penale contemporaneo* (15 febbraio 2012), disponibile alla seguente URL: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Collica%20-%20Neuroscienze.pdf>.

e dissociativi della personalità, pur presenti, non hanno in alcun modo intaccato lo stato di coscienza e pensiero dell'imputata, che perciò deve essere ritenuta completamente capace di intendere e di volere. Nelle motivazioni il G.i.p. di Como critica aspramente sia la prima consulenza tecnica della difesa, sia la perizia disposta d'ufficio: in entrambi i casi, infatti, il profilo metodologico viene definito "carente" perché "basato solo su colloqui clinici senza l'ausilio di test psicodiagnostici" e "mancante di un fondato percorso logico-argomentativo"<sup>64</sup>. Secondo il giudicante appaiono invece convincenti le conclusioni cui perviene la seconda consulenza tecnica della difesa, basata sia sui tradizionali colloqui che su accertamenti tecnici relativi alla struttura e alla funzionalità cerebrale, e al patrimonio genetico dell'imputata. La risonanza magnetica evidenzia delle alterazioni morfologiche nella densità della materia grigia in un'area del cervello che ha la funzione di inibire il comportamento aggressivo; inoltre le indagini di genetica molecolare riscontrano nell'imputata la presenza di determinati alleli significativamente associati nella letteratura internazionale ad un "maggiore rischio di comportamento impulsivo, aggressivo e violento".

La sentenza riconosce quindi all'imputata il vizio parziale di mente, dichiarandola contestualmente anche in questo caso, come avvenuto con la sentenza di Trieste, socialmente pericolosa. Non vengono però accordate le attenuanti generiche in ragione della "particolare intensità del dolo". Ciò desta non pochi dubbi in quanto ci si chiede come sia logicamente possibile parlare di una particolare intensità del dolo in capo ad un soggetto affetto da disturbi della personalità tali da condizionarne fortemente le scelte comportamentali<sup>65</sup>.

### 3.3. Uno sguardo d'insieme

Le due decisioni in commento hanno scatenato molte polemiche e reazioni, forse non del tutto infondate da un punto di vista scientifico. Nel dettaglio, entrambe le sentenze, presumibilmente sulla scorta delle perizie e delle consulenze di parte, pur senza citarli esplicitamente sembrano rifarsi in particolare a tre studi sul tema. Il primo pionieristico studio sull'interazione tra geni e ambiente è quello compiuto da Brunner e colleghi<sup>66</sup> che per primi nel 1993 identificarono un particolare difetto genetico nei componenti di sesso maschile di una numerosa famiglia olandese, individuato nella mutazione nel gene che codifica la monoamina ossidasi A. Tale deficit è associato con un fenotipo comportamentale riconoscibile che comprende aggressività e reazioni impulsive. Successivamente, nel 2002 Caspi ed altri<sup>67</sup> effettuano un importante studio su di un vasto campione di cittadini neozelandesi di sesso maschile, monitorati dall'infanzia fino all'età di 26 anni. I

<sup>64</sup> Trib. Como, Uff. G.i.p., giudice Lo Gatto, cit., p. 36.

<sup>65</sup> Conf. D. TERRACINA, *Neuroscienze: lo studio della morfologia del cervello determinante nello stabilire il vizio parziale di mente. Problemi nati dal difficile rapporto tra giustizia penale e psichiatria*, in *Guid. dir.*, 2012, 5, p. 67.

<sup>66</sup> H. BRUNNER et al., *Abnormal behavior associated with a point mutation in the structural gene for monoamine oxidase A.*, in *Science*, 262, 1993, pp. 578-580.

<sup>67</sup> A. CASPI et al., *Role of Genotype in the Cycle of Violence in Maltreated Children*, in *Science*, 297, 2002, pp. 851-854.

risultati dello studio mostrano come i soggetti in possesso della variante *Low* del MAOA (L-MAOA) cresciuti in un ambiente sfavorevole caratterizzato da maltrattamenti nel corso dell'infanzia e della prima adolescenza abbiano sviluppato un rischio notevolmente superiore di manifestazione di forme di comportamento antisociale rispetto ad individui parimenti cresciuti in ambiente sfavorevole ma dotati invece della variante *High* del medesimo MAOA. Infine, uno studio condotto nel 2008 da Guo e colleghi<sup>68</sup> su di un campione di oltre mille giovani adulti ha confermato la forte correlazione esistente tra variazioni del gene MAOA e devianza nel caso di esposizione ad ambienti caratterizzati da bassi livelli di controllo sociale.

Alla luce di ciò, appare inconferente la valutazione effettuata nella sentenza di Trieste, che ricollega l'aumento di aggressività riscontrato nell'imputato non ad una interazione tra il gene MAOA ed un ambiente ostile nel corso dell'infanzia, quanto piuttosto all'interazione tra il suddetto gene e la situazione di *culture shock* in cui l'imputato si sarebbe venuto a trovare al suo arrivo in Italia, peraltro avvenuto all'età di 24 anni, proveniente da un contesto sociale e religioso completamente differente, con susseguenti difficoltà di adattamento. In una simile situazione la fondatezza dell'applicazione *de facto* analogica degli studi effettuati al caso concreto a fronte della rilevazione del summenzionato polimorfismo genetico appare tutta da dimostrare sul piano scientifico, non essendo l'imputato stato esposto ad un ambiente abusivo del corso dell'infanzia, e, in ogni caso, avendo sofferto l'esposizione ad un ambiente *lato sensu* sfavorevole in un'età in cui comunque la corteccia prefrontale è giunta a completa maturazione<sup>69</sup>. Considerazioni analoghe possono svolgersi in relazione alla sentenza di Como, sia con riferimento all'età della donna che con riferimento all'esposizione durante l'infanzia ad un ambiente caratterizzato da abusi e maltrattamenti, di cui parimenti non è fatta menzione nelle motivazioni. Infine, il riferimento alla letteratura internazionale nelle motivazioni della sentenza di Como appare ulteriormente problematico, in quanto gli studi citati – senza dubbio i più empiricamente documentati ad oggi effettuati – hanno ad oggetto solo individui di sesso maschile: di conseguenza la validità delle correlazioni evidenziate si pone, almeno fino a prova contraria, come fortemente dipendente dalla variabile di genere. Le due pronunce appaiono, invece, maggiormente apprezzabili sia sotto il profilo dell'approccio metodologico seguito che per i passaggi argomentativi delle motivazioni relativi all'apporto fornito dalle neuroscienze al giudizio di imputabilità. Come detto, l'indagine in entrambi i casi non si è limitata alla diagnostica tradizionale, ma è stata estesa sia alla c.d. *diagnostica di sede* che a quella *di natura*, finalizzate all'individuazione di eventuali alterazioni anatomiche, funzionali e genetiche: le indagini di *neuroimaging* cerebrale e di genetica molecolare vanno a completare le risultanze frutto della psichiatria tradizionale. Il valore essenziale che viene riconosciuto alle nuove metodologie è quello di fornire un contributo ulteriore in grado di aumentare il grado di attendibilità della decisione in

<sup>68</sup> G. GUO et al., *The Integration of Genetic Propensities into Social-Control Models of Delinquency and Violence among Male Youths*, in 73 *Am. Sociol. Rev.*, 2008, p. 543 ss.

<sup>69</sup> In tal senso, cfr. M.L. BAUM, *The Monoamine Oxidase A (MAOA) Genetic Predisposition to Impulsive Violence: Is It Relevant to Criminal Trials?*, in *Neuroethics*, (3 May 2001), p. 15.

punto di capacità di intendere e volere. Le neuroscienze, in altre parole, sono considerate maggiormente fondate sulla obiettività e sulla evidenza dei dati rispetto alle risultanze fornite dalla psichiatria: le neuroscienze sono perciò ritenute in grado di ridurre la variabilità diagnostica e di offrire risposte meno discrezionali rispetto a quelle ottenibili con i soli metodi di indagine propri della clinica tradizionale, pur senza portare ad una loro espunzione dall'espletamento della perizia. In sintesi: un utile complemento corroborativo dell'approccio psichiatrico convenzionale basato sui colloqui. Tanto gli esperti, in prima battuta, che i giudici in sede di decisione e motivazione hanno operato con grande prudenza, limitando il valore del riscontro neuroscientifico e genetico a semplice rafforzamento (*corroboration*) dell'accertamento della malattia mentale, senza attribuire un decisivo significato causale al rapporto tra evidenza neuroscientifico e condotta delittuosa. Un simile approccio pare senz'altro condivisibile poiché non mira a "scardinare" *tout court* l'approccio e gli strumenti tradizionali della psichiatria forense con la pretesa di far assurgere la spiegazione neuroscientifico al rango di causalità monofattoriale. In altre parole, non si cede a quella che è stata definita come "neuromania", in forza della quale «vulnerabilità genetica e lesione neurologica tendono a divenire i cavalli di battaglia non solo e non tanto per la ricerca, doverosa e indispensabile, ma soprattutto per scardinare i principi fondamentali della clinica, sostituendosi alla stessa nell'interpretazione e nella valutazione di comportamenti che, in tal modo, non appartengono più a delle persone, bensì a dei cervelli e a dei corredi cromosomici»<sup>70</sup>. Ricorrendo alle parole del G.i.p. di Como, non si tratta, insomma, di "introdurre una rivoluzione copernicana in tema di accertamento e valutazione delle patologie mentali, né tanto meno di introdurre criteri deterministici da cui inferire determinate implicazioni relative alla criminogenesi"<sup>71</sup>.

Le neuroscienze, dunque, non soppiantano la valutazione comportamentale e clinica ma sono in grado di fornire un supporto *oggettivo*, per quanto di per sé solo non autosufficiente, al sapere psichiatrico, dal canto suo ormai inquadrabile tra le scienze "deboli" incapaci di fornire certezze assolute ai giudici impegnati nell'accertamento dell'imputabilità. Si deve dunque addivenire ad un'integrazione virtuosa tra sapere psicopatologico e neuroscienze, senza mai perdere di vista il fatto essenziale che ad essere sottoposti alla perizia non sono tanto «dei cervelli o degli assetti cromosomici, bensì delle persone e delle condotte complesse, che hanno una loro storia e che solo alla luce di essa assumono quel senso e quel significato cui ci si approssima sempre per difetto e alle quali certo gli apporti delle neuroscienze non sono in grado di fornire una risposta esaustiva»<sup>72</sup>. Le suggestioni evocate dalle neuroscienze, inoltre, non debbono portare i giudici a perdere di vista il confine tra evidenza scientifica e giudizio normativo. In altre parole, anche una conoscenza scientifica incontrovertibilmente affidabile in merito alla diagnosi di una determinata patologia non potrebbe in nessun caso espropriare il giudicante della valutazione finale di carattere normativo concernente la capacità di intendere e volere dell'imputato. Si deve cioè evitare il rischio di un fatale

<sup>70</sup> U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi*, cit., p. 2721.

<sup>71</sup> Aderisce alle argomentazioni delle motivazioni G. MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro) scientifica*, cit., p. 255.

<sup>72</sup> U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi*, cit., pp. 2732-2733 (corsivi nell'originale).

*errore di comunicazione* nel rapporto tra neuroscienze e diritto: per quanto le prime possano essere (o anche solo apparire) in grado di descrivere e diagnosticare delle anomalie funzionali del cervello in misura anche prossima alla certezza, ciò non può in nessun caso equivalere a una risposta alla domanda posta dal diritto circa la capacità di intendere e di volere dell'imputato. Sarebbe sbagliato, dunque, attribuire alla spiegazione scientifica un significato che essa non può avere<sup>73</sup>. E questo perché scienza e diritto sono profondamente diversi tanto nella costruzione che negli obiettivi perseguiti: da un lato, la scienza ambisce a descrivere e, in ultima istanza, a spiegare fenomeni 'reali' in essere; dal canto suo, il diritto mira invece alla realizzazione della giustizia mediante l'impiego di costrutti normativi di carattere 'artificiale'<sup>74</sup>. Il sapere scientifico, che entra nel "mondo del diritto" sotto forma di prova, deve perciò essere utilizzato in maniera strumentale rispetto alla prova della categoria giuridica che viene di volta in volta in rilievo senza la pretesa di andare a "sostituirsi" ad essa<sup>75</sup>. In una simile ipotesi si verificherebbe un clamoroso *fraintendimento*, poiché ad esempio, come si è osservato, laddove le neuroscienze si focalizzano sul pensiero e sull'impulso, il diritto ragiona invece in termini di colpevolezza ed intenzione<sup>76</sup>. Le neuroscienze debbono dunque mantenere una funzione "servente" rispetto al giudizio di imputabilità, nonostante possano dare l'impressione di essere in grado di fornire già di per sé sole la risposta definitiva alla questione posta dal diritto<sup>77</sup>. Dalle neuroscienze il diritto può ricavare inediti elementi conoscitivi ma, in ogni caso, la conclusione sulla patologia da cui è interessato l'imputato non può mai costituire la "sostanza giuridica della decisione"<sup>78</sup>. Si deve, in definitiva, evitare quello che è stata definita "*Brain Overclaim Syndrome*", ossia la pretesa che le neuroscienze abbiano rispetto alla *capacità di colpevolezza e di pena* delle implicazioni insostenibili sia da un punto di vista empirico che concettuale<sup>79</sup>.

Il giudizio di imputabilità non può, dunque, esaurirsi nell'effettuazione della diagnosi e nel riscontro dell'affidabilità scientifica della categoria diagnostica utilizzata dall'esperto neppure nel caso di ricorso al sapere neuroscientifico. Le tecniche neuroscientifiche non devono creare l'illusione che il giudizio concernente la capacità di intendere e di volere «possa interrompersi proprio dove invece dovrebbe iniziare: e cioè nell'accertamento fattuale di una qualsivoglia patologia delle funzioni cerebrali»<sup>80</sup>. Il rischio connesso ad un'acritica deferenza dei giudici rispetto alle prove neuroscientifiche sarebbe altissimo: si

<sup>73</sup> Cfr. N. EASTMAN - C. CAMPBELL, *Neuroscience and legal determination of criminal responsibility*, in *Nature Reviews Neuroscience*, 7, 2006, p. 314.

<sup>74</sup> N. EASTMAN - C. CAMPBELL, *Neuroscience*, cit., p. 312.

<sup>75</sup> A. LAVAZZA - L. SAMMICHELI, *La prova neuroscientifica: un cavallo di Troia nella fortezza del diritto?*, in L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Milano, 2010, p. 183.

<sup>76</sup> N. EASTMAN - C. CAMPBELL, *Neuroscience*, cit., p. 312, 315; L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *Delitto, geni, follia*, cit., p. 213.

<sup>77</sup> N. EASTMAN - C. CAMPBELL, *Neuroscience*, loc. ult. cit.

<sup>78</sup> D. PULITANÒ, *La disciplina dell'imputabilità, tra diritto e scienza*, in *Leg. pen.*, 2006, pp. 249-250.

<sup>79</sup> S.J. MORSE, *Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note*, in 3 *Ohio St. J. Crim. L.*, 2006, p. 397 ss.

<sup>80</sup> M. BERTOLINO, *Il "breve" cammino*, cit., p. 328.

deve perciò resistere ad ogni possibile tentazione di un “*tardo positivismo*” *scientista*, per quanto certamente suggestivo<sup>81</sup>. Resta, perciò, in ogni caso ferma e indefettibile la necessità della c.d. *prova particolaristica* della sussistenza del vizio di mente dell'imputato secondo lo schema *bifasico* delineato dalle già ricordate SS.UU. Raso del 2005: all'accertamento e alla classificazione del disturbo (giudizio di tipo *empirico-fattuale*, affidato all'esperto) deve seguire l'accertamento del nesso eziologico tra il disturbo riscontrato e il reato commesso, per poi valutare l'eventuale incidenza sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente (giudizio di tipo *normo-valutativo*, affidato al giudice)<sup>82</sup>.

Le neuroscienze, dunque, esplicano e 'limitano' la loro efficacia nella *prima fase* del giudizio di imputabilità, così come accade per le diagnosi basate sul DSM. A differenza di queste ultime, tuttavia, gli strumenti di *neuroimaging* presentano il vantaggio di un *riscontro anche dimensionale* dei disturbi. Per il giudice si tratta, in ogni caso, di un apporto di non poco conto, essendo egli tenuto a valutare l'incidenza *quantitativa* dell'infermità<sup>83</sup>. Nell'attuale quadro fortemente instabile dell'interpretazione “aperta” del concetto di infermità mentale<sup>84</sup>, l'irrompere sulla scena delle neuroscienze invece che moltiplicare i dubbi potrebbe invece rendere più solida la giustificazione della decisione del giudice a patto di utilizzare tale sapere in modo rigoroso e senza alcuna concessione all'approssimazione, fermo restando che, nel quadro di un approccio al tema dell'imputabilità che muove dall'accoglimento di una *nozione integrata* di malattia mentale, i punti di osservazione del fenomeno non possono che essere molteplici, non essendo cioè possibili allo stato attuale spiegazioni monocausali del disturbo psichico<sup>85</sup>.

Come si è visto, l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto all'impiego delle neuroscienze nel giudizio sull'imputabilità è stato fin qui caratterizzato da una *prudente*

<sup>81</sup> I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello*, cit., p. 185. G. MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica*, cit., p. 256.

<sup>82</sup> G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie*, cit., p. 18, parla, appunto, dell'imputabilità come concetto sia *empirico* che *normativo*. Cfr. Cass. Sez. un. pen., sent. 25 gennaio 2005 - 8 marzo 2005, n. 9163, cit.: “tra il disturbo mentale ed il fatto di reato deve sussistere un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo”. Com'è stato efficacemente osservato da F. CENTONZE, *Disturbo post-traumatico da stress e responsabilità penale: il giudice “custode” del metodo scientifico e l'accertamento del vizio di mente*, in *Ius17@unibo.it*, n. 1/2011, p. 170, «si tratta di un passaggio decisivo per la necessaria *individualizzazione del giudizio*: non basta la generale enunciazione di una convalidata teoria scientifica astrattamente applicabile al caso di specie, ma è indispensabile accertare se, proprio nella vicenda concreta, senza l'insorgenza del disturbo quel fatto di reato si sarebbe o meno verificato ugualmente».

<sup>83</sup> U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi*, cit., p. 2731: «Normalità e patologia sono collocati lungo un *continuum* psicopatologico (...) che non riconosce salti qualitativi, ma solo quantitativi».

<sup>84</sup> Cfr. M. BERTOLINO, *Empiria e normatività nel giudizio imputabilità per infermità di mente*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 213.

<sup>85</sup> Il modello offerto dalle neuroscienze ha natura “descrittiva” e non anche esplicativa, limitandosi ad evidenziare le “correlazioni” tra funzioni cerebrali e comportamento: serve, insomma, prudenza in quanto non può perdersi di vista la distinzione tra *cause* e *correlazioni*. Come sottolineano A. STRACCIARI - A. BIANCHI - G. SARTORI, *Neuropsicologia forense*, Bologna, 2010, p. 117: «la valutazione comportamentale e clinica non può essere sostituita dalla valutazione del cervello tramite le tecniche di *neuroimaging* cerebrale e le tecniche neuropsicologiche e neuroscientifiche dovrebbero, per il momento, essere viste come metodologie di approfondimento e di supporto».

*apertura*. Si tratta a nostro avviso di un approccio condivisibile perché in questo modo non si corre il rischio di trasformare le neuroscienze in un “mito risolutore”, in una “prova regina”, capace di giungere a risposte rapide e granitiche, ma si è pronti, semmai, a trarne alcune indicazioni utili in vista della valutazione prettamente normativa, che, come visto, resta momento autonomo e cruciale.

#### 4. *L'ingresso della prova scientifica nel processo penale. Alla ricerca di criteri-guida nella Post-Daubert Era*

Dopo aver analizzato gli impieghi delle neuroscienze cognitive da parte della giurisprudenza più recente, è opportuno analizzare i profili critici sul versante processuale della relazione tra giustizia penale e sapere neuroscientifico. Le vicissitudini della prova scientifica rappresentano per molti versi la cartina tornasole rispetto all'effettività della *law of evidence*, in particolar modo quando il progresso tecnico-scientifico bussa con prepotenza alle porte del processo penale. Se, da un lato, l'apporto del sapere scientifico consente di prevenire e rendere più difficoltoso il ricorso ad eventuali ‘scorciatoie probatorie’<sup>86</sup> da parte dell'accusa e di dare nuova concretezza alla natura del dubbio che deve essere instillato dalla difesa, dall'altro, l'ingresso indebito e/o l'impiego inappropriato di saperi nuovi rischia di provocare effetti irreversibili sul versante di quella ‘trasfigurazione processuale’ delle categorie del diritto penale sostanziale di cui già da tempo si lamenta l'esistenza nella prassi<sup>87</sup>. Ecco, dunque, che, anche dalla prospettiva del sostanzialista, particolare attenzione deve essere prestata non soltanto al momento valutativo<sup>88</sup> ma anche, e forse soprattutto, alle fasi di ammissione ed assunzione della prova (in particolar modo quella scientifica), che costituiscono momenti essenziali del ‘filtro metodologico’ approntato dal codice di rito per una corretta declinazione processuale del diritto penale sostanziale.

In via preliminare, occorre in proposito osservare come ormai parlare di “prova scientifica” in termini onnicomprensivi corra il rischio di apparire un modo eccessivamente

<sup>86</sup> Sul tema, cfr. L. Marafioti - M. Masucci (a cura di), *Responsabilità penale e scorciatoie probatorie*, Torino, 2006.

<sup>87</sup> V. GAROFOLI, *Il servo muto e il socio tiranno. Evoluzione ed involuzione nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1457 ss.; cfr. anche G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in E. Dolcini - C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano 2006, p. 430, il quale, sintetizzando efficacemente gli approdi di parte della letteratura tedesca (Naucke e Marxen su tutti) rispetto al tema della ‘funzionalizzazione probatoria’ della teoria del reato, sottolinea: «Il rapporto non solo servente ma anche plasmatore del diritto penale svolto dal diritto processuale, in particolare dal diritto delle prove, sarebbe indice di un'inadeguatezza del sistema belinghiano, che non sarebbe in grado di cogliere le reciproche influenze tra problemi probatori e diritto penale sostanziale». Già sotto la vigenza del vecchio codice di rito, F. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 453 ss. autorevolmente sottolineava la frattura tra teoria e prassi, evidenziando come i dettami teoretici sostanzialistici siano spesso negati in sede di accertamento processuale.

<sup>88</sup> In argomento, cfr. da ultimo C. BRUSCO, *Scienza e processo penale: brevi appunti sulla valutazione della prova scientifica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 61 ss.

semplificato per riferirsi ad una galassia ampia, variegata e ormai stratificata in vari livelli di complessità. La studiosa statunitense Erin Murphy ha recentemente proposto un'interessante tassonomia che distingue tra *prima* e *seconda* generazione di prova scientifica. Le tecniche ricomprese nella *prima generazione* di prove scientifiche si caratterizzerebbero per le seguenti comuni caratteristiche: *a*) applicazione limitata ad un numero esiguo di reati; *b*) carattere esperienziale e di osservazione piuttosto che tecnico e sperimentale; *c*) non utilizzo di macchinari sofisticati; *d*) incapacità di fungere da "prova regina", operando essenzialmente in funzione corroborativa di altro materiale probatorio; ed, infine, *e*) capacità di fornire solo informazioni limitate, non tali da far sorgere questioni relative alla riservatezza o alla libertà morale del soggetto interessato al loro esperimento. Appartengono a questo gruppo tecniche quali la balistica, le dattiloscopia forense, la rilevazione di impronte di strumenti etc.<sup>89</sup>. Per converso, la *seconda generazione*, esemplificata dall'esempio paradigmatico della prova del DNA, si caratterizza per: *a*) applicabilità rispetto a una vasta gamma di reati, *b*) alto grado di attendibilità scientifica, *c*) utilizzo di tecnologie sofisticate ed altamente specialistiche, *d*) idoneità a fungere da prova dotata di un rilievo centrale per le sorti del caso, ed infine, *e*) impatto potenzialmente molto rilevante sui diritti fondamentali dell'individuo, *privacy* e capacità di autodeterminazione *in primis*<sup>90</sup>. Le neuroscienze forensi paiono per molti avere le potenzialità per spingere alle estreme conseguenze le caratteristiche della seconda generazione di prove scientifiche. Dalla prospettiva processuale, attualmente esse costituiscono un esempio paradigmatico di c.d. *novel science*, categoria che ricomprende quegli strumenti probatori tecnico-scientifici che si presentino come «nuovi o controversi e di elevata specializzazione»<sup>91</sup>. Se nessun dubbio sussiste quanto all'elevata specializzazione, le neuroscienze rappresentano un sapere tanto giovane nelle sue applicazioni giudiziarie quanto tuttora grandemente dibattuto in seno alla comunità scientifica di riferimento.

Nonostante il contributo *tendenzialmente oggettivizzante* sotto il profilo probatorio poc'anzi evidenziato, l'aver a che fare con le molteplici articolazioni di un sapere nuovo – dovendosi ancora una volta sottolineare come la genetica molecolare e le tecniche delle neuroimmagini mediante risonanza magnetica funzionale (fMRI) o tomografia ad emissione di positroni (PET) rappresentino solo le "avanguardie" delle neuroscienze, galassia assai più variegata<sup>92</sup> – espone però a molteplici potenziali inconvenienti, primo fra tutti il rischio che la crescente complessità dei linguaggi scientifici faccia piombare il giudice in una condizione di sostanziale subalternità<sup>93</sup>; all'opposto, potrebbe accadere che il giudice,

<sup>89</sup> E. MURPHY, *The New Forensics: Criminal Justice, False Certainty, and the Second Generation of Scientific Evidence*, in 95 *Cal. L. Rev.*, 2007, pp. 726-728.

<sup>90</sup> E. MURPHY, *The New Forensics*, cit., pp. 728-730.

<sup>91</sup> O. DOMINIONI, *L'ammissione della nuova prova penale scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 6s, p. 21; ID., *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 75 ss.

<sup>92</sup> Per una panoramica delle 'potenzialità di incontro' allo stato attuale tra discipline neuroscientifiche e giustizia penale *in action*, cfr. L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *Neuroscienze e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3305 ss.; P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, p. 181 ss.

<sup>93</sup> In tema di imputabilità, ma non solo, la giurisprudenza italiana si è spesso e volentieri affidata

temendo questa *minaccia di 'esproprio'* da parte della scienza ai danni del diritto, ignori o rinneghi in larga parte l'apporto del sapere scientifico, tanto più se di carattere innovativo<sup>94</sup>. È con particolare riferimento alle prove scientifiche maggiormente complesse che attualmente si riscontra una diffusa situazione di *'comunicazione conflittuale'* tra giudice e sapere extragiuridico, situazione questa che deve essere assolutamente sanata. Il giudice è, infatti, chiamato a svolgere il ruolo di fruitore *critico e selettivo* del sapere scientifico che entra nel processo, tanto più se "nuovo" come nel caso delle neuroscienze. Egli pertanto deve alimentarsi non di una cultura *"di merito"*, bensì di una cultura *"dei criteri"*: non gli viene richiesto – ne ovviamente si potrebbe – di trasformarsi in scienziato ma, piuttosto, di dotarsi degli strumenti metodologici adeguati al fine di mettersi in condizione di valutare il *tasso di scientificità* in senso stretto della tecnica probatoria che venga in rilievo<sup>95</sup>.

#### 4.1. Prova scientifica "nuova" e regime di ammissibilità

Come sintetizza efficacemente Caprioli<sup>96</sup>, la scienza può diventare *"cattiva maestra"* del giudice in tre modi distinti: *i)* quando essa è *intrinsecamente cattiva scienza*, a prescindere dall'applicazione che se ne fa nel caso concreto; *ii)* quando è *buona scienza* ma è *applicata nel caso concreto da cattivi scienziati*; e *iii)* quando è *buona scienza correttamente applicata dagli scienziati* in sede processuale ma *utilizzata in modo inappropriato dal giudicante*.

Il giudice deve perciò, secondo un'immagine molto suggestiva ed efficace, saper diventare *gatekeeper*, ovvero sia *guardiano dei cancelli*, rispetto all'ingresso prima, e all'utilizzo poi, della scienza "nuova" nel processo. A questo riguardo, egli non è più qualificabile come *peritus peritorum* nell'accezione classica e ormai altrettanto illusoria e desueta di colui che, in virtù del suo ruolo di vertice all'interno del processo, semplicemente detiene l'"ultima parola". Piuttosto, egli è chiamato a diventare *"custode del metodo scientifico"* al fine di distinguere tra *buona* e *cattiva scienza* (la c.d. *junk science*)<sup>97</sup>,

con deferenza al sapere del perito, divenuto così "arbitro delle sorti dell'imputato", con l'unica alternativa della comoda "via di fuga" rappresentata dal vizio parziale di mente. Cfr. F. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 276-277.

<sup>94</sup> Cfr. A. FORZA, *Razionalità ed emozioni nel giudicante*, in questa rivista, 2011, p. 363. Propone una "terza via" C. SANTORIELLO, *Modesti prolegomeni per buon e prudente utilizzo della conoscenza scientifica nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 871, fondata su di un "ridimensionamento" della centralità ed importanza della prova scientifica nella decisione giurisdizionale: «se la prova scientifica, lungi dall'essere immancabilmente l'elemento probatorio unico e centrale a disposizione del giudicante, viene considerata una prova da affiancare alle altre nella composizione della decisione finale, molti dei problemi (...) vengono a ridimensionarsi».

<sup>95</sup> V. G. MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica*, cit., p. 262. Cfr. anche F. CENTONZE, *L'imputabilità*, cit., p. 286 ss.

<sup>96</sup> F. CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3525.

<sup>97</sup> Sul tema della c.d. "scienza spazzatura", cfr., *ex multis*, F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1232 ss.; P.W. HUBER, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, New York, NY, 1991; P.C. GIANNELLI, *"Junk Science": The Criminal Cases*, in 84 *J. Crim. L. & Criminology*, 1993, p. 105 ss.

vale a dire a farsi garante dell'attendibilità delle prove scientifica sotto il profilo metodologico<sup>98</sup>. Purtroppo, come detto, nella prassi si assiste spesso a un organo giudicante che, oramai non più "produttore" di scienza, non riesce a calarsi con facilità nei panni del "consumatore selettivo" della stessa. L'immagine forse più calzante, salvo notabili eccezioni, è quella del mero «garante del rispetto formale, da parte di altri, di procedure i cui senso e genesi in massima parte gli sfuggono» sia quanto a contenuto che a significato ultimo<sup>99</sup>. In un simile scenario, certamente non troppo confortante, il tema degli "antidoti normativi" volti a prevenire che la cattiva scienza "contamini" in modo nefasto l'accertamento processuale riveste una assoluta centralità. Particolarmente rilevante è la fase di ammissione dei mezzi di prova, che rappresenta un momento-chiave nel modello *adversary*<sup>100</sup>.

Quanto agli strumenti normativi idonei a fungere da adeguato "filtro" rispetto all'ingresso nel processo di un cattivo sapere scientifico a carattere innovativo, in dottrina si fronteggiano due orientamenti. Il primo sostiene un'*applicazione analogica* dell'art. 189 c.p.p., concernente la prova atipica, alla prova scientifica nuova. Le scienze "nuove" non sarebbero, infatti, prove atipiche *tout court*, bensì diverse modalità di espletamento di prove tipiche<sup>101</sup>. Mentre, si sostiene, in relazione alle prove tipiche i requisiti dell'idoneità rispetto all'accertamento del fatto e della non lesività della libertà morale della persona sono da ritenersi intrinsecamente sussistenti a fronte di una valutazione effettuata *ex ante* dal legislatore, per quelle atipiche e per la prova scientifica che si caratterizzi come "nuova" tali requisiti vanno verificati caso per caso dal giudice in fase di ammissione dei mezzi di prova<sup>102</sup>. A tale costruzione aderisce anche il G.i.p. di Como nella sentenza poc'anzi analizzata, che definisce l'art. 189 c.p.p. una norma "*introdotta proprio per assicurare l'opportuna flessibilità del sistema processuale in tema di prova scientifica*"<sup>103</sup>, e che consente allo stesso tempo un ingresso adeguatamente "controllato" nel processo a nuove conoscenze e/o metodologie scientifiche che non abbiano ancora ottenuto un consenso generalizzato da parte della comunità scientifica di riferimento. Il ricorso in via analogica all'art. 189 c.p.p. è, per converso, contrastato dalla dottrina maggioritaria per uno svariato ordine di ragioni. *In primis*, tale interpretazione viene criticata per la sua ritenuta incompatibilità con il principio di legalità processuale; inoltre tale opzione ermeneutica smarrirebbe la visione sistematica della disciplina dei mezzi di prova, facendo precedere la regola dall'enunciazione di un'eccezione conducendo in tal modo all'equivoco di fondo costituito dalla

<sup>98</sup> Cfr. M.C. TALLACCHINI, *Giudici, esperti, cittadini: scienza e diritto tra validità metodologica e credibilità civile*, in *notizie di POLITEIA*, XIX, 70, 2003, pp. 87-88.

<sup>99</sup> O. DI GIOVINE, *Cbi ha paura delle neuroscienze?*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 843. V. anche S. LORUSSO, *Il contributo degli esperti alla formazione del convincimento giudiziale*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 810.

<sup>100</sup> V. F. CORDERO, *Procedura penale*<sup>9</sup>, Milano, 2012, p. 615.

<sup>101</sup> Cfr. O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 102 ss.; ID., *L'ammissione della nuova prova penale*, cit., p. 21 s.; v. anche F. CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 113-114.

<sup>102</sup> O. DOMINIONI, *L'ammissione della nuova prova*, cit., p. 22.

<sup>103</sup> Riprendendo in termini pressoché letterali la posizione espressa da G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1194.

rappresentazione di un regime di ammissione “a due velocità”<sup>104</sup>. In base ad una lettura “unitaria”, l’art. 189 c.p.p. non richiederebbe alcun «*quid pluris* rispetto ai generali requisiti di ammissibilità disegnati nel successivo art. 190, co. 1»<sup>105</sup>, che includerebbe, e dunque consentirebbe, un vaglio relativo alla idoneità accertativa della prova richiesta<sup>106</sup>. Infine, si osserva anche come l’art. 189 c.p.p. non compia alcuna distinzione tra strumenti o saperi scientifici “nuovi” o “controversi” e saperi scientifici “comuni”, ragion per cui sarebbe preferibile applicare alla prova scientifica nuova l’art. 190, co. 1 c.p.p. in forza del quale la prova non autenticamente scientifica dovrà essere dichiarata *manifestamente irrilevante*. Nel caso specifico della perizia e della consulenza tecnica, la sua applicazione, combinata rispettivamente con gli artt. 220, 225 e 233 c.p.p., porterebbe all’esclusione del portatore di “*junk science*” in quanto non in possesso delle competenze scientifiche richieste<sup>107</sup>.

In conclusione sul punto, pare dunque ragionevole aderire alla seguente ricostruzione: se il metodo innovativo richiede l’esperimento di un mezzo di prova atipico, la norma di riferimento per l’ammissione sarà rappresentata dall’art. 189 c.p.p.. Se, invece, l’impiego di un metodo o di un sapere etichettabile come *novel science* è richiesto nell’ambito di un mezzo di prova tipico, è ben possibile configurare all’interno del sindacato effettuato ai sensi dell’art. 190 una valutazione sull’idoneità rispetto all’accertamento dei fatti che si intendono provare<sup>108</sup>. Il giudice dovrà, quindi, sottoporre in ogni caso la nuova scienza o la nuova metodologia al *duplice vaglio* 1) della *idoneità ad assicurare l’accertamento dei fatti* ex artt. 190 o 189, e 2) del *rispetto della libertà morale e di autodeterminazione della persona* ex artt. 188 o 189. Quanto al requisito all’*idoneità probatoria* non si deve porre un accento eccessivo sul requisito del consenso all’interno della comunità scientifica, perché altrimenti si finirebbe per sbarrare l’ingresso nel processo a nuovi saperi. Sarà invece più importante vagliarne la scientificità oltre che accertarne anche l’attitudine probatoria nel *caso concreto* (*idoneità probatoria come capacità di provare rapportata al caso concreto*). Quanto, invece, al rispetto della *libertà morale della persona*, non pare allo stato che le indagini e le tecniche neuroscientifiche possano esser assimilate nel loro concreto espletamento alle ipotesi della narcoanalisi, dell’ipnosi e del *lie detector* (la c.d. macchina della verità), di cui invece si esclude pacificamente la possibilità di ingresso ed utilizzo nel processo penale in quanto forme autenticamente in grado di “influire sulla libertà di autodeterminazione o di alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti” ex art. 188 c.p.p.<sup>109</sup>. Le neuroscienze cognitive

<sup>104</sup> G. UBERTIS, *Il giudice, la scienza e la prova*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4113.

<sup>105</sup> S. LORUSSO, *La prova scientifica*, in A. Gaito (dir.), *La prova penale*, I, *Il sistema della prova*, Torino, 2008, p. 325.

<sup>106</sup> G. UBERTIS, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 507.

<sup>107</sup> F. CAPRIOLI, *La scienza “cattiva maestra”*, cit., p. 3529. S. LORUSSO, *La prova scientifica*, cit., p. 325, rileva come nella quasi totalità dei casi il mezzo di prova richiesto al fine dell’applicazione di nuovi metodi scientifici sia proprio quello della perizia.

<sup>108</sup> In questo senso C. CONTI, *Scienza e processo penale: dal procedimento probatorio al giudizio di revisione*, in L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *Scienza e processo penale*, cit., p. 161.

<sup>109</sup> L’argomentazione, è bene sottolinearlo, si riferisce all’impiego della tecnica neuroscientifiche della risonanza magnetica funzionale (fMRI) impiegata in funzione accertativa dell’infermità mentale e non rispetto ad altri ambiti di impiego quali la *memory* o la *lie detection* (in part. mediante lo IAT (*Implicit*

impiegate nelle sentenze di Trieste e Como non paiono suscitare preoccupazioni, a detta degli organi giudicanti, né sotto il profilo della «attendibilità delle risultanze così conseguibili», né sul versante della imprescindibile «esigenza di tutela della libertà morale della persona, da intendersi in chiave oggettiva (quindi, indipendentemente dall'eventuale consenso della stessa), quale valore prioritario rispetto a quello dell'accertamento processuale»<sup>110</sup>.

Altrettanto delicato, per quanto non strettamente connesso al tema dell'ammissione, appare invece il tema della sottoposizione coattiva a perizia neuroscientifica, soprattutto se e quando in un prossimo futuro tali tecnologie saranno in grado di avere un peso probatorio decisivo. La l. n. 89/2009 ha introdotto nel codice di rito il nuovo art. 224-*bis*, rubricato "Provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale". Il co. 1 fa riferimento ad "atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici" come oggetto della perizia coattiva disposta dal giudice laddove essa risulti "assolutamente indispensabile per la prova dei fatti". Se, da un lato, l'aggettivo relativo "quali", alla luce di una lettura costituzionalmente orientata, ha carattere esplicativo e non meramente esemplificativo rispetto agli "atti idonei ad incidere sulla libertà personale"<sup>111</sup>, ben più problematico è il riferimento agli "accertamenti medici", concetto del tutto indeterminato quanto a *tipologie e modalità di esecuzione*<sup>112</sup>. Inoltre, il "vincolo di scopo" della determinazione del profilo del DNA emerge sempre e solo in relazione ai prelievi, mentre invece gli accertamenti medici sembrano poter essere effettuati con una qualsivoglia finalità probatoria<sup>113</sup>. Alla luce del dato normativo vigente, dunque, esami di carattere neuroscientifico per mezzo della risonanza magnetica dell'encefalo mediante le apparecchiature c.d. a tunnel paiono ben poter essere ricompresi tra gli accertamenti tecnici che possono costituire oggetto di una perizia coattiva.

*Association Test*) e il TARA (*Timed Antagonistic Response Alethiometer*)), che sollevano invece criticità assai maggiori sotto questo profilo rispetto alla libertà morale della persona. Sul punto, v. L. CAPRARO, *Primi casi "clinici"*, cit., pp. 100-101. Sulle tecniche neuroscientifiche di *memory e lie detection*, v. L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *Neuroscienze e processo penale*, cit., pp. 3317-3317. Per una prima applicazione giurisprudenziale, cfr. Trib. Cremona, Ufficio G.i.p., giudice Salvini, sent. 19 luglio 2011. Scettico si mostra P.S. APPELBAUM, *The New Lie Detectors: Neuroscience, Deception, and the Courts*, in 58 *Psychiatry Servs.*, 2007, p. 460.

<sup>110</sup> Così V. GREVI, *Prove*, in G. CONSO - V. GREVI - M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*<sup>6</sup>, Padova, 2012, p. 314.

<sup>111</sup> P. FELICIONI, *L'acquisizione di materiale biologico a fini identificativi o di ricostruzione del fatto*, in A. Scarcella (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, 2009, p. 225.

<sup>112</sup> C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 998. Prima dell'approvazione della l. n. 85/2009, in argomento v. P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 495 ss.

<sup>113</sup> C. CONTI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 999; M. STRAMAGLIA, *Prelievi coattivi e garanzie processuali*, in L. Marafioti - L. Lupária (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Milano, 2010, pp. 259-260, sottolinea l'effetto di appiattimento della disposizione, che pone sullo stesso piano tipologie di accertamento medico e prelievo che tra loro possono essere anche molto differenti quanto ad invasività.

#### 4.2. Quali criteri per l'ammissione della prova neuroscientifica?

Accanto ai rilevanti profili appena esaminati, essenziale per il giudice è il rigoroso controllo in sede di ammissione delle caratteristiche di scientificità della prova, a maggior ragione se di carattere innovativo. Di fronte alla perenne evoluzione e incertezza della scienza<sup>114</sup>, il giudice dovrà rifarsi ai criteri enucleati dalla Corte Suprema statunitense nella celebre sentenza *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*<sup>115</sup>, concernente i supposti effetti teratogeni di un farmaco contro le nausee in gravidanza<sup>116</sup>. La sentenza *Daubert* ha superato l'orientamento precedentemente espresso in *Frye v. United States*<sup>117</sup>, in cui la Corte aveva stabilito quale criterio di ammissibilità della prova scientifica quello della generale accettazione da parte della comunità scientifica di riferimento. La sentenza *Daubert* ha, infatti, liberalizzato e reso maggiormente flessibili i criteri di ammissibilità della *expert witness*, senza peraltro fornire una *checklist* rigida e definitiva<sup>118</sup>, nonostante la "mitologia" creatasi in ragione di letture scorrette delle motivazioni che propendono, invece, per una svolta in senso restrittivo<sup>119</sup>. Al contrario, si stabilisce una forte preferenza per quello che potremmo definire un approccio "liberale" – purché l'istanza di parte sia sufficientemente argomentata – in tema di ammissibilità del sapere scientifico.

Questi i criteri enucleati dalla Corte Suprema: 1) la possibilità di sottoporre l'ipotesi

<sup>114</sup> Come osserva P. TONINI, *Prova scientifica e contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1460, finché la scienza era concepita come *illimitata, completa e infallibile*, era sufficiente che il giudice procedesse alla nomina di un perito e gli imponesse di operare secondo verità. Ora invece costituisce dato acquisito il fatto che nella scienza non vi siano certezze ma solo nuove teorie provvisorie.

<sup>115</sup> 509 U.S. 579 (1993). Per un commento alla sentenza, si rinvia in part. a M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 219 ss.; A. DONDI, *Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nel diritto statunitense*, *ivi*, p. 261 ss. Alla sentenza *Dubert* sono seguite le sentenze *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997) e *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999). La prima stabilisce che un *expert witness* possa essere escluso qualora sussista un "analytical gap" tra i dati utilizzati e le conclusioni alle quali giunge l'esperto, e, in secondo luogo, che il corretto parametro per il riesame delle decisioni in tema di ammissibilità effettuato dalle Corti d'Appello sia quello dell'abuso di discrezionalità da parte del giudice; la seconda, invece, ha esteso l'applicazione dei criteri stabiliti in *Daubert* agli esperti in materie che richiedono conoscenze di carattere non scientifico.

<sup>116</sup> Sui c.d. 'criteri *Daubert*', cfr. M.C. TALLACCHINI, *Giudici, esperti, cittadini*, cit., p. 85 ss. Per un'analisi degli scenari risultanti, sia a livello legislativo che giurisprudenziale, tanto a livello federale che statale (con un'ampia panoramica della situazione di tutti i 50 Stati) nell'ordinamento statunitense, v. K. HORWATT CATHER, *Guarding the Gates: Expert Witness Testimony After Daubert*, in J. Kitaeff (ed.), *Malingering, Lies, and Junk Science in the Courtroom*, Amherst, NY 2007, p. 181 ss.

<sup>117</sup> 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

<sup>118</sup> Cfr. K.B. MAJUMDAR, *Daubert v. Merrell Dow: A Flexible Approach to the Admissibility of Novel Scientific Evidence*, in 7 *Harv. J. L. & Tech.*, 1993, p. 187 ss.

<sup>119</sup> Questo equivoco di fondo ha portato con sé non poche incertezze applicative in punto di ammissibilità, da cui non è risultato immune neppure il sapere neuroscientifico. I fautori della lettura restrittiva della c.d. 'trilogia *Daubert*' paiono dimenticarsi che il *gatekeeper* è non solo colui che chiude i cancelli ma anche colui che li apre: una attenta analisi delle sentenze conferma tale lettura. Sfata la 'mitologia' veicolata dalle scorrette letture della sentenza *Daubert* R. BERMAN, *Daubert Turning 20: Junk Science Replaced By Junk Rulings?*, relazione presentata alla *ABA Section of Litigation Annual Conference, April 18-20, 2012*, disponibile alla seguente URL: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/litigation/materials/sac\\_2012/182\\_daubert\\_turning.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/litigation/materials/sac_2012/182_daubert_turning.authcheckdam.pdf).

scientifico avanzata a verifica empirica (*Hempel*); 2) la necessità che ogni tesi scientifica sia sottoposta a “tentativi di falsificazione e confutazione” (*Popper*); 3) la sottoposizione a *peer review*, ossia al controllo da parte di altri esperti del ramo; 4) l’indicazione del tasso di errore accertato o potenziale della tecnica scientifica (*rate error*); ed infine, e solo in via sussidiaria ed eventuale, 5) il “consenso generale della comunità scientifica” in una fase di “scienza normale” (*Kuhn*).

Nel nostro ordinamento, se l’impiego di tali criteri al fine di vagliare la scientificità della prova era stato sin da subito auspicato dalla dottrina<sup>120</sup>, la giurisprudenza si era attestata sull’attribuzione ad essi di un carattere “meramente orientativo” e non anche vincolante<sup>121</sup>. Una recente sentenza della Cassazione in materia di responsabilità penale da amianto ha, però, per la prima volta affermato il carattere di vincolatività dei c.d. ‘criteri *Daubert*’ mediante lo strumento dell’annullamento con rinvio<sup>122</sup>. La sentenza Cozzini si è spinta addirittura oltre, specificando ulteriori criteri in aggiunta a quelli “tradizionali”: al fine di valutare l’attendibilità di una determinata evidenza scientifica, il giudice dovrà infatti considerare anche l’*ampiezza della ricerca*, la *discussione critica* che ha accompagnato l’elaborazione dello studio e l’*attitudine esplicativa* dell’elaborazione teorica di riferimento. A rilevare saranno altresì l’*identità*, l’*autorità indiscussa* e l’*indipendenza* dell’esperto<sup>123</sup>. Si tratta, è il caso di dirlo, di criteri da specificare ulteriormente con *additional factors ad hoc* a seconda del sapere impiegato e del giudizio scientifico in rilievo<sup>124</sup>. Questi criteri – è importante sottolinearlo – devono operare non soltanto in relazione al momento dell’ammissione, ma altresì anche in fase di assunzione e valutazione della prova scientifica<sup>125</sup>.

Alla luce di questa recente quanto rilevante evoluzione giurisprudenziale, l’esperienza degli Stati Uniti d’America, ordinamento in cui le neuroscienze si sono già da alcuni anni affacciate nella prassi quotidiana delle aule di giustizia, diviene ancor più rilevante per l’osservatore italiano, in particolare sul versante dell’*ammissibilità*. Il quadro che emerge è il seguente: mentre le neuroscienze sono abitualmente ammesse nei processi civili per la prova del danno biologico e delle sue conseguenze, lo scenario nel campo della giustizia penale appare molto più nebuloso. Anche a seguito dell’avvento delle tecniche non invasive di *neuroimaging*, non si è riscontrato un ricorso diffuso a tali metodologie e anche nei casi in cui ne è stata chiesta l’ammissione, gli esiti sono stati contraddittori<sup>126</sup>. Quali le ragioni identificabili? Esse sembrano essere connesse soprattutto allo scetticismo dei giudici ri-

<sup>120</sup> Cfr. in part. O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., *passim*.

<sup>121</sup> Cass., sez. I, 29 luglio 2008, n. 31456, *Franzoni*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1867.

<sup>122</sup> Cass., sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, *Cozzini e altri*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1341 con commento di P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*.

<sup>123</sup> Cfr. P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert*, cit., p. 1344.

<sup>124</sup> Cfr. M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze*, cit., p. 6.

<sup>125</sup> C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 6s, p. 34.

<sup>126</sup> Per un quadro generale, cfr. J. WAGHENHEIM, *The Disparate Treatment of Neuroscience Testimony in Criminal Litigation*, in 15:Supp. *J. Health Care L. & Pol’y*, 2012, p. S-1 ss.; occorre altresì osservare come la casistica non sia molto ampia a causa essenzialmente dei costi elevati di tali tecniche.

spetto all'intrinseca validità scientifica e alla potenziale utilità delle neuroscienze rispetto alle questioni di rilevanza strettamente normativa<sup>127</sup>. Le argomentazioni portate sono le seguenti: le tecniche di fMRI presenterebbero un tasso di accuratezza nelle rilevazioni non sufficientemente elevato<sup>128</sup>, ed inoltre la limitata standardizzazione oggi esistente tra le diverse tecniche di neuroimmagini comporterebbe una tutt'altro che trascurabile difficoltà nel comparare in un modo obiettivo i risultati dell'indagine condotta da uno studioso con quelli ottenuti da un altro<sup>129</sup>. Sotto questo profilo, dunque, anche la possibilità di controllo e validazione per mezzo del contraddittorio ne uscirebbe frustrata o comunque grandemente diminuita. *Last but not least*, un ulteriore limite degli studi neuroscientifici risiederebbe nel fatto che i test compiuti nell'ambito del processo penale vengono ad essere raffrontati con esperimenti effettuati in ambienti e in condizioni del tutto artificiali: ciò, è stato osservato, renderebbe tali riscontri poco attendibili se paragonati ad accertamenti aventi ad oggetto condotte ed avvenimenti del mondo reale. In breve, le neuroscienze mancherebbero di validità sperimentale (*experimental validity*)<sup>130</sup>. Questi argomenti portano dunque a dubitare della scientificità stessa in senso proprio e stretto delle neuroscienze allo stato attuale in quanto ancora troppo "acerbe" e non del tutto affidabili. Da ciò non può che derivare una conclusione: se la ricerca neuroscientifica – almeno quella rilevante per il diritto – si trova ancora in una fase paragonabile alla sua infanzia, ci si deve accostare a essa con un elevato grado di scetticismo fin dalla fase di ammissione<sup>131</sup>.

A tali obiezioni si è replicato proponendo almeno due contro-argomentazioni. Da un lato, è stato sottolineato come ogni test scientifico abbia un *determinato* grado di affidabilità e validità. Il fatto che un particolare livello di affidabilità sia abbastanza elevato affinché una tecnica venga giudicata ammissibile è considerazione che dipende eminentemente dagli scopi per cui quella tecnologia vuole essere impiegata<sup>132</sup>. Non si deve perciò operare una indebita sovrapposizione tra i concetti di prova ammissibile e di prova di per sé sola sufficiente a provare un determinato fatto. Come osserva Schauer, richiedere che ogni singolo mezzo di prova introdotta dalle parti sia affidabile oltre ogni ragionevole dubbio «porterebbe lo standard per la determinazione della colpevolezza a

<sup>127</sup> Cfr. S.J. MORSE, *The Future of Neuroscientific Evidence*, in C. Henderson - J. Epstein (eds.), *The Future of Evidence*, Chicago, IL, 2011, p. 139.

<sup>128</sup> S.J. MORSE, *The Future of Neuroscientific Evidence*, cit., p. 141; sul soddisfacimento del profilo concernente la percentuale di errore, cfr. E. VUL - N. KANWISHER, *Begging the Question: The Non-Independence Error in fMRI Data Analysis*, in S. Hanson - M. Bunzl (eds.), *Foundations and Philosophy for Neuroimaging*, Cambridge, MA, 2010, p. 71 ss.; M. ESTERMANN et al., *Avoiding non-independence in fMRI data analysis: Leave one subject out*, in 50 *Neuroimage*, 2010, p. 572 ss.

<sup>129</sup> Cfr. A. TEITCHER, *Weaving Functional Brain Imaging*, cit., p. 386; Y. YANG - A.L. GLENN - A. RAINE, *Brain Abnormalities in Antisocial Individuals: Implications for the Law*, in 26 *Behav. Sci. Law*, 2008, p. 74.

<sup>130</sup> S.J. MORSE, *The Future of Neuroscientific Evidence*, cit., p. 142. Conf. U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi*, cit., p. 2733.

<sup>131</sup> S.J. MORSE, *The Future of Neuroscientific Evidence*, cit., p. 144.

<sup>132</sup> F. SCHAUER, *Can Bad Science Be Good Evidence? Neuroscience, Lie-Detection, and Beyond*, in 95 *Cornell L. Rev.*, 2010, p. 1205.

ridursi ad uno standard per la determinazione dell'ammissibilità di ogni singolo mezzo di prova»<sup>133</sup>. Non si tratta dunque di abbassare il livello qualitativo complessivo delle prove che vengono ammesse, ma piuttosto di vagliare il contenuto che un determinato sapere, anche se ancora non pienamente sviluppato, può offrire all'accertamento giudiziale alla luce degli obiettivi e delle forme proprie del diritto. Nella fase di ingresso, pertanto, i giudici debbono valutare le prove scientifiche secondo uno *standard* squisitamente *normativo* e *giudiziale*, e non scientifico<sup>134</sup>. Per dirla con il sociologo Bailey, «il grado di validità o di attendibilità dipende direttamente dal grado di accuratezza o di precisione di cui abbiamo bisogno»<sup>135</sup>.

Con particolare riferimento al giudizio di imputabilità, nella dottrina statunitense è stato proposto anche un ulteriore criterio di ammissibilità rappresentato dalla *factor-based incremental validity*, che si inserisce nel solco degli studi sulla c.d. validità incrementale. La nozione di «validità incrementale»<sup>136</sup>, come noto, si riferisce all'aumento in termini di validità derivante dall'aggiunta di una nuova tecnica o di un nuovo approccio rispetto ad un sistema di valutazione esistente<sup>137</sup>. In prospettiva processuale, ciò comporta che la prova scientifica di cui si richiede l'ammissione debba essere tale da aumentare l'accuratezza della decisione. Quando però si tratta di accertare lo stato mentale di un soggetto al momento del fatto, si sostiene, diventa assai arduo, se non impossibile, aumentare l'accuratezza dell'accertamento con riferimento ad un concetto tanto «amorfo»: non esisterebbero, infatti, «risposte certe e risolutive alle domande poste dal diritto in relazione agli stati mentali del passato»<sup>138</sup>. Coerentemente, da tale impossibilità deriverebbe l'ontologica inammissibilità delle testimonianze di esperti tanto del campo psichiatrico

<sup>133</sup> F. SCHAUER, *Can Bad Science Be Good Evidence?*, cit., pp. 1205-1206.

<sup>134</sup> A. TEITCHER, *Weaving Functional Brain Imaging*, cit., p. 399, il quale, con specifico riferimento alla tecnica delle neuroimmagini funzionali, osserva: «When faced with functional neuroimaging evidence, a judge should not allow scientific questions to cloud his gatekeeping duties».

<sup>135</sup> K.D. BAILEY, *Methods of Social Research*<sup>4</sup>, New York, 1994, p. 68. Peraltro, come osservato da D. DENNO, *Changing Law's Mind: How Neuroscience Can Help Us Punish Criminals More Fairly and Effectively*, relazione tenuta presso la New York University School of Law in data 28 gennaio 2013, le prove neuroscientifiche non sono meno affidabili di gran parte delle prove scientifiche che sono attualmente ammesse senza particolari problemi, e sono di gran lunga più affidabili di prove non scientifiche tradizionalmente ritenute altamente credibili, ma che in realtà rivelano tassi di errore assai elevati (*in primis* la testimonianza oculare).

<sup>136</sup> Sull'applicazione del concetto di validità incrementale v. ad es., J. CLEVENGER - G.M. PEREIRA - D. WIECHMANN - N. SCHMITT - V.S. HARVEY, *Incremental validity of situational judgment tests*, in 86 *J. Appl. Psychol.*, 2001, p. 410 ss.

<sup>137</sup> Come evidenziato dalle sentenze analizzate in tema di giudizio di imputabilità, le tecniche di neuroimmagini non hanno soppiantato le tradizionali indagini cliniche proprie della perizia psichiatrica ma sono invece andate ad aggiungersi a queste in funzione corroborativa. Non si tratta, dunque, di rinunciare o attenuare il rigore dei criteri di ammissibilità, quanto piuttosto di lasciare entrare nel processo un elemento *ulteriore* funzionale all'accertamento. Sul tema, cfr. G. ZARA, *La validità incrementale della psicocriminologia e delle neuroscienze in ambito giuridico*, in corso di pubblicazione in *Sistemi intelligenti. Rivista quadrimestrale di scienze cognitive e di intelligenza artificiale*.

<sup>138</sup> C. SLOBOGIN, *Proving the Unprovable: The Role of Law, Science, and Speculation in Adjudicating Culpability and Dangerousness*, Oxford-New York, 2007, p. 78.

co che neuroscientifico in quanto portatori di saperi non in grado di soddisfare i requisiti di scientificità richiesti dai criteri *Daubert* in ragione del tipo di accertamento, vale a dire la capacità di intendere e di volere dell'imputato al momento del fatto. La risposta, sotto forma di criterio di ammissibilità alternativo, viene fornita nei seguenti termini:

Il concetto di *factor-based incremental validity* è in qualche modo analogo all'idea di progresso morale descritta da Michael Shapiro. Pur ammettendo che le asserzioni della filosofia morale non possano essere provate, egli replica agli scettici che ritengono che il progresso morale sia perciò impossibile facendo riferimento all'utilità incrementale dei nuovi modi di pensare a vecchi problemi che i teorici morali producono (...) Allo stesso modo (...) la ricerca di questo tipo pare suscettibile di dimostrare che gli esperti sono in grado di fornire a soggetti senza competenze tecniche delle prospettive concernenti l'imputabilità che essi altrimenti non avrebbero considerato, e che ciò, in quanto tale, aggiunga validità alla decisione che essi prendono<sup>139</sup>.

*Last but not least*, un'ulteriore controindicazione rispetto all'ammissione delle tecniche neuroscientifiche nel processo penale sarebbe rappresentata dal rischio connesso a quello che la dottrina nordamericana definisce "effetto albero di Natale" (*Christmas tree effect*): in forza di esso il mostrare ai componenti dell'organo giudicante, del tutto estranei rispetto alla tecnica utilizzata siano essi laici o togati, una suggestiva scansione con aree colorate del cervello del soggetto sottoposto ad esame, recherebbe con sé un elevato rischio di suggestione ed inganno, in grado di indurre l'osservatore a sopravvalutare il valore probatorio della stessa<sup>140</sup>. Anche in questo caso, l'obiezione pare essere superabile in quanto la prova neuroscientifica è, e dovrebbe essere, ammessa come parte di un'ampia gamma di prove a sostegno di una determinata tesi di parte: non si propone, allo stato, quale riscontro unico ed incontestabile in grado di provare in via del tutto autonoma e indipendente la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, la falsità o la verità di un determinato fatto ovvero o la sussistenza o meno di un certo stato o condizione: si tratta piuttosto di un "fattore tra gli altri"<sup>141</sup> e non invece di un "jolly diagnostico" in grado da solo di decidere le sorti di un processo penale<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> *Ibidem*. Critica in argomento, M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 585.

<sup>140</sup> T.R. BROWN - E.R. MURPHY, *Through a Scanner Darkly: Functional Neuroimaging as Evidence of a Criminal Defendant's Past Mental States*, in 62 *Stan. L. Rev.*, 2010, pp. 1190-1191. M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Diritto penale contemporaneo* (8 gennaio 2013), disponibile alla seguente URL: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1357561661BERTOLINO%202013a.pdf>, p. 15, con un tono maggiormente sfumato definisce la prova neuroscientifica come una *prova di verità "forte"* per il sicuro impatto che produce sul ragionamento del giudice, "che non la può ignorare".

<sup>141</sup> Y. YANG - A.L. GLENN - A. RAINE, *Brain Abnormalities*, cit., p. 79. Nello stesso senso, v. A. TEITCHER, *Weaving Functional Brain Imaging*, cit., p. 393. Merita di essere altresì citato il recente studio empirico di N.J. SCHWEITZER - M.J. SAKS - E.R. MURPHY - A.L. ROSKIES - W. SINNOTT-ARMSTRONG - L.M. GAUDE, *Neuroimages as Evidence in a Mens Rea Defense: No Impact*, in 17(3) *Psychology, Public Policy, and Law*, 2011, p. 357 ss.

<sup>142</sup> U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi*, loc. ult. cit.

## 5. *L'utilizzo 'di parte' del sapere neuroscientifico.* *Il problema della responsabilità penale del consulente tecnico*

Un ultimo profilo che si intende trattare riguarda il ruolo dei consulenti di parte.

Il diritto vivente e la dottrina sono assai ondivaghi circa l'astratta possibilità di applicare l'art. 372 c.p. (*falsa testimonianza*) ai consulenti tecnici di parte allorché essi depongono ai sensi dell'art. 501 c.p.p.<sup>143</sup>. Lo stesso dicasi quanto alle diverse prassi seguite nei tribunali in relazione alla dichiarazione dei medesimi ai sensi dell'art. 497, co. 2 c.p.p.. I non molti precedenti che è dato riscontrare in giurisprudenza hanno in prevalenza il seguente tenore: "*L'art. 497, 2° comma, c.p.p. non si applica al consulente tecnico, in quanto lo stesso è un ausiliario della parte, tenuto anche presente che non sarebbero applicabili al consulente tecnico le norme degli art. 372 e 373 c.p.*"<sup>144</sup>.

Interrogando sul punto esperti professionisti, la risposta che si riceve è caratterizzata da una radicale assenza di certezze: "*a Firenze recentemente hanno fatto giurare il consulente, a Milano no*". E ancora: dalla mappatura 'sul campo' delle prassi in uso nei tribunali italiani, emergono ben tre distinti orientamenti sul punto, ad ulteriore conferma della scivolosità del tema. Secondo un primo orientamento, proprio perché figure differenti rispetto ai testimoni, i consulenti tecnici di parte non vengono fatti giurare, non rilevando dunque alcuno spazio per l'applicazione dell'art. 372 c.p. nei loro confronti; in base ad una seconda prassi, i consulenti di parte vengono fatti giurare perché è possibile che vi sia una scissione tra fatto (*sub specie* di dati oggettivi) e valutazione nel corso del loro esame. All'atto del giuramento, dunque, li si ammonisce in merito all'obbligo di verità che viene assunto quanto ai fatti direttamente percepiti. In tale ipotesi, sarà dunque loro applicabile l'art. 372 c.p.; infine, degno di menzione per la sua (apparente) eccentricità è l'ultimo filone affermatosi che è dato riscontrare: esso vuole che i consulenti di parte procedano all'effettuazione del giuramento ai fini di un'assunzione di responsabilità che funge però da mera *moral suasion* in quanto l'organo giudicante, che pure fa eseguire il giuramento, aderisce alla tesi secondo cui le dichiarazioni dei consulenti abbiano indefettibilmente ad oggetto mere valutazioni. Non si ritiene dunque *effettivamente* applicabile l'art. 372 c.p., *i.e.* i consulenti non sono veri e propri testimoni, ma il giuramento, in assenza di norme incriminatrici *ad hoc*, viene utilizzato come forma di 'contropinta' motivazionale, sia pure di priva di sanzione. Tale contropinta, dunque, si serve esclusivamente della leva rappresentata dalla suggestione

<sup>143</sup> Sull'argomento, cfr. F. CENTONZE, *Scienza "spazzatura"*, cit., p. 1257 ss.

<sup>144</sup> Trib. Torino, sez. I pen., 20-03-1991, in *Giur. it.*, 1994, p. 77 ss., con nota di L.M. MARINI, *Obbligo di veridicità del consulente tecnico?*, il quale dà conto dei contrasti giurisprudenziali sul punto. In dottrina due sono gli orientamenti che si contrappongono: da un lato, quello che considera l'apporto conoscitivo fornito dal consulente come avente la medesima natura di quello fornito dal testimone e che, coerentemente, afferma la necessità che il consulente di parte presti la dichiarazione *ex art. 497, co. 2 c.p.p.*; dall'altro, quello, maggioritario, in base al quale il contributo del consulente ha natura "parziale", non ricorrendo dunque alcun obbligo di prestare giuramento. Individua l'argomento decisivo in favore della seconda tesi sul piano sostanziale proprio nell'inesistenza di una sanzione penale nei confronti del consulente non veritiero G. ILLUMINATI, *Assunzione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*<sup>3</sup>, Torino, 2007, p. 138 ss.

rituale della formula del giuramento pronunciata nel contesto del processo penale, configurando così un singolare caso di impiego degli strumenti psicologici in assenza di adeguati strumenti giuridici.

Alla luce di quanto appena esposto, la questione si caratterizza per essere indubbiamente controversa: nonostante la similitudine rappresentata essenzialmente dal *deficit* conoscitivo del giudice rispetto ai contenuti delle loro affermazioni, la *differenza strutturale* tra testimoni e consulenti tecnici emerge da numerosi elementi: *in primis*, appare arduo ricostruire un obbligo di verità in capo a questi ultimi in quanto ausiliari delle parti e ad esse legati da un contratto di prestazione d'opera. Inoltre non esiste un corrispettivo dell'art. 226 c.p.p. relativo ai consulenti di parte, ossia una specifica dichiarazione di impegno che li vincoli ad un dovere oggettivo di verità<sup>145</sup>. Ciò porta la dottrina maggioritaria a concludere sul punto nei termini seguenti: «i consulenti di parte non hanno obbligo penalmente sanzionato di rispondere secondo verità. Al di là del fatto che in alcune sedi giudiziarie ai consulenti viene fatta leggere l'impegnativa prevista dall'art. 497 c.p.p., in capo agli esperti si potrà configurare al massimo un onere morale, etico e deontologico di verità anche al fine di non infirmare il proprio credito come professionisti. Si tratta, tuttavia, di strumenti caratterizzati da ben minore efficacia deterrente rispetto ad una sanzione penale»<sup>146</sup>.

Permane però la grande ambiguità insita nell'art. 372 c.p., che non descrive il soggetto attivo semplicemente come “*il testimone*”, bensì come “*Chiunque, deponendo come testimone*” (l'art. 373 c.p., invece, parla di “*perito*” e non di “*chiunque, deponendo come perito*”<sup>147</sup>). Questo dato letterale, unito alla formulazione dell'art. 501 c.p.p. sembra però dare forza a chi ritiene applicabile anche ai consulenti il delitto di falsa testimonianza. Pare quindi forse eccessivamente *tranchant* la posizione di chi sostiene che la non qualificabilità del consulente tecnico come *testimone* trovi espressa conferma nell'art. 501 c.p.p.: tale norma, si è scritto, «nel prevedere che per l'esame dei consulenti tecnici (oltre che per quello dei periti) «*si osservano le disposizioni sull'esame dei testimoni in quanto applicabili*», conferma infatti l'esistenza di una differenza tra la posizione del testimone e quella del consulente tecnico, nonché l'esplicita scelta del legislatore di non attribuire a quest'ultimo la qualifica di testimone»<sup>148</sup>. In realtà, richiamando la stessa norma, unita alla descrizione del soggetto attivo fatta dall'art. 372 c.p. si potrebbe argomentare parimenti e altrettanto fondatamente all'opposto. Altra dottrina afferma invece come tra i soggetti attivi del reato di falsa testimonianza possa rientrare anche il consulente tecnico di parte sia pure limitatamente all'ipotesi in cui “*riferisca un fatto storico al testimone*”, e ciò in ragione del fatto

<sup>145</sup> Cfr. R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, p. 321 ss.; v. però D. CURTOTTI NAPPI, *La consulenza tecnica*, in A. Gaito (dir.), *La prova penale*, II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, p. 619, la quale parla di “*sostanziale similitudine tra le due figure soggettive*”.

<sup>146</sup> C. CONTI, *Scienza e processo penale*, cit., pp. 164-165.

<sup>147</sup> Questo dato letterale porta ad escludere in radice l'applicabilità della fattispecie in parola ai consulenti tecnici. Cfr. in part. Cass, sez. VI, 21 aprile 1999, n. 448, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3426 ss., con nota di F. RANZATTO, *Sulla configurabilità del delitto di falsa perizia rispetto al consulente tecnico*.

<sup>148</sup> G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Vol. IV, Tomo I, *Trattato di diritto penale - Parte speciale* diretto da G. Marinucci - E. Dolcini, Milano, 2005, p. 427.

che «l'equiparazione tra testimone e consulente, che si attua già sul piano letterale con il richiamo all'art. 468 c.p.p., si ricava anche dall'art. 501, co. 1 c.p.p. che rinvia non solo all'applicazione delle medesime regole procedurali nel caso di esame di entrambi i soggetti ma anche alla disciplina sanzionatoria»<sup>149</sup>.

Il quadro delle interpretazioni, a partire dalla non felicissima formulazione del quadro normativo di riferimento (artt. 372 c.p. e 501 c.p.p.), è dunque variegato. Il vizio d'origine alla base di tali 'radicali' incertezze interpretative è da individuare essenzialmente nella assai poco condivisibile scelta di non delineare, e conseguentemente disciplinare, in modo preciso e dettagliato la figura del consulente di parte compiuta dai redattori del codice di rito del 1988. L'esito è alquanto paradossale, giacché «in un sistema accusatorio, sia pure temperato, come quello italiano, i consulenti di parte dovrebbero avere l'obbligo di verità e, così, sarebbero collocati su un piano di parità rispetto al perito: al tempo stesso, la consulenza tecnica di parte dovrebbe essere collocata tra i mezzi di prova, così come accade per il testimone esperto in Inghilterra. In Italia, viceversa, i consulenti di parte rappresentano più una forma di difesa tecnica, che uno strumento equiparabile alla perizia»<sup>150</sup>. L'orientamento oggi più diffuso, che nega l'obbligo di verità penalmente sanzionato in capo al consulente di parte<sup>151</sup>, ha come effetto, in ultima istanza, quello di «svilire, in concreto, il ruolo dei consulenti privati, che non riescono a contrapporsi al perito creando le premesse per un contraddittorio vero e proprio»<sup>152</sup>.

Una linea di confine, per quanto sottile e spesso sfumata, pare però poter essere individuata nei territori a cavallo tra fatti e valutazioni. La consulenza tecnica consiste, infatti, in indagini, accertamenti e valutazioni di natura tecnica. La componente valutativa – dunque di carattere soggettivo – non autorizza il consulente, per quanto di parte, a stravolgere il dato obiettivo emergente dai riscontri compiuti. Piuttosto il consulente deve trovare uno *spazio di azione* in favore della propria tesi di parte qualora sussistano effettivi “*margini di manovra*”, ossia: a) quando il dato obiettivo è *incerto*; oppure b) consente *valutazioni* in qualche punto divergenti. Il consulente non può, invece, “costruirsi” tali margini di manovra quando essi non siano effettivamente presenti alla luce del dato obiettivo. Se però tali coordinate possono apparire maggiormente nitide rispetto a scienze tradizionali o, meglio, già *processualmente rodate*, ben più complessa appare l'identificazione del dato obiettivo, che separa fatti e valutazioni nella deposizione del consulente di parte, in relazione a saperi scientifici complessi e nuovi come sono le neuroscienze. Metodologie che applicano conoscenze di avanguardia possono recare con sé il rischio di far entrare e successivamente assumere nel processo consulenze basate su studi scientifici “*mutilati*” di una parte essenziale o dai quali vengono espunti passaggi argomentativi in grado di condurre a conclusioni

<sup>149</sup> Così A. PECCIOLI, *I delitti di false dichiarazioni nel processo*, in P. Pisa (a cura di), *I reati contro l'amministrazione della giustizia*, vol. VII, *Trattato di Diritto penale* diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Milano, 2009, p. 122.

<sup>150</sup> P. TONINI, *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 363.

<sup>151</sup> Per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, v. F. FOCARDI, *La consulenza tecnica extraperitale delle parti private*, Padova, 2003, p. 191 ss.

<sup>152</sup> P. TONINI, *Dalla perizia “prova neutra”*, loc. cit.

sfavorevoli per la tesi che si intende sostenere (*i.e.*, enunciati valutativi falsati che si sovrappongono a dati storici veritieri); e ancora: consulenze fondate su studi non veritieri o su dati non corrispondenti ad elementi di fatto emersi nel corso delle indagini scientifiche svolte. Al di là della configurazione del consulente tecnico quale ausiliario della parte non vincolato formalmente a “rispondere secondo verità”, in tali ipotesi pare di poter concordare con chi afferma che si sconfini nel territorio del penalmente illecito<sup>153</sup>.

Si tratta, come emerge con chiarezza, di un terreno certamente insidioso. *L'antidoto* rispetto alla elevata ‘potenzialità ingannatoria’ di consulenze tecniche non veritiere, in particolar modo se fondate su saperi recenti ed innovativi, deve essere rappresentato da uno «stringente e penetrante controllo del giudice custode del metodo scientifico»<sup>154</sup>, ma forse ancor più dall’«indispensabile vaglio operato attraverso il contraddittorio dalle parti»<sup>155</sup>.

## 6. *Un caveat conclusivo*

Giunti al termine di questa incursione nel rapporto tra neuroscienze e diritto penale, appare opportuno concludere con un *caveat*.

Con riguardo al tema dell'imputabilità, sembra attualmente dato riscontrare, tanto tra gli avvocati difensori che tra gli esperti (siano essi periti oppure consulenti di parte) un certo atteggiamento ottimistico rispetto ad un utilizzo sistematicamente *in bonam partem* delle prove neuroscientifiche. Chi scrive non può che condividere l'invito alla prudenza proposto da chi in dottrina ha sottolineato il carattere “meramente eventuale” di detta unidirezionalità<sup>156</sup>. Non è affatto escluso, infatti, che nel giro di breve tempo le neuroscienze conoscano una deriva *in malam partem* nel loro utilizzo all'interno del processo penale «non soltanto al fine di valutare la pericolosità sociale del soggetto, ma altresì al fine di trarre, sia pure indirettamente – e con ciò tanto più capziosamente – elementi a sostegno della colpevolezza del soggetto»<sup>157</sup>. Si (ri)affermerebbe in tal modo una giurisprudenza fondata su malcelate istanze di *difesa sociale*, connesse alla più o meno dimostrata “*predisposizione*” dell'imputato a commettere reati *tipologicamente affini* a quello di cui all'imputazione<sup>158</sup>, con il potenzialmente sinistro effetto collaterale di fornire una legittimazione empirica fuo-

<sup>153</sup> In simili casi, afferma F. CENTONZE, *Scienza “spazzatura”*, cit., p. 1270, «siamo chiaramente *oltre* la legittima retorica scientifica: i risultati della consulenza sono, di fatto, falsi». Ne conseguirebbe un'applicazione al consulente del delitto di falsa testimonianza di cui all'art. 372 c.p., includendo anche l'ipotesi del consulente che menta rispetto al proprio *expertise* professionale. V. anche C. MIUCCI, *La testimonianza tecnica nel processo penale*, Milano, 2011, p. 169 ss.; nella letteratura statunitense, cfr. A.A. MOENSSENS, *Novel Scientific Evidence in Criminal Cases: Some Words of Caution*, in 84 *J. Crim. L. & Criminology*, 1993, pp. 9-10, 15-18.

<sup>154</sup> F. CENTONZE, *Scienza “spazzatura”*, cit., p. 1271.

<sup>155</sup> F. CENTONZE, *Scienza “spazzatura”*, loc. ult. cit.; v. anche G. FRIGO, *Il consulente tecnico della difesa, nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 2187.

<sup>156</sup> M. RONCO, *Sulla «prova» neuroscientifica*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 860.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> M. RONCO, *Sulla «prova» neuroscientifica*, cit., pp. 860-861.

ri tempo massimo alla componente dell'*indole malvagia* propria del *delinquente per tendenza* di cui all'art. 108 c.p., figura peraltro già di per sé sufficientemente controversa<sup>159</sup>, considerata alla stregua di un 'residuo bellico' all'interno della Parte generale e condannata tanto all'oblio della disapplicazione giurisprudenziale quanto alla dannazione derivante dalle numerose richieste di espunzione dal codice penale.

L'utilizzo dei ritrovati delle neuroscienze cognitive e della genetica molecolare, dunque, «salutati (e da altri criticati) come banditori di indulgenza penale, presi separatamente da una più complessa diagnosi di malattia mentale più che uno sconto di pena potrebbero produrre un aggravamento di pena»<sup>160</sup>. In questi termini, le neuroscienze potrebbero rivelarsi una potente arma *a doppio taglio*, in quanto capace di far surrettiziamente rientrare dalla finestra forme di un *diritto penale d'autore* formalmente fatto uscire dalla porta in favore del *diritto penale del fatto*<sup>161</sup>.

Anche senza la pretesa di 'riesumare' dall'oblio l'art. 108 c.p., vistose potenzialità per un inasprimento sanzionatorio derivante dalle evidenze neuroscientifiche risiedono nell'art. 133 c.p. relativo alla commisurazione della pena in senso stretto, con particolare riferimento alla *capacità a delinquere* desunta dai *motivi a delinquere* e dal *carattere* del reo (art. 133, co. 2, n. 1 c.p.). Essi, infatti, sono tradizionalmente definiti, rispettivamente, come causa psichica della condotta umana, conscia o inconscia, legata indissolubilmente ad uno stimolo o ad un impulso ad agire<sup>162</sup>, e come il prodotto dell'interazione tra fattori biologici ed ambientali<sup>163</sup>. D'altra parte, nell'attuale epoca del diritto penale giurisprudenziale<sup>164</sup> è tutt'altro che inedita l'affermazione di nuovi *idola theatri* che, impostisi all'attenzione della dottrina principalmente con finalità di flessibilizzazione e mitigazione della severità del sistema penale a quadro normativo invariato, finiscono poi con l'essere "convertiti" dal diritto vivente mediante tradizionali ed antichi "grimaldelli" capaci di condurre ad un inasprimento del rigore punitivo.

Emblematico quanto attuale in tal senso è l'esempio offerto dai c.d. reati culturalmente motivati, con particolare riferimento, per quanto qui rileva, alla valutazione della capacità a delinquere del reo in sede di commisurazione della pena<sup>165</sup>. Il rischio poc'anzi evidenziato del risorgere di una giurisprudenza che si orienti alla incapacitazione del reo facendo leva proprio su elementi pensati invece per attenuare la risposta punitiva è ben rappresentato dalla sentenza di condanna pronunciata nel 2006 dal Tribunale di Bologna all'esito di un processo per violenza sessuale a carico di due cittadini pakistani. A fronte della necessità,

<sup>159</sup> Nota l'analisi compiuta da A. GEMELLI, *Il delinquente per tendenza*, in *Atti del I Congresso Internazionale di Criminologia*, (Roma, 3-8 ottobre 1938), I, *Relazioni generali e discussioni*, Roma, 1939, p. 506.

<sup>160</sup> L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *Delitto, geni, follia*, cit., p. 222.

<sup>161</sup> V. I. MERZAGORA BETSOS, *De servo arbitrio*, cit., p. 12.

<sup>162</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*<sup>3</sup>, Padova, 2007, p. 640.

<sup>163</sup> Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*<sup>16</sup>, a cura di L. Conti, Milano, 2003, p. 552; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, p. 320.

<sup>164</sup> Sul tema, v. da ultimo l'analisi di G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, *passim*.

<sup>165</sup> Sul tema, cfr. C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, p. 239.

sostenuta dalla difesa, di tenere in debita considerazione l'assenza di percezione della negatività del fatto e comunque di considerare la sussistente diversità tra la scala di valori e disvalori degli imputati rispetto a quella dei cittadini del Paese ospitante, così si esprimono invece le motivazioni: "Non è possibile rapportare la valutazione di disvalore di una singola condotta ai parametri vigenti nell'ambiente del soggetto autore del reato. Il criterio fissato dall'art. 133 co. 2 n. 4 c.p. ha di contro valenza esattamente contraria, poiché sta a significare che tanto più le condizioni di vita individuale, familiare sociale rispecchiano un sistema di regole antitetico a quelle cui si ispira la tutela penale, tanto più deve essere severa la sanzione, apparendo evidente la maggior pregnanza della finalità di prevenzione cui la pena deve ispirarsi nel caso concreto... Chi provenendo da uno Stato straniero in cui vigono regole ordinarie e comportamentali inconciliabili con quelle del nostro paese, è comunque tenuto ad osservare la nostra legge penale". Ciò premesso, si afferma che "la provenienza individuale da un sistema di vita del tutto alieno dai nostri principi di civile convivenza non può valere ad attenuare la pena; al contrario, proprio in applicazione della norma citata, la condotta che sia espressione diretta di tali principi deve essere sanzionata con congruo rigore"<sup>166</sup>.

Ecco, dunque un chiaro e concreto esempio degli esiti controproducenti cui può portare l'irrompere sulla scena del processo penale di un'arma a doppio taglio. A risultati simili, *mutatis mutandis*, potrebbe potenzialmente condurre anche l'impiego delle neuroscienze<sup>167</sup>.

Nel momento storico attuale allo studioso viene richiesta una sempre crescente attenzione nei riguardi del diritto vivente allo scopo non solo di migliorare la sintonia tra teoria e prassi, ma anche di prevedere e, se possibile, governare per tempo eventuali sbandamenti in grado di produrre involuzioni repressive. A tale rischio non si sottrae il rapporto tra scienza nuova e diritto penale, come l'analisi delle possibili implicazioni relative all'interazione delle neuroscienze con l'istituto dell'imputabilità ha chiaramente mostrato<sup>168</sup>. È

<sup>166</sup> Così GUP Bologna, 16 novembre 2006, *inedita*, citata da D. BRUNO, *Diversità culturale e principio di uguaglianza nel processo penale*, in *Rass. pen. crim.*, 2009, 1, p. 33. In argomento, cfr. anche la giurisprudenza citata da F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010, p. 427.

<sup>167</sup> Cfr. B. GARLAND - M.S. FRANKEL, *Considering Convergence*, cit., p. 106: «while a defendant could argue for mitigation due to some genetic propensity or neurological defect ("bad genes" or a "bad brain" led him astray), the prosecution could make a counterargument for aggravation, saying that the defendant is even more dangerous because he is biologically predisposed to commit crime and thus should be incarcerated rather than given probation». Per un recente studio empirico relativo alla giurisprudenza statunitense che evidenzia una tendenza per il momento prevalente nel senso di un'attenuazione della pena derivante dal ricorso alla prova neuroscientifica, v. L. G. ASPINWALL - T. R. BROWN - J. TABERY, *The Double-Edged Sword: Does Biomechanism Increase or Decrease Judges' Sentencing of psychopaths?*, in *Science*, 337, 2012, p. 846 ss.

<sup>168</sup> Come osserva O. DI GIOVINE, *Chi ha paura*, cit., p. 844, «[s]arebbe metodologicamente scorretto ignorare una realtà soltanto perché produce conseguenze ai nostri occhi sgradevoli. Inoltre, probabilmente un siffatto esito non si rivelerebbe nemmeno funzionale all'obiettivo. Lungi dall'arrestare il processo in atto, finirebbe con l'assecondarlo, consentendo ad esso di nutrirsi dell'indifferenza generale e precludendo già la formazione di un meta-linguaggio sulla cui base avviare un dialogo tra discipline destinante, volenti o nolenti, ad interagire in misura crescente»; E. MUSUMECI, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza, libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano, 2012, p. 21

comunque ancora troppo presto per valutare se il sempre più frequente impiego del sapere neuroscientifico nel processo penale che sembra profilarsi all'orizzonte ci condurrà verso un superamento degli attuali limiti conoscitivi in tema di infermità mentale o, piuttosto, comporterà l'apertura di un assai poco rassicurante vaso di Pandora che orienti il sistema penale verso il controllo e l'incapacitazione degli individui ritenuti pericolosi.

afferma: «Ciò che è certo è che i giuristi non possono più esimersi dal confronto con le neuroscienze, che diviene sempre più pressante ed inevitabile. È tempo ormai che essi escano dal loro “splendido isolamento”, per rapportarsi in maniera critica con le nuove tecniche, senza cadere in atteggiamenti connotati da un troppo facile trionfalismo o da un'aprioristica chiusura».



CRISTIANO CUPELLI

IL PARLAMENTO EUROPEO E I LIMITI  
DI UNA CODECISIONE IN MATERIA PENALE  
TRA MODELLI DI DEMOCRAZIA E CRISI DELLA RISERVA DI LEGGE

SOMMARIO: 1. La crisi della riserva di legge nello specchio di un diritto *liquido*. – 2. I limiti di un diritto penale *uropeizzato*. - 2.1. I nuovi poteri del Parlamento europeo alla luce del Trattato di Lisbona. - 2.2. Il procedimento legislativo ordinario. - 2.3. È sufficiente una *codecisione* in democrazia? - 2.4. La *marginalizzazione* della fase *discendente* e la nuova legge di delegazione europea. – 3. Il ruolo del Parlamento europeo tra democrazia rappresentativa e democrazia deliberativa. – 4. Il *peso* dei principi procedurali della democrazia penale. – 5. La strada per una possibile soluzione.

1. *La crisi della riserva di legge nello specchio di un diritto liquido*

Proprio su queste pagine, lo scorso anno, si è autorevolmente dibattuto sulla possibilità di individuare un equivalente funzionale alla riserva di legge, da più parti segnalata in stato di profonda crisi<sup>1</sup>; la risposta è stata sostanzialmente negativa, accompagnata dalla constatazione delle difficoltà di recuperare una lettura ‘forte’ della *ratio* garantista sottesa al principio e dell’irruzione di un pensiero *debole* in tema di legalità penale.

Nella stessa occasione, non si è mancato di rilevare come forse il più significativo tra i fattori di *stress* cui l’istituto storicamente più pregnante della legalità penale è oggi sottoposto sia rappresentato dalla compressione della discrezionalità del legislatore interno nelle scelte relative all’introduzione di nuove incriminazioni, generata dallo sviluppo delle fonti sovranazionali<sup>2</sup>. Si può parlare di una penetrazione del diritto europeo *anche* nelle valutazioni politico-criminali, in origine rimesse all’esclusivo monopolio statale<sup>3</sup>: l’effetto

<sup>1</sup> *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *questa rivista*, 2011, p. 77 ss., con *Nota introduttiva* di F. GIUNTA e contributi di G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, p. 79 ss.; A. GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, p. 99 ss.; C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (Considerazioni in margine all’asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, p. 125 ss.

<sup>2</sup> G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 86 ss.; ampiamente, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 48 ss.

<sup>3</sup> I molteplici profili di intersezione tra fonti sovranazionali e diritto penale, anche con riferimento ai vincoli imposti dalle convenzioni internazionali, sono approfonditamente indagati, da F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e giustizia penale, Speciale di Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 4 ss.;

è l'inarrestabile ascesa della genesi di precetti penali in un contesto non più nazionale, nel quale la politica criminale comunitaria affianca – sino a sostituire – quella interna. Infatti, pur potendosi continuare ad escludere, allo stato, la previsione in via diretta di fattispecie penali incriminatrici da parte di fonti normative comunitarie<sup>4</sup>, è evidente che l'Unione non manca, “mediante una serie di *strategie di intervento*, di esprimere una vera e propria *politica criminale europea*”<sup>5</sup>, così da potersi parlare di un “diritto penale *europizzato*”<sup>6</sup>. Di fronte ad obblighi di penalizzazione sovranazionali<sup>7</sup>, il singolo parlamento nazionale corre il rischio di una progressiva espropriazione del “suo margine di apprezzamento nelle scelte di criminalizzazione”<sup>8</sup>, tanto nel prendere l'iniziativa quanto nell'esprimere “sulla base della propria discrezionalità politico-democratica le scelte di fondo relative ai contenuti della tutela penale”<sup>9</sup>.

La tensione, immanente, tra legalità penale e diritto europeo trova oggi terreno fertile nei contorni fluidi di un diritto sempre più decontestualizzato e destrutturato ed al cospetto di un percorso metodologico che spinge a ragionare in termini di complessità sociale e di pensiero del molteplice, col passaggio dal classico paradigma dell'unità a quello della plurivocità e della polimorfia<sup>10</sup>, sino al punto di preconizzare un vero e proprio diritto *liquido*<sup>11</sup>. Inevitabile che le sensibilità verso il garantismo tendano a sfumare e crescano le istanze

C. SOTIS, *Le “regole dell'incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

<sup>4</sup> Già in sede di primo commento al Trattato di Lisbona, in questo senso, A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 37 ss.

<sup>5</sup> C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1148.

<sup>6</sup> G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 2007, p. 278.

<sup>7</sup> Una recente ed accurata indagine volta a definire una tipologia degli obblighi di tutela penale internazionali in S. MANACORDA, “*Dovere di punire?*” *Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1364 ss.

<sup>8</sup> F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 657.

<sup>9</sup> G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 88.

<sup>10</sup> Sul declino dell'immagine classica del diritto come sistema di norme disposte gerarchicamente, riconducibili tutte ad un'unica fonte, sotto la spinta di interessi e posizioni ideologiche che l'attività legislativa patisce, v. gli interventi di L. Capogrossi Colognesi, S. Cassese, V. Ferrari, M. Fioravanti, G. Lozzi e P. Rescigno raccolti nel volume *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna, 2009; tra i molti e rilevanti contributi di Paolo Grossi, si può richiamare, sulla crisi delle fonti del diritto, il saggio *Crisi del diritto, oggi?*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, p. 67 ss.

<sup>11</sup> In questa direzione, da ultimo, raccogliendo e sviluppando la celebre suggestione di Z. BAUMAN sulla fluidità quale metafora dell'attuale fase dell'epoca moderna (tratteggiata in *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, e successivamente ripresa ed applicata in tutti gli ambiti della vita sociale), M.A. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012, p. 27 ss.; sulla parabola del concetto di sovranità dello Stato, e per una disamina dei fenomeni erosivi, A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 829 ss.

volte a ridimensionare la funzione della riserva di legge, in nome di un policentrismo democratico di matrice internazionalistica. E a chi continua a sottolineare la perdurante irriducibilità del conflitto tra materia penale e diritto europeo, valorizzando il canone tradizionale della democrazia rappresentativa e della esclusività della legge parlamentare quale fonte del diritto penale, si oppone un (neanche troppo) velato rimprovero di anacronismo, che porta a chiedere se continuare a difendere la riserva di legge “possieda ancora un significato reale o sia, piuttosto, il frutto di una pigra *traditio*”, insinuando il dubbio “che possa rivelarsi tutt’altro che utile esportarne la teorizzazione classica in ambito sovranazionale ed europeo, poiché qui le distorsioni risulterebbero ovviamente amplificate”<sup>12</sup>.

Per tentare di rispondere al dissacrante interrogativo e provare a fugare i possibili dubbi è utile tornare a misurare il rapporto tra diritto penale e diritto UE alla luce del Trattato di Lisbona e dei recenti adattamenti normativi interni che ne sono conseguiti. La riflessione si snoda in una duplice prospettiva, assumendo due versanti di analisi, che concernono da un lato il peso decisionale del Parlamento europeo e la sua idoneità rappresentativa nel quadro istituzionale comunitario; dall’altro, il meccanismo interno attraverso il quale le opzioni sovranazionali di politica criminale contenute nelle direttive irrompono nell’ordinamento interno, dal momento che queste, come è ben noto, pur non avendo efficacia diretta, pongono obblighi legislativi a carico degli Stati a cui sono rivolte, ciascuno dei quali potrà adempierli secondo le procedure interne ritenute più consone. Il tutto, poi, andrà rapportato all’altro interrogativo di fondo, che come visto aleggia nel dibattito penalistico contemporaneo: la riserva di legge, nella sua valenza garantista e nella sua essenza procedimentale, è davvero *così* in crisi e con lei anche il modello di democrazia rappresentativa che ne è presupposto e fondamento?

## 2. I limiti di un diritto penale europeizzato

Procedendo con ordine, non si può non premettere un cenno a quel *deficit* democratico, che ha storicamente caratterizzato il diritto europeo e ha tradizionalmente rappresentato l’ostacolo più forte al riconoscimento di una competenza diretta dell’UE in materia penale<sup>13</sup>.

Come è ampiamente noto, il problema affonda le sue radici nelle origini stesse del progetto comunitario, sorto a vocazione pressoché esclusivamente economica, rispetto al quale l’obiettivo era la realizzazione di un sistema decisionale che fosse la risultante di un compromesso diretto a contemperare le esigenze di tutela degli interessi nazionali e di quelli europei. In coerenza, la soluzione *più efficiente* venne ravvisata nel connubio Commissione-Consiglio: la prima portatrice degli interessi obiettivi e generali della Comunità e dotata del

<sup>12</sup> O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, cit., p. 2271.

<sup>13</sup> Un affresco ricostruttivo in M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 545 ss.

potere di iniziativa politica, il secondo rappresentativo degli interessi degli Stati membri e dotato di capacità deliberative.

Il limite delle modalità di formazione e di legittimazione degli organi istituzionali europei si è andato sempre più espandendo con il passaggio da una matrice essenzialmente economica ad una aspirazione di unione politica e con l'aumento delle competenze attribuite e del numero degli Stati membri ed è in sostanza riconducibile allo spazio egemonico attribuito agli interessi e alle preferenze dei governi dei singoli Stati ed ai c.d. eurocrati, piuttosto che alle scelte dei cittadini europei<sup>14</sup>; tutto ciò inevitabilmente si converte in una scarsa trasparenza nei processi decisionali e soprattutto in una carenza di rappresentanza politica, in un rapporto tra rappresentanti e rappresentati assai flebile. Evidentissime ed ovvie, allora, le ricadute in una materia, quella penale, che proprio nel consenso sociale trova il suo titolo di legittimazione<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Un recente e completa analisi, con ampi riferimenti alla letteratura straniera e varietà di spunti di storia e scienza politica, in G. PASQUINO, *Deficit democratico*, in *Riv. it. sc. pol.*, 2012, p. 417 ss.; M. OLIVETTI, voce *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento V, Torino, 2012, p. 501 ss. e in R. BELLAMY, *Il deficit democratico dell'Unione europea*, in *Governance e democrazia. Tecniche del potere e legittimità dei processi di globalizzazione*, a cura di A. Palumbo e S. Vaccaro, Milano-Udine, 2009, p. 109 ss.; C. PINELLI, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rass. parl.*, 2008, p. 927 ss.; è ormai un classico, nel dibattito sulla questione, D. MARQUAND, *Parliament for Europe*, Londra, 1979. Nella dottrina comunitarista, tra i molti, D. SANTONASTASO, *La dinamica fenomenologica della democrazia comunitaria. Il deficit democratico delle istituzioni e della normazione dell'UE*, Napoli, 2004, p. 114 ss.; A. L. VALVO, *Il Trattato di Lisbona e l'irrisolta questione del deficit di democrazia*, in *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, a cura di C. ZANGHÌ - L. PANELLA, Torino, 2010, p. 93 ss.; U. VILLANI, *Principi democratici e ruolo dei Parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 214 ss.; nella prospettiva penalistica, con varietà di accenti, K. LÜDERSEN, *Europeizzazione del diritto penale e legislazione governativa*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?*, a cura di S. CANESTRARI - L. FOFFANI, Milano, 2005, p. 487 ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 388 ss e 433 ss.; *ID.*, "Eppur si muove!": alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. GRASSO - R. SICURELLA, Milano, 2008, p. 221 ss.; P. VELTEN, *Diritto penale europeo*, in *questa rivista*, 2006, p. 150 ss.; G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO - R. SICURELLA, Milano, 2007, p. 676 ss.; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 30 ss. La questione è stata esaurientemente affrontata (in particolare nei §§ 289 ss.) anche nella sentenza del 30 giugno 2009 con cui il *BundesVerfassungsGericht* si è pronunciato sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il *GrundGesetz* (consultabile, nella traduzione italiana di Jörg Luther, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>15</sup> Su tale snodo ontologico del diritto penale, si rinvia per tutti ai lavori di M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, p. 423 ss.; C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 849 ss. e E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 86 ss.

### 2.1. I nuovi poteri del Parlamento europeo alla luce del Trattato di Lisbona

La questione prospettata nei termini tradizionali non può dirsi sostanzialmente mutata a seguito dell'entrata di vigore del Trattato di Lisbona, il quale, oltre a far cadere la struttura per pilastri e la conseguente differenziazione delle fonti normative (direttive e regolamenti per i primi due pilastri, decisioni quadro per il terzo) che avevano caratterizzato l'impianto precedente, ha previsto una base giuridica certa per l'adozione di regolamenti o direttive per l'armonizzazione penale, che permangono gli strumenti attraverso i quali le istituzioni europee esercitano la potestà normativa. Per quanto attiene agli aspetti di *diritto penale sostanziale*, si stabilisce che il Parlamento europeo ed il Consiglio, deliberando mediante direttive e secondo la procedura legislativa *ordinaria* (con mirate e specifiche eccezioni), potranno definire gli elementi costitutivi minimi relativi alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi che possono presentare una dimensione transnazionale, derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di fronteggiarli su basi comuni<sup>16</sup>.

In particolare, all'art. 83.1 si sancisce la possibilità di stabilire "norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi che presentano una dimensione transnazionale"<sup>17</sup>, ed all'art. 83.2. si estende tale potere anche con riguardo ad altri settori, purché già oggetto di misure di armonizzazione, nel caso in cui il riavvicinamento delle legislazioni nazionali in materia penale si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione<sup>18</sup>. In quest'ultimo caso, è previsto il ricorso "alla stessa procedura legislativa ordinaria o speciale per l'adozione delle preve misure di organizzazione", il che lascia residuare la possibilità del ricorso alla procedura legislativa *speciale*, derogatoria rispetto a quella ordinaria, nella quale il Consiglio è, in pratica, l'unico legislatore, venendo il Parlamento europeo ad essere semplicemente *associato* alla procedura, con un ruolo circoscritto alla consultazione

<sup>16</sup> Un affresco ricostruttivo, da ultimo, in V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione al sistema penale*. Vol. I, a cura di G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANNOTTI, Torino, 2012, p. 157 ss.; su genesi, evoluzione e diffidenze rispetto all'attribuzione all'Unione di una competenza penale accessoria, v. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, n. 1/2012, p. 47 ss.; in chiave critica, V. MASARONE, *L'inappagante continuità del diritto penale dell'Unione dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, in *Crit. dir.*, 2008, p. 173 ss.

<sup>17</sup> Quanto ai contenuti da attribuire alla nozione di 'norme minime' ed al relativo livello di tassatività e determinatezza richiesto, v. R. SICURELLA, «*Prove tecniche*» per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO - L. PICOTTI - R. SICURELLA, Milano, 2011, p. 25 ss.; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea*, cit., p. 65 ss.

<sup>18</sup> Sul punto, v. A. BARLETTA, *La legalità penale tra diritto dell'unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011, p. 72 ss.; G. GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 693 ss.; L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, ivi, p. 212 ss.

o alla ratifica, a seconda dei casi<sup>19</sup>.

All'art. 86.1., poi, si prevede che, “per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa *speciale*, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust”, la quale, si precisa all'art. 86.2., “è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, *quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1*, e i loro complici”<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Va aggiunto che, a differenza della procedura legislativa ordinaria, delineata all'art. 294 TFUE (su cui si tornerà a breve), manca una precisa descrizione delle procedure legislative speciali, limitandosi l'art. 289.2 TFUE a prevedere che “nei casi specifici previsti dai trattati, l'adozione di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo con la partecipazione del Consiglio o da parte di quest'ultimo con la partecipazione del Parlamento europeo costituisce una procedura legislativa speciale”; le relative modalità, conseguentemente, sono definite caso per caso dagli articoli del TUE e del TFUE che prevedono la loro applicazione. Come è stato osservato, la procedura speciale “realizza una drastica riduzione del confronto politico sulle scelte normative e, in pratica, finisce per annullare la capacità di condizionamento, già di per sé esigua, dei Parlamenti nazionali” (C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 250).

<sup>20</sup> In dottrina, si ritiene che, sulla base della previsione di cui all'art. 86, potrebbe addirittura già oggi individuarsi una competenza penale “quasi diretta” in capo all'Unione, limitata alla protezione degli interessi finanziari europei (C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. BILANCIA - M. D'AMICO, Milano, 2009, p. 154), per il tramite appunto della fonte regolamentare, automaticamente applicabile entro i confini nazionali. Tale lettura si fonda sulla valorizzazione del secondo (e del quarto) comma del medesimo articolo, che nel delineare le attribuzioni proprie della Procura europea la ritiene competente ad “individuare, perseguire e rinviare a giudizio (...) gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto al paragrafo 1, e i loro complici”. Ponendo l'accento sul collegamento tra i “reati che ledono gli interessi finanziari” e la relativa definizione rimessa al regolamento (non potendo l'espressione “definizione di reato” assumere altro significato che quello di “previsione degli elementi costitutivi del reato”), tale previsione aprirebbe la strada alla possibilità per l'Unione di stabilire con regolamento quali comportamenti lesivi degli interessi finanziari europei costituiscono reati, con riferimento tuttavia ai soli precetti e non anche alle relative sanzioni, oltre alle “norme di parte generale necessarie a rendere uniformi i criteri di iscrizione della responsabilità” (p. 159). Senonché, si è obiettato – in maniera condivisibile – che, a livello testuale, il riferimento alla definizione regolamentare “potrebbe ben riferirsi anche all'enunciazione degli stessi interessi finanziari dell'Unione”, cosicché “sarebbero proprio questi ultimi a rinvenire la loro definizione nel regolamento comunitario”; inoltre, si fa notare come al contenuto della fonte regolamentare offra un contributo decisivo la precisazione contenuta al terzo comma dello stesso art. 86, che appunto si riferisce a “regole di carattere procedurale, generalmente funzionali all'operatività della Procura europea dagli stessi istituita”: verrebbe anche meno la possibilità di riconoscere una competenza penale diretta, per quanto collegata – sulla base del richiamo “alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale” – alla predefinizione nazionale dell'area penalmente rilevante, sulla base del quarto comma dello stesso art. 86.4., considerato che tale norma “abilita il Consiglio europeo ad adottare eventualmente una decisione in grado di modificare la portata dell'art. 86, comma 1, TFUE, ‘allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea’ al contrasto di forme gravi di criminalità transnazionale, con la conseguente modifica del secondo paragrafo, in quanto l'ambito di operatività della Procura europea, per effetto di tale scelta, risulterà ampliato” (C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit.,

Tra le novità di rilievo, va registrato il superamento della regola della unanimità per le decisioni del Consiglio (meccanismo che – oltre a ritardare l'adozione di taluni strumenti normativi – aveva di fatto favorito accordi di basso profilo), a favore di una deliberazione a *maggioranza qualificata*<sup>21</sup>. All'interno di un meccanismo procedurale inedito, denominato «freno-acceleratore»<sup>22</sup>, proprio per controbilanciare la regola della maggioranza qualificata, sono previsti meccanismi di salvaguardia delle istanze nazionali (*emergencies breaks* o freno di emergenza); così, tanto all'art. 82, quanto all'art. 83 viene fatta salva la possibilità per uno Stato membro che ritenga che un progetto legislativo “*incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale*” di chiedere che il Consiglio sia investito della questione, con un effetto sospensivo, per la durata massima di quattro mesi, della relativa procedura di codecisione. Previa discussione ed in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro i quattro mesi, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria, aprendosi la strada dell'adozione dell'atto sulla base di una procedura di cooperazione rafforzata.

Tirando le fila del discorso, può dirsi che, seppure in termini sempre indiretti, si è riconosciuta una competenza penale europea di ancor più ampia portata<sup>23</sup>, con la capacità di

p. 239 ss.). In senso critico sulla possibilità di leggere l'art. 86 come precursore di una competenza diretta, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, p. 127, il quale, pur concordando sul fatto che “le differenze tra le diverse versioni linguistiche creino ambiguità circa l'effettiva competenza a definire i reati tramite regolamento”, ritiene che esse “sarebbero sufficienti ad escludere l'uso della fonte regolamentare nel senso suggerito”, rilevando che “l'adozione del regolamento in questione dovrebbe avvenire attraverso una procedura speciale, che richiede il voto unanime del Consiglio e la mera approvazione del Parlamento: dunque una procedura assai meno democratica rispetto a quella ordinaria, con conseguenze davvero allarmanti laddove si aderisse alla tesi secondo cui il regolamento in oggetto fosse effettivamente legittimato ad introdurre precetti penali negli ordinamenti interni”; senza dimenticare di sottolineare anche un eventuale “esito pratico piuttosto singolare come quello dell'introduzione nei sistemi nazionali di precetti penali immediatamente vigenti e vincolanti, eppure imperfetti ed inefficaci fino all'intervento del legislatore nazionale” (p. 128). Con varietà di argomenti, v. anche i rilievi di G. GRASSO, *La costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO - R. SICURELLA, Milano, 2007, p. 697 e M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone. Commentario sistematico al codice penale*, diretto da M. RONCO (con la collaborazione di E.M. AMBROSETTI e E. MEZZETTI), Bologna, 2010, p. 33 ss.

<sup>21</sup> Permane tuttavia la regola della *unanimità* con riferimento: 1) all'estensione delle competenze dell'Unione ad altri aspetti di norme procedurali (art. 82.2, lett. d), diversi da quelli attinenti la mutua ammissibilità delle prove, i diritti degli indagati ed i diritti delle vittime; 2) alla individuazione di nuove sfere di criminalità, rispetto a quelle per le quali vengono adottate norme minime secondo la procedura legislativa ordinaria (art. 83.1., terzo comma); 3) alla possibilità per l'Ufficio del Procuratore europeo di estendere la propria competenza ad altre forme di criminalità grave, a carattere transnazionale, che vadano oltre la materia dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (art. 86.4.).

<sup>22</sup> Per una dettagliata analisi del quale si rinvia al recente ed esaustivo lavoro di J. C. PIRIS, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2012, p. 216 ss.

<sup>23</sup> Tanto che, con una felice sintesi, si è detto come, con le nuove norme in materia criminale, l'Unione europea aspiri a rivendicare *definitivamente il giudizio di necessità di pena, ma certamente non ad esercitare la potestà punitiva* (C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, cit., p. 144).

delineare autonomamente, tramite direttive, i contenuti della regolamentazione da adottarsi in ambito interno<sup>24</sup>; a fronte di ciò, si è scelto di coinvolgere maggiormente il Parlamento europeo mediante il procedimento legislativo ordinario, che instaura un meccanismo di codecisione tra Consiglio e Parlamento, offrendo la contempo a ciascuno Stato membro la possibilità di attivare il c.d. freno di emergenza, che consente di sospendere l'adozione a maggioranza qualificata di una direttiva, qualora la stessa incida su aspetti fondamentali del suo ordinamento giudiziario penale<sup>25</sup>.

## 2.2. Il procedimento legislativo ordinario

Vi è chi ritiene che l'estensione del ruolo del Parlamento attraverso il riconoscimento della procedura ordinaria quale meccanismo generale di adozione degli atti legislativi dell'Unione, in particolare per la materia penale – al di là delle ipotesi in cui vi sarà la possibilità di adottare direttive di armonizzazione mediante procedure speciali<sup>26</sup> – abbia finalmente consentito di superare gli ostacoli ad intervenire con opzioni politico-criminali e rappresenti l'*argomento forte*, il *passo avanti decisivo* compiuto dalle istituzioni europee nel percorso di legittimazione democratica, in grado di vincere le residue resistenze al riconoscimento di una potestà penale europea *anche* diretta.

Proprio su questo snodo occorre soffermarsi, per riflettere sul ruolo effettivamente ri-

<sup>24</sup> Di sicuro interesse appare in proposito la Comunicazione COM (2011) 573 del 20 settembre 2011, intitolata “*Verso una politica criminale europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione europea attraverso il diritto penale*” (*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the Regions - Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law*; scaricabile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con scheda di commento di E. NICOSIA), nella quale la Commissione europea ha presentato le sue *linee guida* per lo sviluppo futuro della politica criminale dell'Unione europea, esplicitando una serie di i criteri in base ai quali l'Unione europea deciderà in futuro *se, come e quando* ricorrere al diritto penale, nell'ambito delle competenze riconosciute dal Trattato di Lisbona, per garantire l'efficace attuazione delle sue politiche nelle diverse materie di sua competenza.

<sup>25</sup> Sul ruolo del Parlamento europeo, anche in rapporto a quello dei Parlamenti nazionali, tra i vari lavori, si segnalano R. MASTROIANNI, *Procedimento legislativo comunitario e ruolo dei Parlamenti nazionali: è davvero un passo avanti?*, in *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati*, a cura di C. DECARO e N. LUPO, Roma, 2009, p. 339 ss. e C. FASONE - N. LUPO, *Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 329 ss.

<sup>26</sup> Nel caso in cui cioè le misure di armonizzazione extrapenale di cui le direttive penali mirano a garantire l'efficacia siano adottate con procedure legislative speciali, nelle quali il Parlamento vede ancor più attenuate le proprie prerogative, limitandosi ad essere consultato, senza alcuna potenzialità di veto; si tratta di ipotesi ancor più carenti di legittimazione democratica, come riconosciuto anche da C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 120 ss., il quale tuttavia ritiene che l'adozione di una direttiva attraverso procedure diverse da quella ordinaria rappresenti un'eventualità piuttosto improbabile (seppure non impossibile), proprio in virtù del meccanismo di “equiparazione delle procedure”, che renderà nella grande maggioranza dei casi obbligatoria l'adozione della procedura ordinaria anche per la direttiva di armonizzazione penale”.

vestito dall'istituzione parlamentare nel contesto dell'attuale processo legislativo europeo. Nell'economia del discorso, è utile riepilogare gli essenziali profili procedurali tracciati all'art. 294 TFUE, con l'avvertenza che, essendo la *procedura legislativa ordinaria* in gran parte ricalcata sul modello della già nota *codecisione*<sup>27</sup>, in questa sede i due termini saranno utilizzati quali sinonimi.

Schematizzando: in una prima fase la Commissione presenta una proposta al Consiglio e al Parlamento europeo, a fronte della quale – *prima lettura* – il Parlamento adotta la sua posizione e la trasmette al Consiglio; se questi l'approva, l'atto in questione è adottato nella formulazione che corrisponde alla posizione del Parlamento europeo. Se invece il Consiglio non l'approva, adotta una sua posizione e la trasmette al Parlamento europeo, informandolo esaurientemente dei motivi che l'hanno a ciò determinato.

A questo punto – *seconda lettura* – il Parlamento europeo, entro tre mesi dalla comunicazione, può: *a*) approvare la posizione del Consiglio o non pronunciarsi, ed allora l'atto si considera adottato (nella formulazione che corrisponde alla posizione del Consiglio); *b*) respingere, a maggioranza dei membri che lo compongono, la posizione del Consiglio e in tal caso l'atto proposto si considera non adottato; *c*) proporre, sempre a maggioranza dei membri che lo compongono, emendamenti alla posizione del Consiglio, ed il testo così emendato viene comunicato al Consiglio e alla Commissione che formula un parere su tali emendamenti. Entro altri tre mesi dal ricevimento degli emendamenti del Parlamento europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può approvare tutti gli emendamenti, e dunque l'atto si considera adottato; in caso contrario, il presidente del Consiglio, d'intesa con il presidente del Parlamento europeo, convoca entro sei settimane il Comitato di conciliazione. Si tratta di una struttura paritetica, composta da membri o rappresentanti del Consiglio e da rappresentanti del Parlamento europeo, che ha il compito di giungere ad un accordo su un progetto comune a maggioranza qualificata dei membri del Consiglio o dei loro rappresentanti e a maggioranza dei membri rappresentanti il Parlamento europeo entro un termine di sei settimane dalla convocazione, basandosi sulle posizioni del Parlamento europeo e del Consiglio in seconda lettura.

Se entro tale termine il Comitato non approva un progetto comune, l'atto in questione si considera non adottato. Se invece – e siamo alla *terza lettura* – il Comitato lo approva, il Parlamento e il Consiglio dispongono ciascuno di un ulteriore termine di sei settimane dall'approvazione per adottare l'atto in base al progetto comune; il Parlamento europeo delibera a maggioranza dei voti espressi e il Consiglio a maggioranza qualificata. In mancanza di una decisione, l'atto si considera non adottato.

Al di là della evidente complessità e farraginosità del procedimento, l'interrogativo da porsi è se la procedura, così congegnata, sia conforme, ed in che misura, ai principi procedurali di garanzia tipici di una democrazia rappresentativa, incentrata sulla capacità di con-

<sup>27</sup> Una distinzione tra la procedura di *codecisione*, di cui all'art. 251 TCE, e la procedura *ordinaria* di cui all'art. 294 TFUE, con accenti critici sui passi avanti che quest'ultima avrebbe introdotto nel cammino di democratizzazione del procedimento legislativo europeo, in C. SIMONCINI, *I limiti del coinvolgimento del Parlamento europeo nei processi di decisione normativa*, in *Riv. dir. pubbl. comun.*, 2009, p. 1224 ss.

fronto tra forze politiche disomogenee. In altri termini, ci si chiede se gli atti *penali* europei che ne possono scaturire siano realmente espressione di una dialettica tra maggioranza e opposizione, sottoposti al vaglio di un organo legittimato che, in quanto rappresentativo, appaia capace di effettuare scelte di incriminazione in aderenza al fondamento di garanzia del *nullum crimen sine lege*, in quel “rapporto di consenso rigorosamente democratico tra i cittadini e l’organo che detiene tale potestà”<sup>28</sup>.

### 2.3. È sufficiente una codecisione in democrazia?

Ciò che da subito risalta è una macroscopica lacuna in termini di garanzia sostanziale, collegata al fatto che il Parlamento europeo è sì titolare di un *potere propositivo di emendamenti*, ma è del tutto privo del potere di *iniziativa legislativa*<sup>29</sup>, l’unico davvero espressivo della capacità di ponderazione di valori ed interessi meritevoli di tutela e di regolamentazione a livello primario, tuttavia ancora oggi affidato alla Commissione<sup>30</sup>. Si può parlare di una sorta di ‘partenariato speciale’ tra il Parlamento e la Commissione, in una sovrapposizione di piani e competenze tra poteri tradizionalmente distinti, che si traduce nella sola *possibilità di condizionamento* del primo sulla seconda, o al più in una funzione interdittiva, dovendo la Commissione semplicemente “tenere conto anche delle posizioni del Parlamento per avere maggiori *chances* a che la sua proposta sia portata avanti nei termini dalla stessa confezionati”<sup>31</sup>. La procedura di codecisione, in sostanza, prevedendo l’adozione congiunta dell’atto da parte del Consiglio e del Parlamento europeo, non fa altro che riconoscere a quest’ultimo un mero *potere di veto*, senza che, in assenza dell’accordo del Consiglio, possa in alcun modo orientare l’azione dell’Unione secondo il suo volere, come una reale democrazia rappresentativa richiederebbe<sup>32</sup>. È l’idea stessa della codecisione a svelare in materia penale un’insanabile incoerenza di fondo, giacché “in democrazia solo i rappresentanti del popolo possono decidere legittimamente – e non “co-decidere” – in relazione alla limitazione dei diritti fondamentali dell’individuo: libertà, personalità, dignità che vengono normalmente in questione nei rapporti di diritto penale”<sup>33</sup>.

Non meno significative appaiono anche le riserve sulla *capacità rappresentativa* del Par-

<sup>28</sup> M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., p. 27.

<sup>29</sup> C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 254 ss.; ID., *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, in *questa rivista*, 2007, p. 396 ss.; L. MAGI, *Attribuzione alla “nuova” unione di poteri normativi in materia penale nonostante un persistente deficit democratico: possibile contrasto con il principio costituzionale di riserva di legge?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 1545 ss.

<sup>30</sup> In questo senso, C. PAONESSA, *L’avanzamento del “diritto penale europeo” dopo il Trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, I, c. 315 ss.

<sup>31</sup> S. SASSI, *I rappresentanti di interessi nel contesto europeo*, Milano, 2012, p. 83.

<sup>32</sup> U. DRAETTA, *I principi democratici dell’Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2008, p. 515 ss.

<sup>33</sup> S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 929 e, in precedenza, ID., *La politica criminale del Corpus juris: dal Corpus juris al diritto penale europeo?*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1425 ss.

lamento europeo<sup>34</sup>, non solo in ragione della inadeguatezza allo scopo dei meccanismi di voto e della segnalata scarsa incidenza sulla decisione finale, ma anche per una duplice, ontologica carenza: anzitutto, di una vera e propria potenzialità dialettica interna<sup>35</sup>, che sia riconducibile ad un modello di contrapposizione argomentativa tra maggioranza che propone ed opposizione che controlla, interloquisce e si confronta; inoltre, di una sfera pubblica e di un popolo europeo, “in seno al quale maturino le istanze di tutela ed i comuni giudizi di disvalore sottesi a tali istanze”<sup>36</sup>; lacuna peraltro colmabile solo attraverso una radicale politica di integrazione sociale, e non solo economica<sup>37</sup>. Siamo ben lontani quindi da un’effettiva pienezza di poteri riconosciuti all’Assemblea parlamentare<sup>38</sup>, allo stato ancora incapace di far sì che il voto degli elettori sia in grado di influenzare significativamente le scelte adottate a livello europeo<sup>39</sup>. L’inevitabile effetto che ne può scaturire è quello della produzione di un diritto penale “a vocazione universale”, che “tende ad ignorare la realtà e le esigenze di quel *demos* nazionale in nome del quale è stata eretta la garantistica fortezza della legalità penale”<sup>40</sup>.

Né, peraltro, si può cogliere un segnale risolutivo in chiave di garanzia nella c.d. *clausola di salvaguardia* (o freno di emergenza) di cui all’art. 83.3. TFUE, che come detto consente ad uno Stato membro di determinare la sospensione della procedura legislativa ordinaria qualora ritenga che l’atto in corso di adozione si ponga in contrasto con un aspetto fondamentale del proprio ordinamento giuridico<sup>41</sup>; invero, la gestione di tale strumento oblitera il ruolo delle assemblee legislative interne, venendo attribuito “soltanto ai membri del Consiglio – ovvero a rappresentanti di ciascuno Stato membro a livello ministeriale

<sup>34</sup> Per un puntuale compendio delle quali, appare davvero formativa la lettura della richiamata sentenza del 30 giugno 2009 del *BundesVerfassungsgericht*, nella quale – come è noto – si è ravvisata all’interno del sistema europeo una profonda lesione del principio democratico e del sistema di rappresentanza interna proprio per il criterio adottato dal trattato in ordine alla composizione del Parlamento europeo.

<sup>35</sup> Da taluno ritenuta addirittura un “punto di forza, e non di debolezza, dell’organo rappresentativo dell’Unione” (C. GRANDI, *Le «qualità» della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 396).

<sup>36</sup> R. SICURELLA, «*Prove tecniche» per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale*, cit., p. 19.

<sup>37</sup> In questa prospettiva, si vedano le recenti e stimolanti riflessioni, da angolature differenti (ma tutte a sfondo problematico), di J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2012, p. 45 ss., di U. BECK, *La crisi dell’Europa*, Bologna, 2012, p. 9 ss., di V. KLAUS, *Integrazione europea senza illusioni*, Milano, 2012, p. 95 ss.; Z. BAUMAN, *L’Europa è un’avventura*, Roma-Bari, 2012, p. 143 ss.; di H. M. ENZENSBERGER, *Il mostro buono di Bruxelles. Ovvero l’Europa sotto tutela*, Torino, 2013, p. 28 ss. e di E. MORIN - M. CERUTI, *La nostra Europa*, Milano, 2013, p. 37 ss.

<sup>38</sup> Come evidenziato da P. PIRODDI, *Il Parlamento europeo nel Trattato di Lisbona tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, p. 810.

<sup>39</sup> M. P. IADICICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell’ordinamento interno e comunitario*, Torino, 2006, p. 177 ss.

<sup>40</sup> F. PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011, p. 38.

<sup>41</sup> Così, ad esempio, R. SICURELLA, «*Prove tecniche» per una metodologia dell’esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale*, cit., p. 20 ss.

competente per la materia trattata – il potere di chiedere che (...) sia investito della questione il Consiglio europeo, composto dai capi di Stato o di governo degli Stati membri, dal suo presidente e dal presidente della Commissione”<sup>42</sup>.

In definitiva, può dirsi che non basta e non può bastare prevedere una codecisione, se è vero – come si è tentato di dimostrare – che il modello così delineato manca dei requisiti minimi per corrispondere alla *ratio* garantista della riserva di legge<sup>43</sup>: è del tutto sfumata, relegata sullo sfondo, la necessità di *tenere a debita distanza* dalle scelte di criminalizzazione quello che corrisponde, a livello sovranazionale, all’espressione del potere esecutivo, respingendone i possibili sconfinamenti e rimettendo al potere dotato di piena legittimazione democratica, quello legislativo, il monopolio normativo penale<sup>44</sup>. Nella medesima direzione culturale va a collocarsi anche la ormai celebre e più volte richiamata sentenza del 30 giugno 2009 con cui il *BundesVerfassungsGericht* si è pronunciato sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la Legge Fondamentale tedesca, riconoscendo esplicitamente che materie come quella dell’amministrazione del diritto penale appartengono al regime di inalienabilità del potere costituente e della sovranità, non mancando di rimarcare il ruolo fondamentale svolto dalle procedure parlamentari di decisione democratica riguardo a meritevolezza di pena dei comportamenti punibili, rango del bene giuridico tutelato, significato e misura della minaccia penale (§ 253).

Manca di reale significatività a livello europeo il pilastro su cui poggiano le compiute architetture democratiche, e cioè il presupposto che le decisioni politico-criminali siano frutto di una scelta dialettica, che solo attraverso le potenzialità discorsive che maturano nelle sedi elettive può germogliare. Da questo punto di vista, appare lontana l’emersione “nell’ambito delle relazioni fra i massimi organi di direzione politica dell’Unione di un rapporto fra maggioranza e opposizione in qualche modo comparabile con quello presente nelle democrazie degli Stati membri”, e vengono ad assumere nella vita istituzionale dell’Unione una sempre più rilevante incidenza istanze di carattere non politico e tipicamente antimaggioritarie, di stampo burocratico ed economico<sup>45</sup>, che si convertono in decisioni *tecniche* e, in quanto tali, per definizione *irresponsabili*, con gli annessi rischi di entropia democratica che, dinanzi all’esigenza di supportare un percorso di sviluppo ampio e complesso cui l’Unione sta andando incontro, assumono dimensioni macroscopiche.

In ogni caso, si è osservato, “anche quando non sono meramente (o anche solo apparentemente) tecniche, le decisioni comunitarie non innescano i meccanismi tipici della responsabilità politica, per la semplice ragione che la Commissione (ammesso che si tratti del vero esecutivo comunitario) e il Parlamento europeo non sono legati dal medesimo

<sup>42</sup> C. PAONESSA, *L’advanzamento del “diritto penale europeo” dopo il Trattato di Lisbona*, cit., c. 315; Id., *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 253.

<sup>43</sup> In questo senso anche E. MEZZETTI, *L’internazionalizzazione della legge penale*, in *La legge penale*, cit., p. 173.

<sup>44</sup> In tal senso, già F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 245 ss.

<sup>45</sup> G. RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa. Ordinamenti europei a confronto*, Bologna, 2012, p. 329 ss.

rapporto fiduciario che invece stringe i governi alle assemblee rappresentative nelle forme di governo parlamentari”; del resto, ogni volta che si nega il persistente *deficit* democratico delle istituzioni europee, “osservando che il Parlamento europeo viene eletto dai cittadini dei singoli Stati e che gli altri organi comunitari hanno comunque una legittimazione democratica indiretta, si trascura l’elemento essenziale della responsabilità politica: non può avere un rendimento democraticamente soddisfacente un sistema che non rende politicamente responsabili, di fronte al corpo elettorale, i titolari di poteri di decisione politica”<sup>46</sup>. A ben poco può valere anche il richiamo alla possibile responsabilità politica di ciascun membro del Consiglio europeo dinanzi al proprio Parlamento nazionale (in quanto Capo di Stato o di Governo o membro del Governo nazionale), dal momento che – come è stato messo in evidenza – “la forma di responsabilità cui si fa riferimento è quella inerente al perseguimento degli interessi nazionali e non quelli dell’Unione europea”<sup>47</sup>. Tanto più considerando che, in un vero e proprio triangolo istituzionale, tanto il Consiglio quanto la Commissione “continuano ad essere sottratti al controllo politico del Parlamento europeo, ovvero dell’unico organo dotato di rappresentatività democratica diretta in seno all’Unione” ed oltretutto “l’aver aumentato il potere del Parlamento europeo in funzione del maggior numero di materie per le quali si ricorre alla procedura di codecisione non ha comportato una conseguente e necessaria configurazione di questa Istituzione alla stregua di una assemblea legislativa assimilabile, in buona misura, al modello dei Parlamenti nazionali attraverso un corrispondente indebolimento del potere decisionale del Consiglio”<sup>48</sup>.

Non è un caso se di recente si è osservato come, “sotto il profilo della riserva di legge, in realtà, la procedura legislativa ordinaria non si discosterebbe da quella che, nel nostro ordinamento, porta all’emanazione di leggi mediante decretazione d’urgenza e dal decreto legislativo”, pur traendone spunto per sostenere che, di conseguenza, “il cosiddetto *deficit* democratico sembra un ostacolo non più insormontabile per configurare una potestà legislativa penale in capo alla UE”, atteso che “non pare sia più spendibile una lettura eccessivamente restrittiva dell’art. 25, 2 co., Cost.”<sup>49</sup>.

In realtà, in una sorta di eterogenesi dei fini, l’argomento offre spunti ulteriori in senso diametralmente opposto. Infatti, senza volersi addentrare nella tematica relativa alla compatibilità degli atti aventi forza di legge con la materia penale, ed in particolare a quelli relativi alla delega legislativa<sup>50</sup>, si può comunque replicare che la procedura attraverso la quale si giunge all’emanazione di decreti legge e decreti legislativi si discosta strutturalmente dal modello di codecisione, almeno nei suoi tratti essenziali, implicando un differente ruolo dell’organo rappresentativo, il quale semmai *volontariamente* o *per inerzia* sminuisce

<sup>46</sup> M. LUCIANI, *Integrazione europea, sovranità statale e sovranità popolare*, in *XXI Secolo. Norme e idee*, Roma, 2009, p. 344.

<sup>47</sup> C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 255 ss.

<sup>48</sup> A. L. VALVO, *Il Trattato di Lisbona e l’irrisolta questione del deficit di democrazia*, cit., p. 98.

<sup>49</sup> Da parte di G. SALCUNI, *L’europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, p. 461 ss.

<sup>50</sup> Sui quali, sia consentito rinviare a C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 171 ss.

le prerogative che pure la Costituzione gli riconosce (come, ad esempio, laddove faccia ricorso alla predisposizione di principi e criteri direttivi vaghi nella delegazione legislativa). Inoltre, è lo stesso paradigma del diritto penale governativo, portato a modello di riferimento, ad apparire ampiamente insufficiente ad assicurare la *ratio* di garanzia della riserva di legge in materia penale, giacché una lettura *forte* dell'art. 25, co. 2 Cost., come si è sin qui tentato di dimostrare, non solo è ancora spendibile, ma addirittura auspicabile, qualora si concordi che il fondamento di garanzia che sta alla base della legalità penale conservi una perdurante vitalità<sup>51</sup>.

#### 2.4. *La marginalizzazione della fase discendente e la nuova legge di delegazione europea*

Una possibile strada alternativa, circoscritta a livello nazionale, potrebbe essere quella di valorizzare il margine di manovra del Parlamento nazionale nell'ambito della c.d. fase *discendente*. Tuttavia, come è ben noto, tale passaggio, che dovrebbe offrire piena legittimazione interna alle scelte di politica criminale compiute in sede sovranazionale, ha sino ad oggi offerto risposte poco soddisfacenti, in virtù della problematicità e della dubbia idoneità dello strumento attraverso il quale le opzioni sovranazionali di politica criminale contenute nelle direttive irrompono nell'ordinamento nazionale.

In estrema sintesi, già sul finire degli anni '80 si è ritenuto di poter temperare le esigenze di attuazione delle direttive e di rispetto della sovranità parlamentare attraverso lo schema dell'*atto interno di recepimento*. A tal fine, la strada prescelta è stata quella della c.d. *legge comunitaria*, che, disciplinata dapprima con legge 9 marzo 1989 n. 86 (c.d. legge *La Pergola*) e quindi con legge 4 febbraio 2005, n. 11 (c.d. legge *Buttiglione*), ha sostanzialmente rimesso al singolo provvedimento annuale l'onere di graduare l'uso delle diverse tecniche normative, tenendo conto soprattutto della natura dell'adempimento<sup>52</sup>. Laddove vi fossero da introdurre norme penali, si è sempre optato per il ricorso ad una delega al Governo; il che ha potenziato tutte le perplessità sollevate a proposito dei decreti delegati quali fonti di norme penali, se possibile ulteriormente accentuate dalla discutibile scelta di rendere la legge comunitaria una sorta di "contenitore di disposizioni eterogenee, connesse solo da un legame labile o pretestuoso con il fine della conformazione dell'ordinamento agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea"<sup>53</sup>, con l'effetto di allungare in maniera sproporzionata l'*iter* di approvazione<sup>54</sup>. Così, non stupisce che la dottrina costituzio-

<sup>51</sup> Come ribadito, ancora una volta e di recente, e con particolare riferimento anche ai fondamenti procedurali di garanzia, dalla Corte costituzionale, nella sentenza 12 ottobre 2012, n. 230 (in *www.penalecontemporaneo.it*).

<sup>52</sup> Ricostruiscono esaustivamente finalità, caratteristiche e limiti della legge comunitaria M. CARTABIA - M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, 2011, p. 101 ss.

<sup>53</sup> E. COTTU, *Morte e trasfigurazione di una legge comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, p. 1383.

<sup>54</sup> L'esame parlamentare del disegno di legge comunitaria è ricostruito con precisione in R. DICKMANN, *Il Parlamento italiano*, Napoli, 2011, p. 184 ss.

nalistica abbia mostrato da subito forti perplessità, denunciando il rischio di un radicale stravolgimento della fisiologia dei rapporti tra potere esecutivo e potere legislativo nella fase di attuazione *per delega* degli obblighi comunitari, risultando il Parlamento “del tutto estraneo al circuito decisionale, che si esaurisce tra le istituzioni comunitarie e l’esecutivo nazionale”<sup>55</sup>, e venendosi ad ingenerare il paradosso “in cui l’esecutivo, partecipando al Consiglio della comunità, detterebbe a se stesso i principi e i limiti cui attenersi nell’esercizio della legislazione delegata”<sup>56</sup>. Sono, infatti, proprio le direttive richiamate dalla legge di delega a fissare, seppure in via *formalmente* mediata, i principi ed i criteri direttivi, a divenire cioè la “vera fonte dei principi sostanziali ai quali devono uniformarsi i decreti legislativi”<sup>57</sup>.

Né peraltro tali guasti sono stati in alcun modo ovviati dalla recente riforma apportata dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234, recante “*Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea*”<sup>58</sup>. In termini generali, il provvedimento innova, sostituendola integralmente, la legge n. 11 del 2005, introducendo una riforma organica delle norme che regolano la partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa europea, in ragione delle modifiche nel frattempo intervenute nell’assetto dell’Unione europea a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. La legge, che si compone di ben 61 articoli, divisi in nove capi, ambisce ad incidere tanto sulla formazione del diritto Ue (fase *ascendente*), quanto sugli adempimenti degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione (fase *discendente*).

Per quanto concerne quest’ultima, si è operata una riorganizzazione del processo di recepimento della normativa europea, con lo sdoppiamento della (ormai *ex*) legge comunitaria in due distinti provvedimenti: la *legge di delegazione europea*, da presentare alle Camere entro il 28 febbraio di ogni anno, il cui contenuto sarà limitato alle disposizioni di delega necessarie per il recepimento delle direttive comunitarie, e la *legge europea* che, più in generale, conterrà disposizioni volte a garantire l’adeguamento dell’ordinamento interno a quello europeo e per la quale non viene stabilito un termine specifico di presentazione, essendo questa eventuale, ma non necessaria. Più in particolare, l’art. 31 disciplina la procedura per l’esercizio delle deleghe conferite al Governo, l’art. 32 detta i principi ed i criteri generali di delega e l’art. 33 regola la delega per la disciplina sanzionatoria di violazioni di atti normativi europei.

<sup>55</sup> M. CARTABIA, *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2044 ss.

<sup>56</sup> Ancora M. CARTABIA, *Principi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*, cit., p. 2051.

<sup>57</sup> A. BONOMI, *Le leggi comunitarie e la delimitazione dei principi e dei criteri direttivi per rinvio alle direttive comunitarie nelle materie coperte da riserva di legge (aspetti problematici)*, in *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all’analisi delle deleghe legislative nella XIV e XV legislatura*, a cura di E. ROSSI, Padova, 2009, p. 294.

<sup>58</sup> Un primo commento in A. ESPOSITO, *La legge 24 dicembre 2012, n. 234, sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea. Parte I – Riflessioni sul ruolo delle Camere*, in *www.federalismi.it*, n. 2/2012.

Orbene, in una prospettiva penalistica, va detto che i guasti connessi alla delegazione legislativa non possono dirsi sanati; anzi se possibile i profili patologici risultano addirittura aumentati a seguito della discutibile scelta di cristallizzare una volta per tutte – alla lettera *d*) del primo comma dell'art. 32 – un modello di principi e criteri sanzionatori di massima, così sottraendoli alle valutazioni annuali del Parlamento<sup>59</sup>. Il meccanismo risulta così affetto, sul piano applicativo, da un *vizio di fondo* difficilmente superabile, quello di accrescere in campo penale il *protagonismo* dell'esecutivo tipicamente connaturato all'istituto della delega. Infatti, nonostante l'intento di snellire, la legge di delegazione europea continuerà fisionomicamente a contenere una delega alla traduzione di direttive, le più eterogenee quanto alle materie disciplinate; e proprio questa eterogeneità fa sì che i criteri della *delega sanzionatoria*, pur in sé apprezzabili, non siano altro che *generalissimi principi orientativi di politica sanzionatoria*, come tali rimessi interamente all'esecutivo per la loro concretizzazione<sup>60</sup>: “principi e criteri assolutamente privi di contenuto precettivo, tendenzialmente tautologici, e sempre identici a se stessi”<sup>61</sup>.

L'estrema genericità dei criteri non può che tradursi allora in un ampliamento dei margini di discrezionalità rimessa al delegato, che coinvolge tanto la *facoltà* di scelta rimessa al Governo sull'*an* e sul *quomodo* del ricorso alla sanzione penale – e quindi la decisione circa la meritevolezza e il bisogno della pena in relazione ad un bene –, quanto la determinazione dell'apparato sanzionatorio. Se a tutto ciò si aggiunge la *tendenza delle direttive comunitarie a farsi sempre più stringenti e dettagliate* per quanto riguarda il profilo sanzionatorio in genere, e penale in specie, ci si può facilmente rendere conto di come la produzione

<sup>59</sup> Basti riflettere, in proposito, sul tenore dell'art. 32, co. 1, lett. *d*) e alla vaghezza dei parametri cui il Governo è tenuto ad attenersi nelle scelte di criminalizzazione delle infrazioni alle disposizioni dei decreti (richiamati anche all'art. 33 rispetto alle sanzioni per le violazioni di obblighi contenuti in direttive europee attuate in via regolamentare o amministrativa): “i casi in cui le infrazioni ledano o esponcano a pericolo *interessi costituzionalmente protetti*”; il riferimento alle “infrazioni che esponcano a pericolo o danneggino l'interesse protetto” o a quelle “che rechino un danno di particolare gravità”; la determinazione dell'entità delle sanzioni “tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto, di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza, nonché del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce”. È indicativo che anche la Corte costituzionale, pur all'interno di un atteggiamento estremamente cauto nel sindacato sui vizi di costituzionalità dei principi e criteri direttivi delle leggi delega, si sia spinta, con la sent. 28 febbraio 1997, n. 53 (in *Giur. cost.*, 1997, p. 484; nello stesso senso anche C. cost., sent. 30 dicembre 1998, n. 456, in *questa rivista*, 1999, p. 186 ss.), a stigmatizzare la scarsa precisione dei principi e criteri direttivi relativi alle sanzioni penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi delegati.

<sup>60</sup> Con riferimento alla legge 15 dicembre 2011, n. 217 (*Legge comunitaria 2010*), ed alle molteplici disfunzioni che tale meccanismo di adattamento interno lascia trasparire, coinvolgendo anche l'ambito della materia sanzionatoria, v. E. COTTU, *Morte e trasfigurazione di una legge comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, p. 1373 ss.

<sup>61</sup> Così E. STRADELLA, *Le deleghe legislative per finalità: il caso delle deleghe contenute nelle leggi comunitarie. Analisi delle deleghe comunitarie nella XIV e XV legislatura*, in *Le trasformazioni della delega legislativa*. p. 153.

comunitaria abbia finito nel complesso per comprimere il ruolo della volontà parlamentare in materia penale<sup>62</sup>. Basta scorrere il testo di una qualunque legge delega comunitaria, per cogliere i tratti di una delega tanto *generale* quanto *generica*, per lo più di mero rinvio ai contenuti delle direttive stesse; ciò è peraltro oggi riconosciuto esplicitamente dal primo comma dell'art. 32, nel riferimento ai principi e criteri direttivi "contenuti nelle direttive da attuare".

La democraticità delle scelte si trova stretta tra l'Unione europea, che reclama e assorbe le competenze penali degli Stati, e il Governo, che a sua volta assume ed ingloba la residua discrezionalità politico-criminale. L'erosione della legalità penale avviene così sia dall'*esterno*, tramite l'attrazione delle suddette competenze nazionali in favore della UE, sia dall'*interno*, in forza dell'azione dell'esecutivo, con uno spostamento patologico dell'opzione politico-criminale verso centri decisionali sempre più lontani dal fondamento democratico dell'organo rappresentativo<sup>63</sup>.

Appare allora chiaro che la *ritirata* del diritto interno, sia in sede di legge delega che di decreto delegato, a favore di quello europeo, da una parte esaspera il *deficit* di democraticità delle fonti sovranazionali e dall'altra accentua il distacco dai crismi costituzionali della delega legislativa, trattandosi di norme il cui contenuto è già stato predefinito al di fuori della legge (delega) parlamentare, senza alcun collegamento sostanziale con la stessa. Può allora dirsi che al *deficit* di legittimazione democratica sovranazionale si somma l'ulteriore *deficit* democratico interno<sup>64</sup>, per la congenita inidoneità dello strumento normativo prescelto, la delega, a salvaguardare le peculiarità della materia penale.

### 3. *Il ruolo del Parlamento europeo tra democrazia rappresentativa e democrazia deliberativa*

La somma dei fattori, così come sopra ricostruiti, denota una irrisolta problematicità. Non accontentarsi di un ruolo codecisorio dell'organo rappresentativo nelle scelte politico-criminali presuppone che si continui a ritenere insuperato il fondamento su cui si basa la valorizzazione della riserva di legge, e cioè la democrazia rappresentativa come sintesi ideale e praticabile di democrazia.

Di contro, è evidente che le impostazioni volte a ridimensionare la portata garantista della riserva di legge assembleare portano all'abbandono, più o meno esplicito, di tale modello, fondato sul prisma della irrinunciabilità della mediazione legislativa nella formalizza-

<sup>62</sup> F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 283.

<sup>63</sup> Nella medesima prospettiva, C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione*, cit., p. 131.

<sup>64</sup> Una vigorosa denuncia dei profili problematici connessi alla carenza di legittimazione degli organi europei con riferimento alle scelte di politica criminale, S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 922 ss. (spec. 929); ID., *La politica criminale del Corpus juris: dal Corpus juris al diritto penale europeo?*, in *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2004, p. 48 ss.

zione delle istanze politico criminali<sup>65</sup>. Così, enfatizzando (solo) gli innegabili guasti emersi dalla degenerazione della prassi, letti come fattori di irrimediabile crisi della esclusività del potere legislativo quale fonte del diritto penale, si arriva, in un eccesso di semplificazione, a ritenere che un modello di democrazia che ha palesato tali disfunzioni non vada esportato a livello sovranazionale<sup>66</sup>. L'effetto è quello di sminuire il ruolo di garanzia della fonte scritta a tutto vantaggio di canoni elastici di accessibilità e prevedibilità del diritto (nella sua accezione più ampia che ricomprende, oltre a quello scritto, anche quello di matrice giurisprudenziale). Il discorso, inevitabilmente, spinge nella direzione del pieno riconoscimento, talora ritenuto addirittura ineludibile, della giurisprudenza quale fonte del diritto, anche penale, con un ruolo quantomeno paritario rispetto alla legge<sup>67</sup>; un riconoscimento pieno, dunque, di quel ruolo di co-legislatore nei fatti già assunto<sup>68</sup>, che trova sostegno proprio a livello sovranazionale, ed in particolare nell'impossibilità di poter enucleare dal tenore dell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo una riserva di legge parlamentare; il che autorizzerebbe a ricondurre – oltre alla legge formale - anche la giurisprudenza nell'onnicomprendivo concetto di *diritto* cui la norma fa esplicito riferimento<sup>69</sup>, giungendosi ad una e propria trasfigurazione della riserva di legge in “riserva di diritto”<sup>70</sup>.

Ciò basterebbe, tornando sul terreno del diritto penale, a “revocare in dubbio, o quanto meno a problematizzare, l'idea che la riserva di legge sia realmente riuscita (anche in

<sup>65</sup> O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2269, recuperando la ricostruzione di M. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, 2009, p. 57 ss.; ancor più di recente, e nella medesima direzione, ID., *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 8 ss.; a conclusioni analoghe giunge anche G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 67.

<sup>66</sup> Si oppone a questa forma di semplificazione M. OLIVETTI, voce *Parlamenti nazionali nell'Unione europea*, cit., p. 502.

<sup>67</sup> È questo l'approdo, tutt'altro che rassicurante, raggiunto ad esempio dalle Sezioni unite della Cassazione, nella sentenza 12 settembre 2012, n. 34952 (in *Cass. pen.*, 2013, p. 52 ss.), la quale – nell'occuparsi della configurabilità del tentativo di rapina impropria – ha dedicato ampio spazio ai vincoli del giudice.

<sup>68</sup> Per tutti e da ultimo, G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 37 ss.; in senso critico, nella letteratura penalistica, F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, I, c. 259 ss.

<sup>69</sup> In questi termini, di recente, anche O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1478 ss. Sul riconoscimento della *giurisprudenza-fonte*, seppure all'esito di un percorso differente (fondato su una teoria delle norme giuridiche che, distinguendo tra *disposizioni* e *norme*, riconosce all'interprete uno spazio rilevante per ricavare le vere *norme* applicate dalle *disposizioni* astratte), anche M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale, Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, *passim* (ma spec. p. 51 ss.; 92 ss.); in precedenza, su basi ancora diverse, evidenziano il ruolo produttivo di un diritto vivente rispettoso dei diritti fondamentali della Corte di giustizia G. MANNOZZI - F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 916 ss.

<sup>70</sup> N. PARISI, *Ancora in tema di riconoscimento reciproco e principio di stretta legalità penale nell'Unione europea: lacune considerazioni a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, cit., p. 2254.

passato) ad assicurare la partecipazione democratica del cittadino alla scelta di politica criminale, almeno nei termini molto lineari ai quali la tradizione ci ha abituati<sup>71</sup>, cosicché degli scopi originari della riserva di legge residuerebbe oggi solo il meno rilevante profilo della salvaguardia delle condizioni di conoscibilità del precetto in vista dell'autodeterminazione del singolo, non già quello preminente, vale a dire la legittimazione autenticamente democratica delle scelte di politica penale<sup>72</sup>.

Pur ritenendo il quadro dipinto dalla dottrina (che potremmo definire) dell'*eclissi della riserva di legge* sostanzialmente veritiero – puntuale nella descrizione delle patologie della prassi parlamentare; dell'abuso della formazione governativa; delle interferenze delle fonti di c.d. *soft law* rispetto al nucleo duro del diritto e del rischio di manipolazione massmediatica del controllo della pubblica opinione e nella fotografia del disagio della legalità al cospetto dello stravolgimento dei confini del compito costituzionalmente attribuito al potere giudiziario, divenuto *codecisore* e *colegislatore*, anziché *solo* interprete – e nonostante la suggestione dell'argomentare, non si può celare l'impressione che una così radicale critica colpisca il bersaglio sbagliato, sovrapponendo la crisi del sistema *politico* (crisi *situazionale* e *locale*) a quella del sistema *democratico* (*strutturale* ed *universale*) e, più in generale, addirittura della democrazia rappresentativa<sup>73</sup>.

A nostro avviso, la crisi non riguarda il modello rappresentativo, bensì la credibilità *nella* e *della* politica odierna<sup>74</sup>, incarnata plasticamente dalla autoreferenzialità in cui sembra imprigionato il sistema politico, dal sempre più preoccupante accentuarsi della separatezza dei partiti dalla società<sup>75</sup> e dalla inevitabile e sempre crescente sfiducia dei cittadini che

<sup>71</sup> O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2268.

<sup>72</sup> O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2270.

<sup>73</sup> Sulla fisionomia ed i meccanismi delle trasformazioni istituzionali degli ultimi anni, indagati attraverso l'esame del sistema politico globale, della moderna struttura della rappresentanza politica, i mutamenti della forma partito e la comparsa di nuovi attori postpolitici, M. PROSPERO, *Politica e società globale*, Roma-Bari, 2004, p. 82 ss. (con specifico riferimento a "rappresentanza e governabilità" ed al "crepuscolo del Parlamento"), nonché, ovviamente, C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2003, *passim* (spec. p. 79 ss.).

<sup>74</sup> Con lucidità analizza il fenomeno, da ultimo, G. RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa*, cit., p. 203 ss., nonché, con la consueta forza evocativa, L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, p. 174.

<sup>75</sup> Crisi che se se non prontamente fronteggiata, rischia di debordare verso forme di populismo e/o antipolitica, oggi pericolosamente alle porte, col rischio addirittura di regressi a forme di vera e propria demofobia. Sul tema, la bibliografia è talmente vasta e poliedrica da non poterne dare neanche una rassegna di massima; limitandoci perciò solo ad alcuni degli ultimissimi lavori, con particolare riferimento al contesto italiano v. C. GALLI, *L'Italia tra tecnocrazia, astensionismo e grillismo*, in *Italianieuropei*, 7/2012, p. 17 ss., nonché N. URBINATI, *La retorica dell'antipolitica*, ivi, p. 26 ss. e ID., *La rinascita della politica*, ivi, 2/2013, p. 35 ss.; copiosa ovviamente anche l'analisi delle cause della trasformazione prima e del declino poi dei partiti; si vedano, ad esempio, L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, 2011, p. 33 ss.; P. IGNAZI, *Forza senza legittimità. Il vicolo cieco dei partiti*, Roma-Bari, 2012, p. 16 ss.; M. PROSPERO, *Il Partito politico. Teorie e modelli*, Roma, 2012, p. 31 ss.; M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino, 2013, p. 10 ss.; G. PASQUINO, *Finale di partita. Tramonto di una Repubblica*, Milano, 2013, p. 67 ss.

ne consegue. Una carenza di rappresentanza legata alla contingenza del sistema partitico, quindi; e come tale emendabile attraverso un rafforzamento della partecipazione politica, migliorando il meccanismo elettorale e abbandonando “il mito della governabilità a tutti i costi e la perversione tecnocratica che hanno imposto leggi elettorali sempre più complesse (...) e sempre meno espressive di una rappresentanza reale”<sup>76</sup>, così da consentire l’effettiva attivazione di quel penetrante sindacato di responsabilità politica che accresce il livello di partecipazione democratica in seno all’organo rappresentativo, riattivando in un quadro di *democrazia coinvolgente* l’imprescindibile dinamica circolare del rapporto tra elettori ed eletti che sembra del tutto assente dal contesto istituzionale europeo e senza la quale si assottiglia pericolosamente il confine con ipotesi di aristocratica tecnocrazia<sup>77</sup>.

Peraltro, l’esigenza di adeguare o tentare di adeguare gli istituti giuridici alle mutazioni che si producono continuamente negli assetti sociali e politici e ne mutano profondamente il senso e la funzione porta ad escludere che debba essere riproposto a livello sovranazionale un modello esattamente identico – inemendato dai guasti e dalle distorsioni della contingenza interna –, potendosi invece ben immaginare uno schema che, non riducendo il ruolo delle assemblee negli angusti confini di una mera codecisione, si adatti all’insopprimibile esigenza di effettività della partecipazione e della connessa responsabilità politica. Anzi, con tutta probabilità proprio un incremento del ruolo parlamentare in politiche come quelle legate allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia *politicizzerà* le scelte dell’Unione, attivando un circuito politico ed una comunità dialettica a base discorsiva, utile a fondare uno spirito partecipativo e a soddisfare il bisogno di rappresentanza a livello sovranazionale.

Per questa via, allora, si potrà anche ridimensionare la radicalità delle critiche al sistema di democrazia rappresentativa di chi auspica l’approdo ad un modello di *democrazia deliberativa*<sup>78</sup>, da intendersi quale processo di argomentazione e discussione che richiede che si instauri un confronto fra i punti di vista presenti nella società sul problema in discussione<sup>79</sup>,

<sup>76</sup> G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. V, sez. I. *Della democrazia e delle sue dinamiche*, Napoli, 2009, p. 1797.

<sup>77</sup> Il risvolto tecnico – o meglio *tecnocratico* – collegato a talune drastiche scelte in termini di rigore finanziario compiute dinanzi alla crisi economica degli ultimi anni a livello interno, ma su chiara dettatura sovranazionale, ha stimolato riflessioni critiche sul ruolo del costituzionalismo e del diritto costituzionale in rapporto ai paradigmi tradizionali della sovranità nazionale e del principio democratico; si vedano i contributi raccolti nel volume collettaneo *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, a cura di F. ANGELINI - M. BENVENUTI, Napoli, 2012, nonché il lavoro monografico di G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, *passim* (ma spec. p. 89 ss.).

<sup>78</sup> O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2270.

<sup>79</sup> F. RANIOLO, *Partecipazione politica e qualità della democrazia*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 19, Torino, 2009, p. 118; per un quadro definitorio, con ampi riferimenti alle differenti sfumature che connotano democrazia deliberativa e democrazia partecipativa, M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006, p. 68 ss.; U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, Milano, 2011, p. 295 ss.; v. V. PAZÉ, *Partecipazione, deliberazione e bene comune*,

avendo cioè come obiettivo “non già il mero aggregato di preferenze individuali, ma una seria capacità di discussione e deliberazione pubblica”, pensando “in termini non di aumento delle categorie di persone che potrebbero essere titolate a partecipare politicamente (...), bensì di condizioni giustificative dell’*intesa*”<sup>80</sup>. Modello fluido, incentrato sulla valorizzazione della ‘qualità’ della partecipazione (che evidentemente si dovrebbe tradurre in decisioni ‘migliori’<sup>81</sup>), che implica fisiologicamente una selezione dei partecipanti alla deliberazione e che, a ben vedere, nonostante la solenne affermazione contenuta all’art. 10, par. 1, TUE (per la quale il funzionamento dell’Unione «si fonda sulla democrazia rappresentativa») <sup>82</sup>, costituisce il retroterra culturale della procedura di codecisione in campo politico-criminale<sup>83</sup>; un quadro ideologico entro cui collocare la figura di un Parlamento sovranazionale mero ‘interlocutore’ della Commissione, cui è rimessa l’ultima parola.

#### 4. *Il peso dei principi procedurali della democrazia penale*

Riepilogando i passaggi sin qui svolti e tirando le fila del discorso, possiamo provare a segnare alcuni punti fermi.

Ancora oggi l’Unione europea è priva di una potestà punitiva penale propria: “nonostante la notevole evoluzione del sistema giuridico europeo, il *deficit* democratico che ancora caratterizza gli organi e gli atti legislativi dell’Unione è tale che gli Stati, per ragioni costituzionali oltre che politiche, mal sopporterebbero una competenza penale propria dell’Unione”<sup>84</sup>. Ciò non esclude, tuttavia, una significativa incidenza sulle scelte politico-criminali degli Stati membri che, seppure formalmente indiretta, finisce per condizionare e limitare, sin quasi ad espropriare, le prerogative dei Parlamenti nazionali in materia penale. Si è peraltro visto come, con il Trattato di Lisbona, si siano ampliati i margini di influenza europea in materia penale senza che si siano al contempo resi *davvero* conformi a *standard* di garanzia democratica i meccanismi decisionali, ancora rimessi al ruolo egemone di organi privi di effettiva rappresentatività. Ancora, sul versante interno, rimane marginale l’apporto del Parlamento rispetto alla formazione del diritto europeo, sia nella fase ascendente che in quella discendente; in questo senso, la recente legge n. 234 del 2012 ha rappresentato un’occasione persa nel

in *Ragion pratica*, 2012, p. 563 ss.; A. Floridia, *La democrazia deliberativa: teorie, processi e sistemi*, Roma, 2012, p. 28 ss.; G. RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa*, cit., p. 42 ss.

<sup>80</sup> O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2272. Con particolare vigore argomentativo, C. R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2009, p. 15 ss.; ancora di recente, le sfumature (non sempre nitide) dei profili definitori della democrazia deliberativa sono stati ulteriormente approfonditi da R. BIFULCO, voce *Democrazia deliberativa*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, Milano, 2011, p. 271.

<sup>81</sup> V. PAZÈ, *Partecipazione, deliberazione e bene comune*, cit., p. 566.

<sup>82</sup> Sul quale, in senso dubitativo, U. DRAETTA, *I principi democratici dell’Unione europea nel Trattato di Lisbona*, cit., p. 515.

<sup>83</sup> In questo senso, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., p. 2272.

<sup>84</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, p. 130.

cammino di un serio potenziamento della capacità delle assemblee interne di incidere nelle deliberazioni sovranazionali.

Dinanzi alle tinte fosche di questo quadro, è forte la tentazione di cedere – come parte della dottrina sembra incline a fare – alla rassegnazione disincantata dinanzi ai guasti delle contingenti disfunzioni dell’attività parlamentare, così da revocare in dubbio il ruolo decisivo della legge parlamentare e superarne il significato di garanzia, lasciandolo sfumare nella sola conoscibilità e accessibilità della norma; passo successivo è la messa in discussione del modello di democrazia rappresentativa che ne è presupposto e base teorica. Senonché, credendo ancora nel senso della separazione dei poteri e nel tradizionale paradigma della democrazia rappresentativa, si può allontanare l’esigenza di un superamento del principio e delle sue declinazioni, tentando di recuperare il fondamento della riserva di legge – emendandola dei guasti del *contesto* e della *contingenza politica* attuale – e rilanciandone il ruolo ancora determinante *anche* nel diritto penale contemporaneo.

Seguendo questa strada, si è visto che in fondo, ancora oggi – o meglio: *ancora più oggi* –, la riserva di legge consente di garantire il valore della democraticità nelle scelte punitive, proprio perché – e nella misura in cui – esse rappresentano il portato di un confronto dialettico tra le diverse forze politiche che animano l’organo parlamentare, direttamente rappresentative della sovranità popolare. La riserva di legge continua ad assicurare che le scelte politico-criminali compiute – qualunque sia il loro contenuto – maturino attraverso il necessario vaglio di opzioni alternative e di argomenti antagonistici<sup>85</sup>.

L’*iter* legislativo – ridimensionato nel modello codecisorio a mero potere di veto – è *di per sé* fonte di garanzia, per la virtù dialogica che ne costituisce il fondamento e per la potenzialità democratica che si sprigiona nella funzione di controllo parlamentare, come funzione *condivisa* da maggioranza e opposizione, e cioè esercitata non solo dalle opposizioni ma anche dalla stessa maggioranza, che può porsi quale interlocutore ‘privilegiato’ per *far ragionare* il Governo<sup>86</sup>: l’asse portante della riserva di legge in materia penale sta proprio nell’assicurare efficacemente “sotto il profilo *procedurale* una possibilità di *controllo* democratico sulla legge”<sup>87</sup>. È questo il “*paradigma procedurale della democrazia parlamentare*” che indubbiamente “continua a fornire un valido fondamento di legittimazione della forma ‘classica’ di produzione del diritto penale: la legge”; modello che certamente “non va inteso in un mero, angusto proceduralismo formale – sia pure istituzionalizzato – povero di contenuti, bensì come un procedimento che in tanto può essere

<sup>85</sup> In questo senso, S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in AA.VV., *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER, Torino, 1996, p. 204; analogamente, E. DOLCINI, *Leggi penali ‘ad personam’, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 54.

<sup>86</sup> Sul tema, tra i molti, N. LUPO, *Alcuni dati e qualche considerazione sulle procedure (tradizionali e nuove) di controllo parlamentare*, in AA.VV., *Maggioranza e opposizioni nelle procedure parlamentari. Atti del ciclo di seminari svolto in collaborazione con il Senato della Repubblica e la Camera dei deputati*, a cura di E. ROSSI, Padova, 2004, p. 124.

<sup>87</sup> F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 2007, p. 1294; nello stesso senso, F. GIUNTA, voce *Riserva di legge*, in *Diritto penale. I dizionari sistematici*, a cura di F. GIUNTA, Milano, 2008, p. 42.

riconosciuto legittimo, in quanto materialmente orientato alla tutela ed al libero esercizio di diritti fondamentali ed al loro interno anche la libertà partecipativa dei consociati alla produzione del diritto”<sup>88</sup> e che, in questi termini, ancora oggi conserva intatta la sua portata garantista, soprattutto con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali, al cui apice vi è la libertà personale.

Torniamo ancora, nella circolarità argomentativa che delinea il percorso, al collegamento tra modello rappresentativo e modello procedurale; anzi, mutuando il titolo di un recente saggio, siamo giunti al punto di dare il giusto riconoscimento ai *principi procedurali della democrazia*<sup>89</sup> ed al correlato paradigma, fondato su una condivisione valoriale a monte, incentrata per l'appunto sulle modalità attraverso le quali decisioni di rilevanza collettiva vengono prese, più che sul loro merito o sul loro contenuto, che rientrano in profili di garanzia distinti e successivi. Come è stato bene osservato, le teorie procedurali della democrazia, ponendo l'accento sul *modo* in cui vengono prese le decisioni, “sono più adatte a giustificare la fedeltà al principio democratico dell'eguaglianza politica indipendentemente dalle circostanze contingenti che possono influire sugli esiti che essa è in grado di produrre”, a differenza delle giustificazioni strumentaliste, le quali “lasciano sempre aperta la possibilità che le istituzioni democratiche debbano essere abbandonate, o profondamente stravolte, qualora risultino inadeguate allo scopo”<sup>90</sup>; evenienza che palesa tutta la sua insidiosità, sol che si ponga mente alla varietà di circostanze e fattori in grado di influenzare i processi di scelta democratici ed i relativi esiti.

È dunque il procedimento legislativo che consente un effettivo coinvolgimento delle forze rappresentative nel momento di compiere le scelte di criminalizzazione, attraverso l'esercizio ed il riconoscimento della *pretesa* di esercitare un ruolo correlato allo svolgimento dell'indirizzo di governo; le forme giuridiche di tale legittimazione ed i suoi limiti non possono che coincidere con le – o, al più, derivare dalle – forme dei procedimenti assembleari<sup>91</sup>. Proprio in questa prospettiva, allora, i timidissimi passi avanti compiuti a livello europeo con il Trattato di Lisbona in relazione ai principi procedurali dell'organo rappresentativo assembleare non paiono sufficienti a ridurre la distanza dai principi costituzionali di garanzia fondanti il ‘nocciolo duro’ del nostro sistema penale, che l'odierno interventismo sovranazionale inevitabilmente palesa.

<sup>88</sup> S. MOCCIA, *Qualche considerazione su auctoritas doctorum e rispetto dei principi*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. INSOLERA, Bologna, 2005, p. 58.

<sup>89</sup> V. OTTONELLI, *I principi procedurali della democrazia*, Bologna, 2012.

<sup>90</sup> V. OTTONELLI, *I principi procedurali della democrazia*, cit., p. 8.

<sup>91</sup> L'impostazione procedimentale, con un recupero del nucleo rappresentativo attraverso il connubio rappresentanza – partecipazione politica – responsabilità e soprattutto con le richiamate garanzie dialettiche, consente di scansare il rischio di aprire la porta a tentazioni verso una “legislazione di qualità”, più consona “alla traduzione tecnica di scelte di valore già effettuate che all'effettuazione di tali scelte”, evocando una “concezione aristocratica dell'attività legislativa, che sostituisce al mito della democraticità della legge quello della sua qualità” (F. GIUNTA, voce *Riserva di legge*, cit., p. 42).

## 5. La strada per una possibile soluzione

La riserva di legge – letta, conformemente alla propria *ratio* ed alla propria origine, come presidio a tutela della divisione dei poteri, del principio democratico e della rappresentatività nelle scelte politico-criminali – presuppone la presenza di un organo rappresentativo il quale, all’esito di un percorso dialettico assicurato da taluni essenziali crismi procedurali, possa legittimamente imporre restrizioni al bene primario della libertà personale; il che non necessariamente implica di interpretarla anche (e solo) come riserva di legge *statale*, ma di certo come riserva di legge *democratica*, cioè promanante da un organo che ne incarni i caratteri costitutivi (tra cui, per l’appunto, la separazione dei poteri ed il limite all’intervento del potere esecutivo in materia penale).

In quest’ottica, ci si potrebbe anche spingere – nell’attesa, forse troppo ottimistica, che venga colmato ogni esiziale *deficit* di rappresentatività democratica – ad invocare l’art. 25 Cost. come *controlimita* (secondo l’accezione della categoria elaborata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana<sup>92</sup> ed anche alla luce della relativa recente *europizzazione*

<sup>92</sup> Con la dottrina dei controlimiti, esposta e perfezionata in tre sentenze ormai divenute storiche (e cioè la sent. 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2401 ss.; la sent. 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, *ivi*, 1984, p. 1098 ss. e la sent. 21 aprile 1989, n. 232, *Fragd*, *ivi*, p. 1101 ss.; importanti riferimenti, tra le altre, anche nelle sentenze “gemelle” 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 (*ivi*, 2007, p. 3475 ss.) e, ancor più di recente, nella sent. 24 giugno 2010, n. 227, *ivi*, 2010, p. 2598 ss.), la Corte costituzionale ha introdotto un peculiare congegno argomentativo di garanzia, destinato a fungere da ‘contropartita’ alle limitazioni di sovranità sofferte dall’ordinamento interno ed a conservare l’identità del tipo di Stato configurato dalla Costituzione. In questa prospettiva, le limitazioni alla sovranità sarebbero riconosciute ed accettate solo nella misura in cui non intacchino i principi fondamentali dell’ordinamento stesso ed i diritti inviolabili della persona umana, in sostanza quel “nucleo intangibile” rappresentato dai principi supremi dell’ordinamento costituzionale che, richiamando le parole della Corte (sent. 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Giur. cost.*, 1988, p. 5556 ss.), “non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali”; a tal fine la Corte, riservando al proprio esclusivo sindacato la protezione della intangibilità del nucleo essenziale dei diritti inalienabili della persona, delinea una sorta di *contrappeso* al primato ed all’effetto diretto del diritto sovranazionale, alla cui disponibilità pertanto vengono così sottratti alcuni valori costituzionali (nella vastissima bibliografia sul tema, ci si limita a rinviare per tutti al fondamentale lavoro di M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 95 ss.; più di recente, v. anche A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritti nazionali: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1309 ss., nonché U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo d’integrazione europea*, Napoli, 2011, p. 68 ss.; *Id.*, I «controlimiti» nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, p. 493 ss.; nella prospettiva penalistica, valorizzano il ruolo dei controlimiti in senso conforme a quanto sostenuto nel testo, in particolare, G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione del potere?*, Milano, 2003, p. 59 ss. (spec. p. 62); *Id.*, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 675 ss. e V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 448 ss.; *Id.*, *La disciplina interna del MAE tra fedeltà comunitaria e garanzie costituzionali: riflesso di una primauté solo tendenzialmente assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 112 ss.).

ne dei controlimiti<sup>93</sup>) rispetto a quelle limitazioni di sovranità che, pur coperte dagli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., non promanano da istituzioni sovranazionali legittimate ad imporre obblighi di criminalizzazione. Presupposto è che la riserva di legge rientri a pieno titolo tra i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale; principi che, in materia penale, investono tanto le regole tecnico-formali di produzione normativa, quanto i valori politico-criminali ad esse sottesi e per il loro tramite manifestati. Di più, può dirsi che alla riserva, nel suo fondamento, vada ascritto un ruolo primario, quale prerequisito che connota l'identità democratica nazionale e l'intero edificio dello Stato di diritto, "garanzia essenziale del rapporto tra autorità e libertà"<sup>94</sup>, intimamente connessa alla sovranità popolare ed al principio democratico<sup>95</sup>, tanto da poterla annoverare addirittura tra i diritti fon-

<sup>93</sup> È il richiamo esplicito al ruolo dell'identità nazionale contenuto in alcune significative norme sovranazionali che porta a riflettere sul possibile assorbimento dei controlimiti nel tessuto ordinamentale europeo. Il punto di riferimento è l'art. 4.2 TUE, a tenore del quale "l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale". Da tale disposizione si ricava il riconoscimento su scala europea dei controlimiti – dell'inviolabilità quindi dei principi costituzionali fondamentali di ogni Stato membro che ne costituiscono l'identità nazionale –, da cui poter inferire una vera e propria riserva di competenze statali in determinati, significativi settori (B. GUASTAFERRO, *Il rispetto delle identità nazionali nel Trattato di Lisbona tra riserva di competenze statali e "controlimiti europeizzati"*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 152 ss.; sul punto, v. anche S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté comunitaria*, in *Quad. cost.*, 2012, p. 538). Ma anche l'art. 6.3. TUE, che riconosce in maniera limpida che "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" (sul ruolo dell'art. 6 TUE, in particolare, S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., p. 929) e l'art. 67.1. TFUE, a tenore del quale lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene realizzato dall'Unione "nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri", indirizzano in maniera univoca nella medesima direzione: "dal quadro (forse più delimitato) dei principi e dei diritti fondamentali sanciti nelle Carte costituzionali nazionali, tali controlimiti si estendono ora ad una formula più ampia e generale dell'identità costituzionale nazionale – si direbbe perfino simbolica – ritrovando una nuova linfa e una nuova positivizzazione comunitaria" (S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté comunitaria*, cit., p. 538 ss.). In questa chiave, analoga funzione può essere riconosciuta anche alla clausola del *maggior livello di protezione dei diritti fondamentali* di cui all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza, del 7 dicembre 2000), ulteriormente rinvigorita in seguito all'incorporazione all'interno dei nuovi trattati, così da consentire ai Tribunali costituzionali, ove riscontrino che la Costituzione nazionale appresti uno *standard* di garanzia più elevato, di fare ricorso al relativo parametro, disapplicando la norma sovranazionale (A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritti nazionali: primauté vs. controlimiti*, cit., p. 1381): è questo il caso, in chiave di legittimazione democratica, anche della riserva di legge al cospetto di fonti europee provenienti da organi privi di reale rappresentatività.

<sup>94</sup> D. PULITANO, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, p. 170.

<sup>95</sup> Ancora attuali, in questo senso, le considerazioni di S. FOIS, *Sistema delle fonti e riserva di legge nel difficile incrocio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Atti del Seminario svoltosi a Roma il 15 e 16 ottobre 1990, Milano, 1991, p. 152 ss.

damentali dell'uomo<sup>96</sup>. Così, in ogni caso di conflitto tra una norma di derivazione europea ed un principio costituzionale interno, rafforzativo delle garanzie individuali, dovrà essere quest'ultimo a prevalere, quale controlimita che trova il suo fondamento non solo nell'art. 25 Cost., ma anche negli artt. 4.2. e 6.3. TUE e 67.1 TFUE<sup>97</sup>.

L'obiettivo non può che essere quello di riuscire a trovare un ragionevole punto di equilibrio tra le spinte verso l'europeizzazione dei sistemi penali e l'imprescindibilità di tenere ferma la garanzia della riserva di legge parlamentare, attraverso la cui salvaguardia si può giungere ad attenuare quella latente ed innegabile contraddizione di fondo che affiora nel rapporto tra diritto penale ed Unione europea, per cui l'espansione dell'esigenza di una politica criminale europea non ha proceduto di pari passo con l'altra che ne rappresenta il fondamento democratico, e cioè che la valutazione sui bisogni di pena e le relative opzioni siano appannaggio di un organo rappresentativo, in sintonia storica e culturale con il popolo rappresentato<sup>98</sup>.

In termini più generali, e con spirito di realismo, "s'impone la necessità politica di ampliare le procedure democratiche oltre i confini dello Stato nazionale"<sup>99</sup>; l'obiettivo penalistico di trovare una sintonia con la garanzia partecipativa che è alla base della riserva di legge può essere conseguito tentando di implementare, all'interno del disegno istituzionale dell'Unione, il principio della separazione dei poteri, affidando esclusivamente ad un organo democraticamente eletto il potere legislativo ed il controllo politico dell'esecutivo<sup>100</sup>. In tal modo, si arriverebbe finalmente ad incanalare la base fondante di ogni decisione in materia penale negli argini di un discorso politico, riconoscendo una volta per tutte che – oggi come ieri, e forse oggi *più* di ieri – la legittimazione del potere penale deriva dalla capacità di esprimere una maggioranza, ma anche e soprattutto una opposizione in grado di interloquire, controllare, denunciare, proporre, emendare, far cambiare idea: una forza portatrice di istanze propositive su base dialettica ed argomentativa, indispensabile momento di articolazione del dibattito sulle scelte politiche, e quindi *a fortiori* su quelle politico criminali.

La soluzione preferibile sarebbe quella di conferire al Parlamento europeo, già eletto a suffragio universale diretto e quindi potenzialmente destinato ad essere "l'unica legittima fonte di produzione delle norme penali conformi a democrazia"<sup>101</sup>, la pienezza delle funzioni e delle articolazioni tipiche delle assemblee legislative, riconoscendogli il *potere di ultima parola* – anche in caso di disaccordo del Consiglio – in merito all'emanazione di atti legislativi con riflessi penali, rendendo così aperti, discorsivi, verificabili e realmente dia-

<sup>96</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 131.

<sup>97</sup> S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., p. 929.

<sup>98</sup> Come evidenziato da M. RONCO, *Il principio di legalità*, cit., p. 27.

<sup>99</sup> Per dirla con J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, cit., p. 46.

<sup>100</sup> Nello stesso senso, sembra indirizzato anche il "Manifesto sulla politica criminale in Europa" (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1262 ss.); per un commento, v. S. CANESTRARI - L. FOFFANI, *Il manifesto sulla politica criminale europea*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 897 ss.; L. FOFFANI, *Il "Manifesto sulla politica criminale in Europa"*, in *questa rivista*, 2010, p. 657 ss.

<sup>101</sup> S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, cit., p. 929.

letti i procedimenti di produzione normativa; se del caso, anche trasformando la natura del Consiglio – ipotizzandone una elezione diretta da parte dei cittadini europei – in una sorta di Seconda Camera di una struttura bicamerale, ove condensare le istanze statali<sup>102</sup>, e aprendo le porte ad un assetto istituzionale finalmente conforme alla fisionomia democratica di uno Stato di diritto.

Per valutare il tasso di democraticità di una determinata organizzazione istituzionale e del relativo *modus operandi*, se è vero che non può bastare il solo riferimento ai profili normativi e procedurali, è altresì innegabile che questi costituiscono lo strumento per attuare il portato sostanziale del modello di democrazia rappresentativa; un concetto che, come si è tentato di dimostrare, presuppone il riconoscimento di garanzie fondamentali e la condivisione di determinati valori, che al contempo sono anche obiettivi da perseguire, per il tramite di adeguati strumenti di canalizzazione della pubblica opinione. Va da sé che, in questa lettura, il rafforzamento dei compiti e delle prerogative tanto del Parlamento europeo, quanto dei Parlamenti nazionali assume un'importanza decisiva, anche e soprattutto con riferimento al diritto penale, refrattario fisiologicamente a qualsiasi forma di *condivisione* – tanto con il potere esecutivo, quanto con quello giudiziario, sia a livello interno che sovranazionale – della sua fase genetica.

Non si può non auspicare allora un cambiamento di passo nelle strategie di riconciliazione tra l'Europa e la sovranità popolare: “la questione della natura politica del vincolo europeo non può più essere elusa, né è più possibile sottrarre ai cittadini dei singoli Stati dell'Unione la decisione sulla propria sorte”<sup>103</sup>. È questa forse la strada per scongiurare nei cittadini europei la percezione del rischio di espropriazione non solo delle loro prerogative ma anche delle loro libertà.

<sup>102</sup> Nella medesima prospettiva, A. L. VALVO, *Il Trattato di Lisbona e l'irrisolta questione del deficit di democrazia*, cit., p. 100 e U. DRAETTA, *I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, cit., p. 514.

<sup>103</sup> M. LUCIANI, *Integrazione europea, sovranità statale e sovranità popolare*, cit., p. 346.



ALBERTO DI MARTINO

IL CRIMINE OTTATIVO

PER UN'ESEGESI PENALISTICA DEL CRIMINE INTERNAZIONALE DI AGGRESSIONE<sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Considerazione preliminare: di quando la fattispecie penale internazionale sarà effettivamente applicabile. – 2. Elementi del crimine. - 2.1. Premessa: il doppio livello, statale e individuale. - 2.2. Soggetti attivi. - 2.2.1. Reato proprio. - 2.2.2. Impossibilità giuridica della partecipazione di estranei come limite esegetico. 'Coautoria eventualmente necessaria'. Partecipazione in organi collegiali o 'gruppi decisionali'. Concorso della leadership di Stati non aggressori? - 2.2.3. Esclusione della responsabilità di soggetti diversi dagli Stati. - 2.3. Il livello statale: l'atto di aggressione. Il ruolo delle determinazioni del Consiglio di Sicurezza ONU. - 2.3.1.1. L'atto di aggressione, in quanto tale. - 2.3.1.2. (*Segue*): Il rapporto con la Risoluzione ONU n. 3314/1974. - 2.3.2. Il ruolo del Consiglio di Sicurezza nella struttura della fattispecie. - 2.4. Verificazione effettiva dell'aggressione e questione della punibilità del tentativo. - 2.5. Il livello individuale: le condotte della persona fisica. L'elemento soggettivo. - 2.5.1. Condotte. - 2.5.2. Elemento soggettivo. Errore. – 3. Il "dilemma del coccodrillo": questioni di giurisdizione *ratione loci ac personæ*. – 4. Giurisdizione domestica? – 5. Condizioni di procedibilità. – 6. Considerazioni finali.

1. *Considerazione preliminare: di quando la fattispecie penale internazionale sarà effettivamente applicabile*

Lo studioso di diritto penale ha familiarità, quando si occupa del "formante legislativo" e l'oggetto del suo studio non sia rappresentato dal diritto vigente ma dal diritto che potrà o potrebbe venire ad essere, solo con il *ius condendum*: prevalentemente, anche se non esclusivamente, schemi e proposte di leggi, decreti, codici e simili, che talvolta vengono ad esistenza (e pressoché mai nella forma con la quale esistevano in potenza), spesso invece non arrivano a veder la luce, giacendo nel migliore dei casi in cassetti ministeriali in attesa di tempi migliori. A volte, invero piuttosto di rado, ci si trova di fronte a testi normativi in vigore ma non operativi per difetto degli ulteriori provvedimenti normativi che ne costituiscono il presupposto di efficacia<sup>1</sup>.

(\*) Testo riveduto, ampliato e integrato dalle note, della relazione svolta al Convegno organizzato dall'Università di Verona «*La criminalizzazione dell'aggressione armata dopo la Conferenza di revisione di Kampala: progressi, questioni irrisolte e prospettive*» (16 dicembre 2011). Ringrazio Salvatore Zappalà per l'amichevole lettura e commento critico. Il contributo è destinato agli Studi in onore di Alfonso Stile.

<sup>1</sup> Cfr. in materia di "doping" il problema della configurabilità del reato nel periodo successivo all'entrata in vigore della l. n. 376/2000 e precedente l'emanazione del decreto ministeriale attuativo: in tema si veda la complessa argomentazione di Cass. SU, 29.11.2005, in *CED Cass.*, rv. 232557, ad es. anche in *Cass. pen.*, 2006, p. 1730 ss. (nota G. ARIOLLI): configurabilità del reato, ma sulla base del presupposto che al d.m. sarebbe delegato «non l'individuazione dei farmaci, ... bensì soltanto l'approvazione delle classi» in cui questi devono essere ripartiti [motivazione, § 4.2. *sub cc*) e dd]).

Si trova dunque a vivere un'esperienza singolare colui che, da penalista "di diritto interno", assunta ad oggetto delle proprie riflessioni la fattispecie del crimine di aggressione devoluta alla giurisdizione della Corte Criminale Internazionale, come definita e costruita nei suoi presupposti applicativi nel corso della prima Conferenza di Revisione dello Statuto della Corte (=St-ICC), tenutasi a Kampala nel giugno 2010: come si vedrà, sono ancora incerte nell'*an* e nel *quando*, confuse nel *quomodo*, le stesse condizioni per l'entrata in vigore degli emendamenti contenenti la definizione del crimine, così come le condizioni per l'esercizio della giurisdizione<sup>2</sup>.

Si tratta, d'altronde, di un crimine che, come appena accennato, era già stato affidato come guscio vuoto<sup>3</sup> alla giurisdizione della Corte sin dalla sua istituzione, al pari degli altri crimini ma – com'è agevole immaginare – del tutto *sui generis*, sia perché ontologicamente diverso da essi sia perché connotato da subito da un'esistenza umbratile, forse spettrale per la carica simbolica che lo accompagna e che determina, negli studi e nella pratica delle relazioni internazionali, atteggiamenti chiaramente apotropaici.

Del resto, un poco apotropaica appare la stessa Risoluzione di Kampala. La ferale decisione di adottare la definizione del crimine e le norme procedurali relative è infine adottata e persino per *consensus*; tuttavia, secondo l'articolato meccanismo elaborato all'esito delle negoziazioni – discusso fino all'ultimo istante –<sup>4</sup>, nell'atto stesso in cui la si proclama, quella decisione è procrastinata variamente, nel se e nel quando. Ci si dovrà occupare dell'effettiva applicazione della disciplina, infatti, quando si saranno realizzate le seguenti intricate condizioni-rompicapo, ben note agli specialisti<sup>5</sup>:

<sup>2</sup> Il testo della risoluzione RC/Res. 6, adottata l'11 giugno 2010, è reperibile in: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/ReviewConference/Crime+of+Aggression.htm>. Al tema, dopo la Conferenza di Kampala, è dedicato come *special issue* l'intero primo fascicolo dell'annata 2012 del *Journal of International Criminal Justice*, con presentazione di C. KRESS, P. WEBB, *Introduction*, in *Journ. Int'l Crim. J.*, 2012, 10, 3 ss.

<sup>3</sup> Gustosa l'immagine della «sheep in the box» evocata, richiamando le pagine d'esordio del «Petit Prince», da D. JACOBS, *The Sheep in the Box: The Definition of the Crime of Aggression at the International Criminal Court*, in C. Burchard, O. Triffterer, J. Vogel (Eds.), *The Review Conference and the Future of the International Criminal Law*, Neuwied, 2009, 131 s.. L'art. 5(2) stabiliva infatti che «The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression once a provision is adopted in accordance with articles 121 and 123 defining the crime and setting out the conditions under which the Court shall exercise jurisdiction with respect to this crime. Such a provision shall be consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations».

<sup>4</sup> Cfr. in lingua italiana G. DELLA MORTE, *La Conferenza di revisione dello Statuto della Corte penale Internazionale ed il crimine di aggressione*, in *Riv. dir. int.*, 2010, 697 ss. (partic. 736 ss.: 738).

<sup>5</sup> Sulle questioni in materia di giurisdizione cfr., prima della Risoluzione del 2010: M. M. GOMAA, *The Definition of the Crime of Aggression and the ICC Jurisdiction over that Crime*, in M. Politi, G. Nesi (eds.), pp. 55-77 (76). Sui negoziati di Kampala cfr. soprattutto J. TRAHAN, *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference*, in *Int'l. Crim. Law Rev.* 11 (2011), 49 ss.; B. VAN SCHAAK, *Negotiating at the Interface of Power and Law: The Crime of Aggression*, in *49 Colum. J. Transnat'l L.* 505 (2011), in partic. §§ I.C. (515 ss.), II.B.1 (526 ss.), III.C.1-2 (586 ss.); K. AMBOS, *The Crime of Aggression After Kampala*, in *German Yearb. Int'l L.*, 2010, 478 e sopratt. 501 ss., 504 e nt. 211); R. CLARK, *Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the First Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010*, in *Goettingen J. Int'l L.*, 2, 2010, 689 ss. Cfr. anche i lavori cit. *infra*, nt. 72. Si veda inoltre, per valutazioni generali, S. BARRIGA, L. GROVER, *A Historic Breakthrough on the Crime of Aggression*, in *105 Am. J. Int'l L.* 517 (2011). Critici, fra altri,

- che gli emendamenti siano entrati in vigore perché accettati o ratificati dagli Stati-parte *ex art.* 121(5)<sup>6</sup>;
- che sia decorso un lustro più o meno da quest'oggi: la Corte potrà esercitare la propria giurisdizione sul crimine soltanto dopo il 1° gennaio 2017;
- che dopo tale data, *ex art.* 15-*bis* (3) St-ICC, ora introdotto, sia intervenuta una previa (ulteriore) decisione adottata dagli Stati-Parte con la stessa maggioranza richiesta per l'adozione di un emendamento allo Statuto [due terzi: art. 121(3)];
- che in ogni caso sia intervenuta la ratifica o accettazione degli emendamenti da parte di trenta Stati, e sia decorso un anno dalla trentesima ratifica o accettazione;
- che non siano depositate dichiarazioni di rifiuto della giurisdizione; infatti, oltre alla previsione generale sull'entrata in vigore degli emendamenti (peraltro discutibile e d'interpretazione non pacifica), soggetti a ratifica o accettazione degli Stati-Parte<sup>7</sup> ogni Stato-Parte può comunque depositare una specifica dichiarazione di non accettare la giurisdizione in materia d'aggressione (c.d. *opt-out clause*)<sup>8</sup>.

M.J. GLENNON, *The Blank-Prose Crime of Aggression*, in 35 *Yale J. Int'l L.* 71-114 (2010); R. HEINSCH, *The Crime of Aggression After Kampala: Success or Burden for the Future?*, in *Goettingen J. Int'l L.*, 2, 2010, 713-743; con particolare attenzione al problema dell'indipendenza della Corte cfr. L. VON BRAUN - A. MICUS, *Judicial Independence at Risk: Critical Issues Regarding the Crime of Aggression Raised by Selected Human Rights Organizations*, in *Journ. Int'l Crim. J.*, 10, 2012, 111 ss. Sull'applicabilità della fattispecie a fatti commessi con mezzi informatici cfr., oltre all'accenno di K. AMBOS, *The Crime*, cit., 489, specificamente C. CAMMACK, *The Stuxnet Worm and Potential Prosecution by the International Criminal Court Under the Newly Defined Crime of Aggression*, in 20 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* 303 (2011). Con particolare attenzione alla posizione degli USA v. M.A. FAIRLIE, *The United States and the International Criminal Court Post-Bush: A Beautiful Courtship but an Unlikely Marriage*, in 29 *Berkeley J. Int'l L.* 528 (2011), spec. 556 s. È interessante la lettura dell'analisi, compiuta da un punto di vista sociologico, di N. WEISBORD, *Conceptualizing Aggression*, in 20 *Duke J. Comp. Int'l L.* 1 (2009). Per una bibliografia esaustiva cfr. per tutti G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2012<sup>3</sup>, 609 ss. (pre-Kampala); 631 s. (post-Kampala); cfr. inoltre la trattazione monografica di G. KEMP, *Individual Criminal Liability for the International Crime of Aggression*, Antwerp et al., 2010 (e più di recente anche il breve contributo con lo stesso titolo apparso in *Journ. Int'l Crim. J.*, 2012, 10, 712). Fondamentale in tema è sempre Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, 2011<sup>5</sup>.

<sup>6</sup> A questa disposizione fa riferimento la parte operativa della Risoluzione: Resolution RC/Res. 6 «The crime of aggression», nr. 1: «the amendments to the Statute contained in Annex I [quelli sull'definizione del crimine e sulle condizioni di esercizio della giurisdizione, *ndr*] shall enter into force in accordance with article 121, paragraph 5».

<sup>7</sup> Su questo aspetto cfr. B. VAN SCHAACK, *op. cit.*, 505 ss., al richiamo della nt. 194, nonché al richiamo della nt. 306. Il coordinamento delle previsioni degli artt. 121(5) e 15bis (4) non è chiaro. Secondo un orientamento, la Corte può esercitare la propria giurisdizione sugli Stati-Parte che non abbiano depositato la dichiarazione, anche se non hanno accettato o ratificato gli emendamenti. Pretendere un espresso rifiuto della giurisdizione è inteso come «additional obstacle to those State Parties that might want to avoid the aggression provisions. It ... offers a toehold from which elements of International and domestic civil society can mount a political shame campaign to encourage states to decline the opt-out option» (B. VAN SCHAACK, *op. cit.*, nel testo al richiamo della nt. 309). Ma si tratta di un'interpretazione controversa: cfr. *infra* nel testo, §§ 3 e 5.

<sup>8</sup> Su questa base, la disposizione relativa all'entrata in vigore delle modifiche *ex art.* 121 (5) St-ICC è stata ritenuta una vacua dichiarazione che mischia le carte: l'entrata in vigore senza possibilità di esercitare la giurisdizione sarebbe insensata. Da questa lettura deriva che la vera norma sull'entrata in vigore sarebbe proprio l'art. 15-*bis* (3).

A queste condizioni, si aggiungono – come si dirà (§§ 3 e 5) – ulteriori condizioni per l'esercizio della giurisdizione, derogatorie *ratione loci* e *ratione personæ* rispetto alla disciplina generale, nonché condizioni di procedibilità particolarmente consistenti<sup>9</sup>, anche se sottratte in parte a quella discrezionalità politica (del Consiglio di Sicurezza ONU; di séguito anche CdS) che un orientamento sostenuto soprattutto dagli Stati Uniti d'America (e dagli altri membri permanenti del CdS) avrebbe voluto assoluta, e che ha costituito uno dei temi più controversi ancora all'apertura della Conferenza di revisione.

Tale complesso di presupposti, cautele, rimandi, sospensioni che accompagnano la formale definizione del «crime suprême»/«crime of crimes» ne fa un'enunciazione pronunciata piuttosto per scongiurare che le parole divengano realtà<sup>10</sup>. Se anche così non fosse, ritorna alla mente in ogni caso l'uso antico del modo verbale ottativo: il modo “ottativo”, secondo la grammatica del greco antico, è infatti espressivo di un desiderio o di una possibilità, la potenzialità di realizzazione del cui oggetto è tuttavia dubbiosamente percepita come inferiore a quella espressa dal congiuntivo, tipicamente espressivo della possibilità. L'aggressione è disegnata come un crimine ottativo.

Scopo del presente lavoro è quello di offrire un primo approccio esegetico alla fattispecie incriminatrice ed alle relative regole di giurisdizione, dal punto di vista del diritto penale.

## 2. Elementi del crimine

La fattispecie, contenuta nel nuovo art. 8 *bis* St-ICC, è così formulata:

1. For the purpose of this Statute, “crime of aggression” means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.

2. For the purpose of paragraph 1, “act of aggression” means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression:

(a) The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof;

<sup>9</sup> «Circuitous and cumbersome jurisdictional regime»: B. VAN SCHAAK, *op. cit.*, II E, in fine.

<sup>10</sup> Analogamente già R.-J. DUPUY, *L'illusion juridique – réflexions sur le mythe de la paix par le droit*, in *Mélanges offerts à Guy Ladreit de Lacharrière*, Paris, 1989, cit. in G. DELLA MORTE, *op. cit.*, 751 nt. 221.

- (b) Bombardment by the armed forces of a State against the territory of another State or the use of any weapons by a State against the territory of another State;
- (c) The blockade of the ports or coasts of a State by the armed forces of another State;
- (d) An attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces, or marine and air fleets of another State;
- (e) The use of armed forces of one State which are within the territory of another State with the agreement of the receiving State, in contravention of the conditions provided for in the agreement or any extension of their presence in such territory beyond the termination of the agreement;
- (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State;
- (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein.

### 2.1. *Premessa: il doppio livello, statale e individuale*

È considerazione pacifica che gli elementi costitutivi e i presupposti per la punibilità del crimine di aggressione siano aggregati su due livelli: quello della condotta individuale e quello della condotta statale integrante l'«atto di aggressione»<sup>11</sup>. La condotta individuale ha ad oggetto, infatti, un «atto di aggressione» statale qualificato in base al meccanismo, ben noto ai penalisti, dell'elemento normativo.

La condotta dello Stato costituisce, dal punto di vista del diritto penale sostanziale, l'oggetto materiale o, più propriamente, il termine di riferimento oggettivo della condotta individuale. In questo senso, l'atto statale di aggressione non è propriamente un «presupposto della condotta» nel senso della teoria generale del reato costruita in relazione alle fattispecie di diritto interno<sup>12</sup>, ma è pur sempre un presupposto del *crimine* individuale di aggressione: non c'è condotta (individuale) di aggressione rilevante a titolo di crimine internazionale *ex art. 8 bis* se non è stato accertato un atto statale di aggressione (nei termini che si chiariranno *infra*, § 2.3).

Nella presente esposizione, l'analisi del requisito dell'atto statale precederà quella della condotta individuale, in quanto è impossibile decifrare la fisionomia di questa senza aver chiarito in che cosa consista la condotta statale 'prodotta' da quella individuale.

<sup>11</sup> Sul rapporto tra crimini di stato e crimini individuali v. E. WILMSHURST, *Definition of the Crime of Aggression: State Responsibility or individual Criminal Responsibility?*, in M. Politi, G. Nesi (eds.), cit., 93-96; in generale FOIS, *Sul rapporto tra crimini internazionali dello Stato e crimini internazionali dell'individuo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, 946-947.

<sup>12</sup> Per un teoria del reato costruita in relazione ai crimini internazionali v. ad es. la recente elaborazione di H. VEST, *Völkerrechtsverbrechen verfolgen. Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft*, Baden-Baden, 2011 (dello stesso già: *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, 2002).

## 2.2. Soggetti attivi

### 2.2.1. Reato proprio

In ragione del collegamento necessario tra fatto individuale ed azione statale, il reato può essere commesso soltanto da soggetti di vertice: si tratta di un «leadership crime»; tecnicamente, dunque, è un reato proprio. Se su tale qualifica dogmatica in astratto si deve senz'altro concordare, in concreto il contenuto della posizione di vertice può non essere di semplice accertamento.

Si deve stabilire con precisione, innanzi tutto, che cosa si intenda per capacità di dirigere la (o esercitare in modo effettivo il controllo sulla) azione politica o militare di uno Stato. Questo criterio concernente la speciale qualifica soggettiva dell'agente presuppone il riferimento all'assetto istituzionale dello Stato aggressore, alle specifiche linee di comando, sia in ambito politico sia in ambito militare. Soprattutto nel primo caso (direzione e controllo di tipo politico) i problemi potrebbero essere molto complicati, sia – verso l'alto – nell'identificazione del vertice effettivo, sia – verso il basso – nella definizione della linea inferiore della responsabilità penale, al disotto della quale un soggetto non può essere considerato «leader» e dunque non è soggetto attivo del reato (né, come si vedrà, concorrente: § 2.2.2)<sup>13</sup>.

Ma non si tratta soltanto di questo. La norma postula la possibilità di imputare l'atto ad uno Stato, presupponendo un'entità non soltanto chiaramente identificabile in sé e per sé, ma all'interno della quale siano anche distinti i processi di determinazione della volontà imputabile allo Stato in quanto tale. Senonché, in concreto, soprattutto anche se non esclusivamente in aree di crisi (ad es., per la presenza di fasi di transizione dopo una guerra civile; nel caso di Stati «falliti» o «collassati»)<sup>14</sup> potrebbe essere oltremodo difficile verificare la *leadership* effettiva del Paese, anche per la commistione, spesso attestata da indagini di sociologia empirica e tematizzata da un filone teorico della disciplina delle Relazioni Internazionali, fra entità politiche e criminalità organizzata<sup>15</sup>. L'importanza di queste difficoltà non può essere tuttavia sopravvalutata, anche perché difficilmente uno Stato che si trovi nelle condizioni poc'anzi accennate potrebbe rendersi aggressore ai sensi dell'art. 8-*bis*.

<sup>13</sup> Sul carattere problematico dell'individuazione dei responsabili nei regimi democratici v. K. AMBOS, *op. cit.*, 490. Sull'esclusione dei «poteri forti» dall'ambito di applicazione della fattispecie, sulla base della difficile esperienza dei processi del dopoguerra ad esponenti del mondo economico, v. ad es. (già a proposito delle proposte dello SWGA) K.J. HELLER, *Retreat from Nuremberg: the Leadership Requirement of the Crime of Aggression*, in *EJIL*, 2007, 478 s.

<sup>14</sup> Cfr. ad es. F. STRAZZARI, *Notte balcanica. Guerra, crimine, stati falliti alle soglie d'Europa*, Bologna, 2008, *passim* e partic. 39-44, 222, cui si rinvia per essenziali riferimenti bibliografici al tema degli stati falliti o collassati. Cfr. comunque anche A. ANDERSON, *Organized Crime, Mafia, and Governments*, in G. Fiorentini, S. Peltzman (Eds.), *The Economics of Organized Crime*, Cambridge, 1997.

<sup>15</sup> Riferimenti essenziali in F. STRAZZARI, *op. loc. cit.* Auspicano una più stretta relazione fra discipline penalistiche e studi (filosofico-)politici di Relazioni Internazionali P. ANDREAS - E. NADELMANN, *Policing the Globe. Criminalization and Crime Control in International Relations*, Oxford, 2006 (i quali peraltro programmaticamente non si occupano dei crimini devoluti alla Corte, perché coinvolgono l'applicazione del diritto internazionale e non di quello interno, che è l'oggetto dello studio comparativo; peraltro è un po' frettolosa la premessa che quell'«enforcement» abbia come «target» atti degli Stati piuttosto che di «non-State actors»).

Sul punto del rapporto tra pluralità di partecipanti e responsabilità è appena opportuno precisare, salvo quanto si osserverà a breve (cfr. il paragrafo che segue), che la questione della responsabilità individuale è aspetto diverso dalla struttura per così dire ontologica del crimine, il quale non può che essere commesso da una pluralità di persone (ad. es., appartenenti alle forze armate), la cui esistenza è però di per sé irrilevante alla stregua della fattispecie tipica, e ciò appunto perché la responsabilità penale si concentra esclusivamente sui vertici<sup>16</sup>.

2.2.2. *Impossibilità giuridica della partecipazione di estranei come limite esegetico. 'Coautoria eventualmente necessaria'. Partecipazione in organi collegiali o 'gruppi decisionali'. Concorso della leadership di Stati non aggressori?*

I. Che soggetti “estranei”, cioè che non si trovano nelle posizioni e nelle condizioni di dirigere sostanzialmente l'attività di uno Stato, possano essere considerati concorrenti è senz'altro da escludere, non foss'altro per via dell'introduzione di una previsione espressa [art. 25 (3 bis) St-ICC]:

«In respect of the crime of aggression, the provisions of this article shall apply only to persons in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State».

Quanto alla natura giuridica di tale esclusione, essa potrebbe essere considerata, a prima vista, come una vera e propria deroga al regime generale della *individual criminal responsibility* di cui all'art. 25 St-ICC<sup>17</sup>. Così ritenendo, tuttavia, il regime di responsabilità individuale per il crimine di aggressione sarebbe configurato come eccezione ad una regola generale; ma questa prospettiva di regola/eccezione non rende ragione del carattere specifico di tale crimine, rispetto al quale la limitazione della responsabilità ai soli soggetti di vertice appare invece come un dato, per così dire, naturale e consustanziale al tipo di fatto oggetto d'incriminazione, che non può essere commesso da chi sia privo delle caratteristiche normativamente individuate. In tal senso, la limitazione avrebbe dovuto essere affermata anche in assenza di una specifica disposizione in materia, dunque per ragioni, diciamo così, legate alla *Natur der Sache*. La logica che sottende l'esclusione del concorso di soggetti non qualificati è dunque quella che una risalente dottrina italiana indicava come «limite esegetico»<sup>18</sup>. Si tratta, cioè, di un limite interno al precetto base, in questo caso quello in tema di compartecipazione criminosa.

<sup>16</sup> Su questo aspetto cfr. soprattutto Y. DINSTEIN, *op. cit.*, nr. 380 (p. 142).

<sup>17</sup> K. AMBOS, *op. cit.*, 491 s., osserva che l'esclusione del concorso di *extranei* dal novero dei possibili concorrenti nel reato riduce la disposizione dello stesso art. 25 (3 bis) ad una prescrizione vuota («to virtually *nil*»); un effetto considerato altamente discutibile.

<sup>18</sup> P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, 46 s. Su questo tema cfr., di recente, M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, II. *Teoria della pena – Teoria del reato*, Milano, 2006, 1721; nonché ID., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1269 ss.

II. Se si considera l'ipotesi della partecipazione di più soggetti, che si trovino tutti e ciascuno nella posizione di vertice richiesta dalla norma incriminatrice, la disposizione dell'art. 25 (3bis) St-ICC si rivela del tutto superflua. In tal caso, infatti, essi risponderanno come coautori, ma non in base allo stesso art. 25 (3bis) bensì per la conformazione strutturale dell'art. 8 bis (1), e dunque ai sensi dell'art. 25 (3) (a): ciascuno di coloro che sono in grado di dirigere l'azione dello Stato si trova nella condizione di rispondere del reato come autore; in tal senso, si tratta di un reato che, se non è realizzato in forma monosoggettiva (il che sarebbe possibile, anche se improbabile ed anzi piuttosto irrealistico), può soltanto essere realizzato da più soggetti che agiscono in veste di (co)autori: si tratta, in tal senso, di una fattispecie che potremmo definire "a coautoría eventualmente necessaria"<sup>19</sup>.

III. Si potrebbe ritenere che le regole ordinarie sul concorso di persone valgano tuttavia, per l'espressa previsione normativa del già ricordato art. 25 (3bis), in caso di soggetti, anch'essi di vertice, che non realizzino le condotte indicate dalla fattispecie dell'art. 8 bis ma le condotte di partecipazione ex Art. 25.

Ma il reale contenuto dell'art. 25 (3bis) è solo apparentemente chiaro. Come si è appena detto (II), nel caso di soggetto di vertice che partecipi alla pianificazione ecc., egli risponderà come autore e non già come concorrente. Quest'ultima qualifica dunque può essere riservata soltanto a coloro che, pur di vertice, non abbiano realizzato le condotte tipiche (*planning/preparation/initiation/execution*) ma compiuto atti oggettivamente funzionali all'aggressione e soggettivamente sorretti dalla consapevolezza di questa loro destinazione oggettiva. Anche in tal caso, tuttavia, non tutte le forme di partecipazione sembrano compatibili con il tipo di crimine; non lo è, in particolare, quella di chi ordina la commissione: costui sarebbe, piuttosto, il vero *dominus* dell'aggressione e dunque, per così dire, il *primum movens*, il primo autore. Inoltre, forti dubbi possono sussistere anche per chi stimola o istiga («solicits or induces»).

Resterebbe un margine, dunque, solo per attività di concorso materiale (*aiding, abetting, assisting*), commesse con lo scopo di facilitare la realizzazione del crimine; ma anche in tal caso si ha la sensazione di un'ontologica incompatibilità con l'aggressione di forme di responsabilità pensate e costruite in relazione a crimini tutt'affatto diversi.

Non è agevole immaginare, d'altronde, quali condotte possano integrare la fattispecie: si tratta di una previsione che rischia o di risultare asfittica, oppure – esattamente all'opposto – potenzialmente capace di dilatare enormemente il novero delle responsabilità, senza che al giudice siano offerti reali parametri decisionali, se si tiene presente che le condotte concorsuali sono menzionate ma non descritte, e contengono di per sé un ampio margine di elasticità.

I confini tra diritto e politica qui si avvicinano fino a confondersi pericolosamente. Per quanto l'affermazione che segue possa risentire di qualche esagerazione, proprio la disposizione dell'art. 25 (3 bis), con le sue ampie virtualità applicative – piuttosto che la stessa nozione del crimine di aggressione – costituisce un momento di sensibile e non agevolmente controllabile di esercizio della discrezionalità giudiziale nella determinazio-

<sup>19</sup> Nel senso che, ammessa la realizzazione anche monosoggettiva, in caso di più soggetti che soddisfino i requisiti dell'art. 8 bis, costoro potrebbero essere soltanto coautori ai sensi dell'art. 25 (3) (a) St-ICC.

ne delle responsabilità penale per “atti politici”<sup>20</sup>.

IV. C'è da chiedersi se una responsabilità concorsuale ordinaria ai sensi dell'art. 25 possa residuare nel caso in cui un soggetto, individualmente considerato, *non* rivesta le qualifiche o *non* si trovi nelle condizioni di dirigere o controllare l'azione di uno Stato, e tuttavia possa in effetti contribuire a tale indirizzo o controllo in qualità di membro di organi collegiali, ai quali invece possa essere riconosciuta quella posizione.

La soluzione dipende dal modo d'intendere il concetto di «posizione» utilizzato dalla norma. Tale termine, innanzi tutto, non può essere inteso nel senso della titolarità di una qualifica formale, poiché si richiede una posizione di tipo effettuale (espressa dall'avverbio «effectively»). Ed allora non resta che dar spazio ad una visione funzionale, con virtualità espansive: i membri di organi collegiali o gruppi decisionali sarebbero responsabili non in virtù di una qualifica formale, bensì proprio per causa e nei limiti della funzione che essi espletano come membri del gruppo decisionale<sup>21</sup>. Su questa base, il concetto di «posizione» dovrebbe essere inteso con riferimento ad ogni “situazione” nella quale un soggetto si trovi a poter dirigere o controllare l'azione dello Stato; e poiché tale significato attiene al novero dei possibili significati letterali della parola (*position* = «the *situation* that somebody is in, especially when it affects what they can and cannot do» – oppure: «the *situation*, especially as it affects one's power to act»)<sup>22</sup>, non si potrebbe opporre la violazione del principio di stretta interpretazione di cui all'art. 22 (2) dello Statuto. La responsabilità dell'agente singolo, operante nell'organo collegiale, costituirebbe dunque mera compartecipazione e di conseguenza sarebbe valutabile meno gravemente, almeno se si ammette la correttezza dell'impostazione maggioritaria (anche se non incontrovertita)<sup>23</sup> secondo la quale i «modes of liability» previsti

<sup>20</sup> Per atti politici si intende quella categoria di atti in cui si estrinseca l'attività di direzione suprema della «cosa pubblica», di coordinamento e di controllo delle manifestazioni concrete in cui quella direzione si concretizza: es., atti e provvedimenti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico.

<sup>21</sup> Il tema ha punti di contatto con la questione, discussa un tempo nella dottrina italiana, del reato collegiale (Rende, Grisogni): sia sufficiente qui rinviare al resoconto ed alla critica di L. CONTI, *I soggetti. Sezione nona. Responsabilità civile e responsabilità penale. Il reato collegiale*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, dir. da A. Di Amato, vol. I. *I principi generali*, Padova, 1990, 250 ss. e 253-257 (ove i necessari riferimenti bibliografici). Si veda, comunque, quanto deciso a Norimberga in relazione alla *Reichsregierung* (Reich Cabinet) ed all'*Oberkommando della Wehrmacht* (General Staff ed High Command): «a number of the Cabinet members [dunque: non necessariamente tutti, ndr] were undoubtedly involved in the conspiracy to make aggressive war, but they were involved as *individuals*»; all'interno di un comando supremo, ovviamente, ci possono essere ufficiali che hanno solo ruolo di staff: «the prosecution does not indict the next level of the military hierarchy ... nor the level below, the divisional commanders or their equivalent ... And the staff officers of the four staff commands are not included, nor are the trained specialists who were customarily called general Staff Officers» (corsivi aggiunti). Cfr. IMT, Judgment, 30 settembre 1946, in *The Trial of German Major War Criminals*, vol. 22, London, 1950, 482-484. Il fatto che la posizione sia stata affermata solo per negare il carattere intrinsecamente criminale di quegli organi non è rilevante agli effetti di quanto discusso nel testo.

<sup>22</sup> <http://oxforddictionaries.com>, entry: «Position».

<sup>23</sup> La bibliografia è vasta e sarebbe un fuor d'opera apporla in questa sede; ma può essere utile segnalare, anche per l'agilità della discussione ed i necessari riferimenti bibliografici, il sito <http://opiniojuris.org>, digitando come “query”: *modes of liability*.

dall'art. 25 dello Statuto sono costruiti secondo una scala di gravità discendente, dall'autorità alla mera partecipazione come forma di responsabilità cd. derivativa<sup>24</sup>.

V. Ci si può domandare, inoltre, se le regole sul concorso possano coinvolgere la responsabilità di organi di vertice di Stati terzi che non abbiano compiuto direttamente nessun atto di aggressione, ma abbiano realizzato una condotta astrattamente concorsuale nei confronti dei vertici dello Stato effettivamente aggressore.

Sotto questo aspetto, ad esempio, la norma potrebbe essere applicata anche ad organi di vertice di Stati *diversi* da quello che aggredisce, se la condotta individuale può in concreto ritenersi agevolatrice dei piani di aggressione. Si aggiunga che il rischio di una mostruosa dilatazione applicativa appare ancora più minaccioso se si ammette anche la responsabilità per omissione, ciò che taluno ammette e che corrisponde all'esperienza applicativa dei Tribunali *ad hoc*<sup>25</sup>.

Dal punto di vista oggettivo, ad es., potrebbe essere considerata agevolatrice dei piani di aggressione di Hitler, se non l'inerzia dei vertici britannici di fronte alla rioccupazione della zona smilitarizzata della Renania (7 marzo 1936), in difetto di un obbligo di agire<sup>26</sup>, almeno la disponibilità di Neville Chamberlain a negoziare l'allargamento del Reich verso Est, tradottasi nella proposta di sistemazione in senso tedesco delle questioni austriaca, cecoslovacca, di Danzica (anche qualora si vogliano escludere condotte soltanto omissive)<sup>27</sup>. La responsabilità concorsuale potrebbe essere esclusa soltanto dal punto di vista soggettivo. Peggio ancora per la responsabilità dei dirigenti sovietici (Stalin e Molotov) in relazione all'aggressione della Polonia, nel quale caso sarebbe arduo escludere anche il coefficiente soggettivo. Non a caso la condotta di Stalin è stata descritta da uno storico autorevole come «compartecipazione»: con il patto Molotov Ribbentrop (23.8.1939), come si sa, l'Urss dava carta bianca alla Germania per il «corridoio di Danzica», Polonia occidentale e Lituania (riservandosi di occupare a sua volta gli altri Stati baltici, Polonia orientale e Romania orientale, cd. Bessarabia)<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Su questo concetto cfr. di recente, nella dottrina inglese, K. HALLEVY, *The Matrix of Derivative Criminal Liability*, Berlin e aa., 2011.

<sup>25</sup> Riferimenti essenziali in F. JESSBERGER, voce *Omission*, in *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, 445-446.

<sup>26</sup> K. HILDEBRAND, *Il Terzo Reich*, trad. it., Roma-Bari, 1983, 36 (*Das Dritte Reich*, München-Wien, 1979): «la gran Bretagna dimostrò ... il suo disinteresse nei riguardi di un'iniziativa tedesca di cui condannò il metodo violento approvandone tuttavia gli scopi».

<sup>27</sup> Il riferimento è innanzi tutto alle proposte di Lord Halifax, emissario del gabinetto britannico (19.11.1937): K. HILDEBRAND, *op. cit.*, 42. A Monaco (29-30.9.1938) Regno Unito e Francia, oltre all'Italia, riconoscono unilateralmente (senza consultare il governo cecoslovacco) il diritto della Germania di annessi i Sudeti.

<sup>28</sup> K. HILDEBRAND, *op. cit.*, 57. Si devono ricordare le parole di H.-H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn, 1952, 197 (pur se riferite al Tribunale di Norimberga ed alla sua contestata legittimazione quale tribunale dei vincitori fondato sul diritto di occupazione, *Besatzungsrecht*): quando uno stesso illecito («gleiches Unrecht») per il quale sono giudicati i vinti è stato commesso anche dai vincitori, si deve garantire ai primi, proprio in ragione dell'efficacia rieducativa della pena, almeno la possibilità di invocare una causa personale di non punibilità; e chiudeva consape-

L'interrogativo sulla responsabilità concorsuale di organi di Stati terzi evoca la questione di fondo del rapporto fra diritto e politica – fra responsabilità giuridica (e specificamente penale) e responsabilità storica – che il crimine di aggressione inevitabilmente pone sul tappeto<sup>29</sup>. Ad esso sembra tuttavia che si debba dare risposta negativa: la norma dell'art. 8 *bis* mostra di presupporre una coincidenza indefettibile tra atto dello Stato qualificato come aggressione e responsabilità della *leadership* del (solo) Stato aggressore. Espressione di tale coincidenza è la stessa modalità descrittiva degli speciali requisiti soggettivi: in tanto si richiede che l'agente-persona fisica sia in grado di dirigere o controllare l'azione dello Stato, in quanto si postula che è proprio quell'azione – l'azione di *quello stesso* Stato in cui l'agente è in posizione di vertice – che si traduce in un atto di aggressione.

D'altra parte:

(a) rispetto alle condotte di inizio ed esecuzione dell'aggressione, non sarebbe possibile un concorso materiale, perché altrimenti vi sarebbe una diretta aggressione da parte di tutti gli Stati che in qualche misura materialmente partecipano all'atto ostile. Sarebbe dunque possibile solo un concorso morale, che sarebbe oggetto d'una *probatio diabolica*;

(b) rispetto alle condotte di pianificazione e preparazione, la partecipazione ad esse ma non al successivo atto di aggressione non potrebbe coinvolgere la responsabilità dello Stato non direttamente aggressore; in tal modo, verrebbe meno il presupposto imprescindibile per la responsabilità individuale a titolo di aggressione, rappresentato dalla necessità che sia accertata, da parte dello Stato, una condotta di aggressione (*supra*, § 2.1; *infra*, § 2.3). Né si potrebbe prescindere da questo requisito affermando appunto il mero concorso nel fatto altrui, perché, come si è detto poc'anzi, la norma presuppone una coincidenza indefettibile tra atto dello Stato, qualificato come aggressione, e responsabilità della *leadership* del (solo) Stato aggressore.

### 2.2.3. Esclusione della responsabilità di soggetti diversi dagli Stati

L'atto di aggressione presupposto dalla norma incriminatrice può provenire soltanto da un'entità di carattere statale. Questa scelta è stata contestata fra gli esperti, poiché nel mondo attuale delle relazioni internazionali atti di aggressione del tipo di quelli previsti dall'art. 8 *bis* possono ben provenire da entità diverse dagli Stati (ad es., ramificate organizzazioni

volmente e profeticamente, affermando che la pena nel diritto internazionale avrebbe potuto edificare una nuova coscienza giuridica solo mettendo un *Völkerstrafrecht* universale (valido per chiunque) nelle mani di un vero tribunale internazionale.

<sup>29</sup> Sono tuttora da menzionare, pur nel contesto particolarissimo in cui sono state scritte, le riflessioni di C. SCHMITT, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz "Nullum crimen, nulla poena sine lege"* (25 agosto 1945), a cura di H. Quaritsch, Berlin, 1994, 81 s.: «a term such as "crime" belonging to criminal law evokes the use of other terms of criminal law such as principals and accessories, aids and ab[e]ts, complicity, concealment etc., terms that, applicated on actions of foreign policy – e.g. the partition of Poland September 1939 –, imply further questions of unheard consequences» (dalla «Nota» di pugno dell'Autore, in chiusura dello scritto). Sulla genesi di questo scritto, redatto in forma di «Parere pro-veritate» (probabilmente nell'interesse dell'industriale Friedrich Flick), cfr. diffusamente la Postfazione di Quaritsch, 125-133.

terroristiche; potenti gruppi armati di ribelli, eccetera)<sup>30</sup>. Ma la limitazione sembra da apprezzare, fermo quanto si dirà in conclusione di questo lavoro a proposito dell'interesse tutelato dalla norma, non foss'altro per la difficoltà forse insormontabile di tipizzare adeguatamente i caratteri dell'entità che non si identifichi in una realtà statale riconosciuta<sup>31</sup>.

### 2.3. Il livello statale: l'atto di aggressione.

#### *Il ruolo delle determinazioni del Consiglio di Sicurezza ONU*

Quanto all'atto statale di aggressione, esso sarà qui considerato soltanto dal punto di vista del diritto penale, tralasciando – per quanto non siano direttamente rilevanti anche in questa prospettiva – le questioni più specificamente internazionalistiche<sup>32</sup>. Si pongono due questioni centrali: quella della struttura dell'atto di aggressione e quella del ruolo del Consiglio di Sicurezza rispetto alla sua punibilità.

#### 2.3.1.1. *L'atto di aggressione, in quanto tale*

L'atto di aggressione non è un accadimento apprezzabile *in rerum natura*: non è dunque elemento naturalistico della fattispecie. Esso è invece costruito come elemento normativo giuridico della fattispecie, la cui normatività si esprime su un triplice livello:

(a) per un verso, esso è recepito dalla norma incriminatrice nel suo specifico significato internazionalistico, quale «atto dello Stato», ma in termini non limitati alla sola guerra: superando con ciò la limitazione della responsabilità *individuale* per il crimine alla sola guerra di aggressione – pur originariamente auspicata da ben due membri permanenti del Consiglio di Sicurezza ONU, Francia e Federazione Russa<sup>33</sup>;

(b) per altro verso, è necessario che l'atto sia qualificabile come illecito in quanto incompatibile con la Carta delle Nazioni Unite, o perché

(i) diretto contro «sovranità, integrità territoriale, indipendenza politica» (concetti,

<sup>30</sup> K. AMBOS, *op. cit.*, 492 s.

<sup>31</sup> Il concetto di gruppo organizzato transnazionale, ad es., è oggetto di tematizzazione da parte di chi si occupa di Relazioni Internazionali: utile, anche per i riferimenti bibliografici, Francesca LONGO, *Organised Crime: towards a two level analysis*, in [http://www.psa.ac.uk/journals/pdf/5/2010/1521\\_1415.pdf](http://www.psa.ac.uk/journals/pdf/5/2010/1521_1415.pdf), 8. Cfr. inoltre J.O. FINCKENAUER, *Problems of Definition: What is Organized Crime?*, in *Trends in Organized Crime*, 8, 2005, 63 ss., 68; P. LUPSHA, *Transnational Organized Crime versus the Nation-State*, in *Transnational Organized Crime*, 2, 1996, n. 1, pp. 21-48. L. PAOLI - C. FIJNAUT, (eds.), *Organised Crime in Europe. Concepts, Patterns, and Control Policies in the European Union and Beyond*, Dordrecht, 2004.

<sup>32</sup> Ad es., l'individuazione dei casi di uso legittimo della forza; qui sia sufficiente rinviare a E. CREEGAN, *Justified Use of Force and the Crime of Aggression*, in *Journ. Int'l Crim. J.*, 10, 2012, 59 ss. (in partic. 69-72 sull'intervento umanitario; 72 s. sulla legittima difesa anticipata, oltre ad altri casi emersi nella prassi internazionale, quali l'inervento in prevenzione dell'escalation di conflitti, l'esercizio di poteri di polizia in funzione sostitutiva contro attori non statali: «substituted law enforcement», eccetera).

<sup>33</sup> Cfr. M. POLITI, *The Debate within the Preparatory Commission for the International Criminal Court*, in M. POLITI, G. NESI (Eds.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Aldershot, 2004, 47. Sulla posizione degli USA in merito v. soprattutto J. TRAHAN, *op. cit.*, 73-75.

questi, tutti normativi: siano essi giuridici, o parzialmente giuridici, o totalmente extragiuridici e in particolare storico-politici); oppure perché

(ii) incompatibile con la Carta ONU per qualsiasi altra ragione («in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations»);

(c) infine, gli atti qualificati – da un punto di vista, per così dire, di mera obiettività tipologica – come di «aggressione» nell'art. 8-*bis* (2), primo periodo, devono essere ulteriormente valutati in armonia con («in accordance with») la Risoluzione 3314 (XXIX) dell'Assemblea Generale ONU<sup>34</sup>. Sennonché, la Ris. 3314 era concepita non già nell'ottica di una responsabilità individuale, bensì della responsabilità internazionale degli Stati e come ausilio per indirizzare le deliberazioni del Consiglio di Sicurezza. Da qui l'elasticità delle relative previsioni<sup>35</sup>, che soltanto in quell'ottica trova una sicura giustificazione. Ma proprio questa caratteristica si pone come il dato più immediatamente problematico allorché la Risoluzione sia richiamata a fini completamente differenti, in particolare quello di definire altrettanti elementi strutturali di un crimine individuale.

Si tratta di un rinvio obiettivamente infelice, appunto perché sembra richiamare *tutte* le rilevanti previsioni della Risoluzione, con esiti che la dottrina prevalente tuttavia rifiuta perché contrari al principio di legalità (su questo aspetto v. §§ 2.3.1.2 e 6 *sub* III).

D'altra parte, le singole ipotesi descritte non rilevano, per così dire, come tali, bensì sotto la presupposizione di un giudizio valutativo *ulteriore* che, per la Corte, si prospetta in termini di doverosità: esse sono cioè rilevanti solo previo ulteriore giudizio sull'avvenuto superamento di una «soglia di offensività»: il criterio della «manifesta» violazione della Carta ONU<sup>36</sup>.

La discrezionalità della Corte rischia, su questa base, di dilatarsi a dismisura. Non a caso, gli Stati si sono preoccupati di indicarne le coordinate interpretative, imponendo negli *Understandings* annessi alla Risoluzione (Annex III, Nr. 7, ultimo periodo), una specifica interpretazione della «soglia»<sup>37</sup>: non soltanto l'atto di aggressione deve costituire «by

<sup>34</sup> Per una riflessione sulla Ris. 3314 ed il suo rapporto con il crimine di aggressione, v. N. STRAPATSAS, *Rethinking General Assembly Resolution 3314 (1974) as a Basis for the Definition of Aggression under the Rome Statute of the ICC*, in O. Olusanya, *Rethinking International Criminal Law. The Substantive Part*, Groningen-Amsterdam, 2007, 155-190.

<sup>35</sup> Il riferimento è, come si dirà (nel testo, § 2.3.1.2), al potere del Consiglio di sicurezza (art. 4 Ris. 3314) di individuare ulteriori atti di aggressione rispetto a quelli espressamente indicati nella Ris. 3314 (e riprodotti, come si è visto, nell'art. 8 *bis* St-ICC), nonché a quello di escludere l'illiceità di un atto apparentemente conforme a quelli tipici (art. 2 Ris. 3314).

<sup>36</sup> Art. 8 *bis* (1) St-ICC: «...an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations».

<sup>37</sup> Sul procedimento che ha portato alla formulazione degli *Understandings* (con particolare attenzione alla posizione critica degli USA, intesa a garantire che la fattispecie non fosse applicabile agli interventi cd. umanitari) e la problematica valutazione dal punto di vista internazionalistico, cfr. ad es. J. TRAHAN, *op. cit.*, 73 ss.; nella manualistica G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2012<sup>3</sup>, nr. marg. 1454 in nota 118, ove ulteriori riferimenti, specificamente in tema, da ultimo, K.J. HELLER, *The Uncertain legal Status of the Aggression Understandings*, in *JICJ* 2012, 229 ss.. Cfr. comunque art. 31 (2) (a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

its character, gravity and scale» una manifesta violazione della Carta ONU, ma ciascuna di queste tre componenti – per l'appunto, carattere, gravità e scala – non può ritenersi condizione sufficiente a soddisfare carattere manifesto della violazione («No one component can be significant enough to satisfy the manifest standard by itself»)<sup>38</sup>.

### 2.3.1.2. (Segue): *Il rapporto con la Risoluzione ONU n. 3314/1974*

Come si è accennato, il richiamo alla Ris. 3314 sembra apparentemente “consolidare” nella fattispecie di aggressione il contenuto della predetta Risoluzione, che entrerebbe nell'interpretazione del fatto tipico nella sua integralità, contribuendo a definirne (se così si può dire) contenuto e limiti. Ne deriverebbero due conseguenze.

Per un verso, il richiamo varrebbe ad incorporare la Risoluzione rendendo irrilevante il suo carattere di fonte internazionalisticamente (*völkerrechtlich*) non vincolante<sup>39</sup>.

Per altro verso, se il richiamo generico dovesse essere inteso come richiamo *integrale*, esso ingloberebbe l'art. 2 e l'art. 4 della stessa, che conferiscono al Consiglio di Sicurezza di operare addirittura in due direzioni opposte.

Da un lato, in direzione costitutiva: l'elenco delle forme di aggressione (lett. a-g) dovrebbe considerarsi soltanto esemplificativo. In tal senso l'art. 4 Ris.: «the acts enumerated ... are not exhaustive and the Security Council may determine that other acts constitute aggression under the provision of the Charter».

Dall'altro lato, in termini specularmente negativi, il Consiglio potrebbe arrivare alla conclusione che un atto formalmente corrispondente a quelli tipizzati dall'art. 3 Ris. (corrispondenti a quelli riprodotti dall'art. 8 *bis* dello Statuto) in realtà non costituisce aggressione, talché una determinazione in tal senso da parte dello stesso Consiglio sarebbe ingiustificata (art. 2). L'art. 2 Ris. stabilisce, in tal senso, una regola di diritto sostanziale formulata con un linguaggio di tipo procedimentale: premesso che l'uso della forza costituisce (solo) un indizio («*prima facie* evidence») dell'esistenza di un atto di aggressione, il Consiglio può in ogni caso escluderne in concreto l'esistenza, tenuto conto delle circostanze del caso, compreso il difetto della sufficiente gravità delle conseguenze.

Tuttavia, la pressoché unanime dottrina ha escluso che gli artt. 2 e 4 Ris. possano essere richiamati dall'art. 8 *bis*:<sup>40</sup> per un verso, perché s'introdurrebbe un'applicazione analogica in contrasto con il principio del *nullum crimen*; per altro verso, perché il merito del compromesso raggiunto a Kampala sui poteri del Consiglio di Sicurezza e sui rapporti di questo con la Corte consisterebbe per l'appunto nell'aver escluso l'interferenza di valutazioni di tipo

<sup>38</sup> Alcuni commentatori si sono chiesti se siano sufficienti due soglie, arzigogolando sull'espressione «no one component»; ma, a parte la discutibile compatibilità grammaticale (v. *The New Oxford American Dictionary*, ad vocem «No one»: «not a single», dunque significato solo negativo: un singolo criterio non è sufficiente), il senso della disposizione è chiaramente quello di richiedere la verifica di *ciascun* criterio.

<sup>39</sup> Sul carattere non vincolante della Risoluzione cfr. G. DELLA MORTE, *op. cit.*, 720.

<sup>40</sup> K. AMBOS, *op. cit.*, 487; in senso diverso tuttavia G. WERLE, *op. cit.*, nr. marg. 1457 e nt. 124, che pur escludendo l'applicazione analogica da parte del Consiglio di Sicurezza ritiene criticamente che il tenore testuale dell'art. 8 *bis* non possa escludere l'applicazione analogica da parte della stessa Corte.

esclusivamente politico, di cui è portatore il CdS, garantendo la libertà di valutazione della Corte. In tal senso dev'essere intesa, si sottolinea, la gemellare previsione degli artt. 15 *bis* (9) e 15 *ter* (4), secondo la quale

«a determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute».

Tale opinione ha senz'altro il merito di prendere sul serio la portata del principio di legalità anche nel diritto penale internazionale, e di erigere uno sbarramento alla discrezionalità politica quando si tratti di identificare la materia del divieto penalmente sanzionato.

Tuttavia, essa non pare del tutto convincente.

Innanzi tutto, focalizzare l'attenzione sull'applicazione analogica che deriverebbe dall'includere l'art. 4 Ris. rischia di far passare in secondo piano il fatto che una clausola di apertura a casi non espressamente previsti è in realtà contenuta nello stesso art. 8 *bis* (2), nella parte in cui indica come materia del divieto l'uso della forza armata «in any other manner inconsistent with the Charter». Inoltre, una clausola di analogia espressa, limitatamente – questa volta – ad una ipotesi specifica, è contenuta nell'art. 8-*bis* (2) (g)<sup>41</sup>.

Non è dunque l'art. 4 della Ris. 3314 che dà ingresso ad un'applicazione ipoteticamente analogica, in quanto un rinvio “in bianco” è già operato dalla stessa fattispecie tipica; non si potrebbe negare, dunque, che lo stesso art. 8 *bis* autorizzi la Corte ad operare un procedimento analogico<sup>42</sup>.

Ci si può chiedere, allora, se l'incorporazione dell'art. 4 non determini invece un effetto – certamente dai *drafters* non voluto né previsto – diverso da quello apparente, ed anzi opposto: nel senso, cioè, di escludere, da un lato, il potere di applicazione analogica da parte della Corte, conferendolo in via esclusiva al Consiglio di Sicurezza, ma, dall'altro lato, recuperando l'autonomia della stessa Corte alla quale spetterebbe pur sempre il potere di paralizzare gli effetti delle determinazioni del CdS. Questa ricostruzione, del resto, non appare incoerente con la scelta finale, faticosamente conseguita a Kampala, circa i poteri del CdS rispetto a quelli della Corte *in subiecta materia*.

Se è vero che la storia dei negoziati è segnata dalle frontali divergenze su questo specifico aspetto, dai vari tentativi di mediazione, dalla rocambolesca composizione delle dispute alla luce dell'ultima luna in favore dell'autonomia del giudizio della Corte, tuttavia si può osservare come la funzione del richiamo dell'art. 8 *bis* St-ICC all'art. 4 Ris. 3314, nella nuova connessione sistematica fra le due disposizioni, al contrario di quanto possa apparire a prima vista, risulti ben diversa da quella originaria.

In effetti, nello stesso momento in cui l'art. 4 è richiamato dalla norma dell'art. 8 bis, la sua funzione – a ben vedere – non è più estensiva della portata applicativa della fattispecie, bensì *limitativa*. L'art. 4 identifica, in questa prospettiva, *l'unico organo cui compete identifi-*

<sup>41</sup> «[A]cts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above» (corsivo aggiunto).

<sup>42</sup> In tal senso anche G. WERLE, *loc. ult. cit.*

*care atti diversi da quelli espressamente menzionati*: non potrebbe farlo neppure la Corte, in quanto il suo giudizio deve avvenire «in accordance» con la detta Risoluzione. Anche se la disposizione dell'art. 8 *bis* (2) sembra autorizzare un'applicazione analogica, essa dovrebbe essere comunque vietata *alla Corte*.

Ma l'incorporazione dell'art. 4 avrebbe anche un altro effetto, di natura interpretativa (e con ciò torniamo al problema dell'analogia in quanto tale e della sua compatibilità con i principi). La tensione che in tal modo innegabilmente si determina con il principio di legalità potrebbe essere allentata mediante una lettura sistematica che saldi in una prospettiva unitaria i due periodi dell'art. 8 *bis* (2): nel senso, cioè, che ogni altro uso della forza armata incompatibile con la Carta ONU deve tradursi comunque in un atto equiparabile a quell'aggressione contro la sovranità, l'integrità territoriale o l'indipendenza politica che si realizza nelle forme tipiche espressamente elencate: la determinazione da parte del CdS avverrebbe dunque secondo la logica – tollerabile in questo ambito – dei cd. *Regelfälle*. In tal modo si riesce a fornire un ancoraggio testuale e sistematico alla tesi che ammette l'applicazione della fattispecie ai soli casi simili a quelli espressamente enumerati, senza che ciò si traduca di per sé in un'applicazione analogica vietata; su questo aspetto torneremo in sede di riflessioni conclusive [*infra*, § 6 III (b/2)]<sup>43</sup>.

L'interpretazione qui fornita non conflige, a ben vedere, con l'autonomia della Corte tanto perseguita e faticosamente raggiunta a Kampala, né appare politicamente indesiderabile. Anzi, i poteri della Corte verrebbero ad essere salvaguardati, e nel migliore dei modi: felicemente privata del potere di applicazione analogica, essa si vedrebbe comunque garantito un potere di “interdizione”: a fronte di una determinazione positiva del CdS ai sensi dell'art. 4, essa può sempre pervenire in via autonoma ad una conclusione negativa, proprio avvalendosi della previsione degli artt. 15 *bis* (9) e 15 *ter* (4), sopra ricordata: in tal modo, la Corte potrebbe paralizzare non solo i casi più intollerabili di applicazioni analogiche in funzione politica, ma al limite *ogni caso* di applicazione analogica. Le preoccupazioni sul rispetto in astratto del principio di legalità/determinatezza verrebbero in tal modo stemperate, sia pure in una prospettiva più banalmente pragmatica.

*Un esempio: lo «Stuxnet Worm» ... e seguenti*

Quale esempio dei difficili confini tra testo e interpretazione in questa materia può valere quello dell'“attacco cibernetico”. Non espressamente menzionato nella fattispecie, si discute se esso possa cionondimeno acquisire rilevanza allorché, per il tipo di pregiudizio concretamente arrecato a programmi informatici necessari per il funzionamento di interi sistemi industriali, possa essere considerato altrettanto distruttivo di un attacco armato “tradizionale” e dunque assimilato a quest'ultimo.

L'interrogativo è sorto, in particolare, in occasione della vicenda del c.d. *Stuxnet Worm*<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> R.S. CLARK, *Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements, and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction*, in *Eur. J. Int'l L.*, 2009, 1105.

<sup>44</sup> Altri tre virus sembrano essere stati “sponsorizzati” a livello statale (il quarto, nell'agosto 2012: accertato, parrebbe, dalla nota ditta antivirus Kaspersky); riferimenti ai seguenti links: per l'ultimo caso, <http://bits.blogs.nytimes.com/2012/08/09/researchers-find-possible-state-sponsored-virus-in-mideast/?nl>

Si tratta di un c.d. *malware* estremamente complesso, presumibilmente programmato nel torno di un rilevante periodo di tempo da un team di specialisti appositamente dedicati, al fine di danneggiare uno specifico tipo di programmi informatici (PLC: «Programmable Logic Controller») concepito per operare a sua volta in sinergia con un sistema di controllo di processi automatizzati (SCADA: «Supervisory Control And Data Acquisition») operanti ad es. nell'industria delle telecomunicazioni, dell'energia, delle forniture di petrolio e gas, e – soprattutto – utilizzati anche in un centro dedicato al programma di armamento nucleare iraniano. «Attaccati» dal *worm*, i sistemi informatici del centro iraniano hanno in effetti subito danni tali da ritardare sensibilmente la realizzazione dei programmi nucleari<sup>45</sup>. Posto che, per varie ragioni sulle quali non ci si può soffermare in dettaglio, si ritiene ragionevole ipotizzare il coinvolgimento della direzione militare statunitense e/o israeliana, il tema interpretativo principale consiste nel determinare se un attacco informatico possa concretare il concetto di «uso» di «armi di qualsiasi tipo» («any weapons») contro un territorio straniero, integrando in tal modo la sottofattispecie dell'art. 8 *bis* (2)(b).

In dottrina è stata data risposta positiva, ammettendo una lettura «lata» di quest'ultima previsione, originariamente pensata in relazione alla materiale azione armata commessa mediante l'uso di armi tradizionali come missili, bombe, dispiegamento di truppe. Si afferma che le armi rilevanti alla stregua dell'art. 8 (2)(b) sarebbero identificate per la loro relazione diretta con il territorio di un altro Stato; oltre al fatto che il danno arrecato alla centrale nucleare sarebbe di tale gravità (distruzione delle centrifughe del reattore) da essere assimilabile a quello di un bombardamento<sup>46</sup>. Tale conclusione può risultare convincente, se si considera che in realtà la fattispecie appare ammettere esplicitamente una sensibile elasticità interpretativa proprio mediante il riferimento testuale ad «any weapons»<sup>47</sup>. Tuttavia, al fine di determinare il concetto di «armi» sarebbe necessario fare riferimento allo stato del diritto internazionale in materia; sul punto è opportuno menzionare l'autorevole posizione di chi sottolinea come il concetto di armi debba essere inteso non in relazione alla natura dello strumento, ma alla sua capacità distruttiva<sup>48</sup>. Trattandosi di indagine prettamente internazionalistica, sia qui sufficiente definire i termini della questione, senza pretendere di fornire un'argomentata risposta nel merito.

=*todayshadlines&emc=edit\_ae\_20120809*; per il virus «Flame», successivo a Stuxnet, cfr. ad es. [http://www.foreignpolicy.com/articles/2012/05/29/flame\\_thrower?page=full](http://www.foreignpolicy.com/articles/2012/05/29/flame_thrower?page=full). In generale, per un'analisi strategica sul «cyber-space», v. <http://www.scribd.com/doc/90993780/The-Strategic-Uses-of-Ambiguity-in-Cyberspace-Libicki> (ringrazio il dott. Fabrizio Cotichia per queste segnalazioni bibliografiche (e altre, di cui qui non viene dato conto), così come per l'indicazione di cui in nt. 47).

<sup>45</sup> Dettagli in C. CAMMACK, *op. cit.*, 322 s.

<sup>46</sup> In tal senso C. CAMMACK, *op. cit.*, 322 ss.

<sup>47</sup> Sulle armi cibernetiche e alcuni miti diffusi sulla loro natura e potenzialità offensiva v., in generale, le riflessioni critiche di v. T. RID - P. MCBURNEY, *Cyber-Weapons*, in *The RUSI Journal*, vol. 157(1), 2012, 6-13.

<sup>48</sup> Y. DINSTEIN, *op. cit.*, § 559 (p. 212): «un attacco armato può essere condotto con mezzi convenzionali, non convenzionali, primitivi o sofisticati. Agli albori del terzo millennio ciò che si affaccia all'orizzonte è l'attacco elettronico; ciò di cui tener conto in via principale in tale attacco consiste negli effetti che ne conseguono. Se l'attacco ciberneticò finisse con il cagionare gravi danni materiali od addirittura perdite umane, ... si qualificherebbe come attacco armato» (trad. nostra).

### 2.3.2. *Il ruolo del Consiglio di Sicurezza nella struttura della fattispecie*

A questo punto v'è da chiedersi, come si diceva, quale sia il ruolo del provvedimento del CdS nella struttura della fattispecie<sup>49</sup>.

A) Nessun particolare problema – in termini di esegesi strutturale – sembra porsi nel caso dell'identificazione di un atto non previsto all'interno della lista; è chiaro che la determinazione del CdS, in tal caso, definisce un elemento costitutivo del reato, e precisamente l'atto aggressivo dello Stato quale illecito internazionale costituente obiettivo teleologico della condotta individuale e presupposto della punibilità del reato. Allo stesso tempo, tale determinazione è soggetta al vincolo della similitudine con gli atti espressamente indicati. Poiché peraltro tale qualificazione è oggetto di autonomo giudizio da parte della Corte, non vi sono motivi per paventare intollerabili violazioni del principio di legalità.

B) In presenza di un atto formalmente («prima facie») corrispondente alla descrizione tipica, ma rispetto al quale la determinazione che si tratti di un atto di aggressione non sarebbe giustificata «in the light of other relevant circumstances, including the fact that that the acts concerned or their consequences are not of sufficient gravity» (art. 2 Ris.), è necessario distinguere a seconda delle ragioni poste a base della decisione, e coordinare detta previsione con il meccanismo previsto dall'art. 15 *bis* dello Statuto per l'esercizio in concreto della giurisdizione da parte della Corte, che prevede l'interpello del CdS da parte del Procuratore e regola il procedimento a seconda degli esiti di quello (art. 15 *bis*, par. 6-8).

Nel sistema dello Statuto è condizione di procedibilità, sia pure *sui generis*, la deliberazione *positiva*, cioè nel senso che un atto di aggressione è *stato* compiuto [art. 15 *bis* (6-7)]; condizione *sui generis* o, se così si può dire, «condizione modale di procedibilità» perché, come si dirà, essa *consente* al procuratore di procedere senza ulteriori limitazioni, ma la sua mancanza – perché il CdS non si è pronunciato – *non gli impedisce* in assoluto di procedere. Semplicemente, se tale determinazione non vi sia stata, è necessario il filtro della Pre-Trial Division. Invece, non gioca esplicitamente nessun ruolo la determinazione *negativa*, cioè che un atto di aggressione *non vi è stato*: per quest'ipotesi l'art. 15 (bis) è silente. Autorevole dottrina ne ha dedotto l'applicazione del procedimento previsto per il caso di assenza di determinazione<sup>50</sup>: il procuratore può ugualmente procedere, previa autorizzazione della Pre-trial Division (sei giudici che siedono *en banc*). La valutazione della Corte sarebbe di fatto condizionata dalla presa di posizione del CdS, tuttavia i giudici non sono obbligati a decidere in senso conforme a quella determinazione.

In un caso siffatto, tuttavia, il conflitto tra CdS (che esclude l'esistenza di un atto di aggressione) e Corte (che ne afferma invece la realizzazione) verrebbe ad essere frontale; e

<sup>49</sup> Si noti che la questione ora posta diverge da quella del ruolo del Consiglio di sicurezza nel meccanismo di attivazione della giurisdizione: *infra*, § 5.

<sup>50</sup> K. AMBOS, *op. cit.*, p. 500-501 (l'A. riconosce che gli artt. 15 *bis* e *ter* fanno riferimento ad una determinazione positiva).

non è una situazione francamente auspicabile. Sembra preferibile allora distinguere, come si è poc' anzi accennato, a seconda dei motivi che sottendono la decisione del CdS.

(I.) Se la deliberazione negativa è adottata perché gli atti o le loro conseguenze non sono di sufficiente gravità, essa non sarebbe mai vincolante per la Corte, perché quella stessa valutazione le è espressamente devoluta dall'art. 8 *bis* (1). Affermare la vincolatività della decisione del CdS significherebbe di fatto sottrarre il crimine alla giurisdizione, togliendo con la mano sinistra quel che si è attribuito con la destra. In questo caso, dunque, senz'altro la decisione negativa può essere equiparata alla assenza di deliberazione.

(II.) Se la determinazione del Consiglio di Sicurezza *ex art.* 2 Ris. 3314 è adottata per ragioni non correlate alla gravità dei fatti, essa potrebbe essere motivata in ragione del ritenuto carattere non antigiusdicativo dell'azione statutale; ad esempio, perché l'atto statutale si radica nel diritto di autodifesa *ex art.* 51 Carta ONU<sup>51</sup>. In tal caso, la determinazione negativa dovrebbe esser ritenuta vincolante: essa rappresenta formalmente un *Verfahrenshindernis*, costruito come accertamento extragiudiziale di una situazione che però, dal punto di vista del suo fondamento sostanziale, si esprime come causa di giustificazione di diritto internazionale.

Tale soluzione non suscita peraltro quelle perplessità che potrebbe generare una generale vincolatività della determinazione negativa.

Come si è già accennato nel paragrafo precedente (*retro*, § 2.3.1.), il ruolo del Consiglio di Sicurezza nell'identificazione di un atto di aggressione può suscitare consistenti perplessità dal punto di vista del diritto penale. Si tratterebbe di un intervento politico, assolutamente discrezionale e fonte possibile di disparità di trattamento inspiegabili ed ingiustificabili in termini di eguaglianza giuridica, che dunque si rivelerebbe incompatibile con il principio di legalità riconosciuto dallo stesso Statuto di Roma: un "atto politico" come fonte di elementi costitutivi di un crimine che comporta responsabilità individuale sarebbe incompatibile con gli stessi principi generali della responsabilità penale proclamati dallo Statuto.

Tuttavia, nel caso in cui la ragione della determinazione negativa risieda nel bilanciamento di interessi tipico di una causa di giustificazione, una simile conclusione non riesce del tutto convincente. Il ruolo del Consiglio di Sicurezza, per quanto – o meglio, proprio in quanto – organo "politico", solleva in tal caso la Corte da un tipo di valutazione che, essa sì, finirebbe con lo snaturare i suoi compiti, devolvendole un bilanciamento di interessi estremamente complesso, in sede di determinazione della sussistenza di una scriminante nei rapporti internazionali (es., art. 51 carta ONU).

Ovviamente, si potrà discutere se non sarebbe stato meglio devolvere queste stesse valutazioni ad un organo diverso – di tipo giurisdizionale (la Corte Internazionale di

<sup>51</sup> Specificamente sull'art. 51 della Carta ONU cfr. T. RUYSS, *'Armed Attack' and Article 51 of the Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge, 2010, passim e partic. 126-139 (sul rapporto con l'aggressione).

Giustizia)<sup>52</sup> o meno (es., l'Assemblea Generale dell'ONU) – al fine di evitare condizionamenti politici pregiudizievoli per il principio di uguaglianza. Si tratta di un tema che fuoriesce dai limiti del presente lavoro; si può soltanto aggiungere che, com'è noto, fra diritto e diplomazia solo i giuristi si stupiscono della prevalenza delle ragioni della seconda.

#### 2.4. Verificazione effettiva dell'aggressione e questione della punibilità del tentativo

L'atto di aggressione deve essersi in concreto verificato<sup>53</sup>. Non si tratta dunque di un reato "a consumazione anticipata", ma di evento. Tuttavia, in linea di massima, non sembra ammissibile il tentativo, nonostante l'equivoco rinvio operato dall'art. 25 (3 bis), che dichiara applicabile anche la precedente disposizione dell'art. 25 (3) (f) in tema, per l'appunto, di tentativo. Ma punire il tentativo di una preparazione, o di una pianificazione, determinerebbe una retrocessione della tutela che, prima ancora che un problema di legittimità dal punto di vista dei principi del diritto penale (in primo luogo lo «harm principle», principio di offensività, *Rechtsgutsprinzip*)<sup>54</sup>, finirebbe con il rendere praticamente impossibile identificare le condotte rilevanti, e porre un limite alla retrocessione, configurando al limite un caso di scuola<sup>55</sup>.

La conclusione potrebbe essere diversa per le condotte di inizio ed esecuzione; ma anche per queste ultime il tentativo dev'essere escluso. È proprio rispetto all'evento, la cui verifica è esplicitamente richiesta dall'art. 8 bis, che si deve stabilire la soglia di gravità idonea a dislocare il fatto, oltre che sul piano dell'illecito internazionale statuale, nell'ambito della responsabilità internazionale penale (cioè individuale). Sarebbe francamente impossibile stabilire se un fatto tentato avrebbe potuto – in una valutazione prognostica priva di qualunque serio parametro di valutazione – determinare il pericolo di un evento di tale intensità, gravità, scala, da costituire manifesta violazione della Carta ONU, o addirittura costituire pericolo di un guerra di vasta dimensione. A meno che, ovviamente, il fatto in sé non abbia già quelle caratteristiche; ma allora si tratterebbe di un'aggressione consumata, e non di un mero tentativo.

Non si può neppure dar spazio all'anticipazione della tutela incriminando l'atto di aggressione che consista non già nell'uso ma nella minaccia dell'uso della forza che equivalga ad una vera e propria aggressione perché la rende superflua<sup>56</sup>, come nel caso di sovranchianze preponderanza militare dello Stato minacciate: tale condotta è infatti internazional-

<sup>52</sup> Sui casi nei quali la ICJ ha avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità dell'uso della forza v. in Italia E. KILDANI, *Il crimine internazionale di aggressione. L'aggressione come illecito internazionale e come fonte di responsabilità penale personale: un rapporto problematico*, in *L'Indice penale*, 2010, 273 (286-290).

<sup>53</sup> Cfr. esplicitamente gli *Elements of Crimes*, Article 8 bis, Elements, nr. 3: «the act of aggression ... was committed».

<sup>54</sup> Cfr. i rilievi critici di principio di K. AMBOS, *op. cit.*, 495 s., che ammette la configurabilità logica del tentativo denunciando peraltro l'effetto di «overcriminalization».

<sup>55</sup> Molto chiaro il requisito della verifica dell'atto, rispetto alla punizione delle condotte di planning, preparing (e ordering), nella proposta tedesca del 30.7.1999, di cui riferisce H.-P. KAUL, *The Crime of Aggression: Definitional Options for the Way Forward*, in M. Politi, G. Nesi (Eds.), *op. cit.*, 107.

<sup>56</sup> Di per sé la minaccia non è compresa nell'art. 8 bis: v. Y. DINSTEIN, *op. cit.*, nr. 360-362 e partic. nr. 368 sub (ii).

mente illecita ai sensi dell'art. 2 (4) della Carta ONU, ma non è contemplata dall'art. 8 *bis*. Se lo fosse stato<sup>57</sup>, sarebbe stato possibile punire – ma a titolo di reato consumato – fatti soltanto pericolosi per il mantenimento della pace.

## 2.5. Il livello individuale: le condotte della persona fisica. L'elemento soggettivo

### 2.5.1. Condotte

I. Le condotte di cui risponde la persona fisica sono quattro: pianificazione, preparazione, inizio e conduzione di un atto di aggressione. Prima di dedicarvi singolarmente brevi cenni, si impone in via preliminare una considerazione di carattere generale. La tipizzazione di tali condotte può apparire singolare ad un penalista “di diritto interno”. In effetti, di regola, in presenza di un evento sul quale s'impenna il disvalore oggettivo della fattispecie, l'autore risponde per la condotta che lo ha cagionato<sup>58</sup>, che assorbe – per così dire – gli stadi antecedenti dell'*iter criminis*, la cui fisionomia concreta (ad es., una lunga, ponderata preparazione) può eventualmente rilevare ad altri fini: ad es., per la commisurazione della pena. Nel crimine individuale di aggressione, invece, (anche) le condotte preparatorie sono tipizzate proprio in ragione della loro relazione con l'evento finale: assumono rilevanza proprio per la loro connessione obiettiva e la direzione finalistica all'atto di aggressione, e solo in quanto questo si sia effettivamente verificato.

D'altra parte, anche il diritto interno conosce situazioni nelle quali il giudizio su condotte prodromiche rispetto all'offesa si consolida e si concretizza solo al prodursi di un'evenienza successiva nel tempo, che ne rivela integralmente la carica offensiva, la quale altrimenti resterebbe, per dir così, soltanto in potenza: si tratta della disciplina penale del fallimento. L'incriminazione per bancarotta, come si sa, presuppone che, una volta intervenuto l'irreparabile – nel diritto italiano, la dichiarazione di fallimento – possano acquistare nuova luce condotte realizzate durante la gestione dell'impresa e considerate pericolose *ex ante*, anche se punite *ex post*: spese eccessive, irregolare gestione contabile, ecc.

Il paragone può sembrare iperbolico, ma proprio per questo non ci sembra privo di una qualche carica evocativa: insomma, l'aggressione è come la bancarotta dei rapporti internazionali.

Sulla base di queste considerazioni, si può confermare che la realizzazione dell'evento, lungi dal “consumare” la rilevanza delle condotte preparatorie, confluite in quella esecutiva, ne esalta il carattere criminale e ne fonda per ciò stesso la punibilità: possono acquistare rilevanza, in questa prospettiva, anche condotte relativamente molto lontane nel tempo (come nel caso del *Mein Kampf* di Hitler, di una quindicina di anni preceden-

<sup>57</sup> In effetti, lo SWGA propendeva fino ad un certo momento (2006) per ammetterne la configurabilità (riferimenti in K. AMBOS, *op. cit.*, 495 in nt. 147; inoltre R. CLARK, *Negotiating*, cit., 1109); ma l'intera questione fu successivamente abbandonata.

<sup>58</sup> Sia essa a forma libera, sia essa a forma vincolata: ai fini delle considerazioni che qui si svolgono questo non è rilevante.

te l'effettivo inizio della/e guerra/e di aggressione)<sup>59</sup>.

In questa prospettiva, i rapporti fra diritto e storia possono divenire complessi nelle loro reciproche implicazioni. In effetti, i criteri dell'imputazione non possono fare a meno della ricostruzione storica degli eventi, anche se i fatti "narrati" a fini dell'imputazione giuridica non si identificano con i fatti che supportano la "narrazione" storica: così, alla «preparazione della guerra»<sup>60</sup> la storiografia può ascrivere condotte che non possono essere considerate preparatorie in senso tecnico-penale (v. *infra*, II), così come – in termini specularmente simmetrici – può escludere condotte che sono invece rilevanti per l'incriminazione a titolo di «planning» (è appunto il caso del *Mein Kampf*).

II. Pianificazione e preparazione dell'aggressione costituiscono un crimine solo se seguite dalla commissione dell'atto di aggressione (*supra*, § 2.4).

La pianificazione corrisponde sostanzialmente alla fase ideativa e di risoluzione criminosa, con la quale il processo di motivazione interno matura in una decisione che supera altri, contrari impulsi<sup>61</sup>. Non è però semplice distinguere la condotta come tale dalle prove della sua esistenza.

La preparazione può essere definita come l'approntamento ed organizzazione dei mezzi materiali, dei mezzi logistici ecc., per la concreta esecuzione del crimine. Anche in questo caso può essere difficile identificare la condotta, sia in sé, sia differenziandola dai fatti che ne costituiscono la prova. Così, è noto che Hjalmar SCHACHT, Presidente della Reichsbank dal 17.9.1933 e dal 30.7.1934 ministro dell'economia nazionale (e prussiana), fu assolto dall'imputazione di partecipazione alla guerra di aggressione per il ruolo svolto nel riarmo della Germania (si tenga presente, del resto, che Schacht fu allontanato dal Ministero dell'economia alla fine del 1937)<sup>62</sup>. Su questo punto, comunque, va ricordato il giudizio di Hildebrand<sup>63</sup>:

«Solo più tardi, troppo tardi, egli riconobbe che le sue idee in materia di riarmo, e le sue concezioni economiche e politiche divergevano radicalmente da quelle di Hitler, il quale non pensava affatto di bloccare il riarmo quando l'economia si fosse sollevata e la società pacificata. Il suo [di Hitler] problema era piuttosto quello di continuare ad

<sup>59</sup> Così, lo IMT di Norimberga considerò come preparatorie le idee espresse nel *Mein Kampf* di Hitler (1925-26; ed anzi la Corte risale al discorso di Monaco del 24 febbraio 1920). Cfr. IMT, Judgment, 30 settembre 1946, in *The Trial of German Major War Criminals*, vol. 22, London, 1950, 415, 422 s. (le tesi espresse nel *M.K.* come «preparation for aggression»).

<sup>60</sup> È il titolo del cap. II del lavoro di Klaus HILDEBRAND, *op. cit.*.

<sup>61</sup> Si può utilizzare la nozione elaborata dai Tribunali ad hoc, con l'avvertenza che non si tratta in tal caso di una fattispecie accessoria: «The accused designed criminal conduct with the intent that a crime be committed»: così la riformulazione di G. BOAS - J.L. BISCHOFF - N.L. REID, *International Criminal Law Practitioner Library*, vol. I: *Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge, 2007 (3d reprint, 2011), 354.

<sup>62</sup> Sul punto si deve registrare la *dissenting opinion* del giudice russo, Gen. Nikitchenko: *The Trial of German Major War Criminals*, cit., 531-536.

<sup>63</sup> *Op. cit.*, Cap. I pag. 15 della traduzione italiana.

armarsi per poter fare la guerra, coprirne i relativi oneri ricorrendo all'atavica risorsa del bottino di guerra e infine, in prospettiva, distruggere l'ordine sociale esistente sul piano nazionale e internazionale. Né Schacht si era accorto di fare il gioco di Hitler».

In termini giuridici, questa “narrazione” – diciamo narrazione, perché la ricostruzione dei fatti non è effettuata nell'ottica della descrizione di un “contributo” in senso tecnico-penalistico – potrebbe significare soltanto che, impregiudicato l'effetto materiale del riarmo (il carattere obiettivo di condizione necessaria dell'aggressione) e dunque la sua indiscutibile natura di condotta preparatoria, la condotta di Schacht non era supportata dal necessario coefficiente soggettivo.

III. Quanto all'«inizio» ed alla «conduzione», si tratta di condotte idonee a dare ingresso alla responsabilità di quanti non abbiano partecipato alle precedenti fasi di elaborazione e preparazione.

Si potrebbe obiettare – e lo si è obiettato, ad es., per la posizione dell'Ammiraglio Dönitz<sup>64</sup> – che colui il quale interviene dopo lo scatenamento dell'aggressione non avrebbe nessuna possibilità di fermarla. Ma colui che partecipa con ruolo di vertice potrebbe pur sempre rifiutare il suo apporto. Le ragioni della carriera, il senso del dovere nei confronti del “popolo” o della “patria”<sup>65</sup>, l'ostinata percezione della responsabilità per la propria “posizione”, non meritano considerazione, anzi tanto più fondano fondano il disvalore nella loro cocciuta sordità. Del resto, anche davanti ai piani di guerra di Hitler vi fu chi, pur in alte funzioni di comando, si dimise<sup>66</sup>.

L'obiezione appena riferita, d'altronde, non avrebbe più ragion d'essere rispetto all'art. 8 *bis* St-ICC, che incrimina ora espressamente la conduzione di atti di aggressione indipendentemente dalla partecipazione allo scatenamento («initiating») di essa.

\*\*\*

Una riflessione riepilogativa sull'argomento. Nell'esperienza della giustizia penale internazionale è risultato storicamente discutibile quali condotte fossero idonee a profilarsi come

<sup>64</sup> H.-H. JESCHECK, *op. cit.*, 354-355.

<sup>65</sup> Sul senso prussiano di responsabilità e di obbedienza e sul ruolo da esso svolto nel contesto dell'acquiescenza alla politica hitleriana sono tragicamente espressive e rivelatrici le dichiarazioni, ad es., del generale Jodl, o di von Papen, l'uno condannato a morte, l'altro assolto dal Tribunale di Norimberga («die Pflicht gegen Volk und Vaterland steht über jeder anderen»: Jodl; «weil ich es für meine Pflicht hielt»: von Papen): cfr. *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof*, Nürnberg, 1948, vol. 22, 454-455; nonché il quadro culturale descritto da S. HAFFNER, *Geschichte eines Deutschen. Die Erinnerungen 1914-1933*, Stuttgart-München, 2000 [2003<sup>14</sup>], es. 98 s. (sul «puritanesimo prussiano» – rigidità, dignità, sobrietà, irreprensibilità, adempimento del dovere fino alla autonegazione, al disprezzo del mondo, alla cupezza – «secolarizzato»: serve non a sacrificare a Jehovah, ma al Re di Prussia...).

<sup>66</sup> Si tratta del Capo di Stato maggiore della Wehrmacht Ludwig Beck, che si dimise il 18 agosto 1938 (e fu poi cervello della fallita congiura contro Hitler del 20.7.1944): v. K. HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 70 della traduzione italiana: «soprattutto per protestare moralmente contro l'indirizzo di guerra di Hitler».

*lato sensu* preparatorie o esecutive di un'aggressione. Sul punto, ad esempio, le conclusioni del Tribunale di Norimberga circa l'irrelevanza specificamente penale delle condotte di invasione dell'Austria e della Cecoslovacchia possono suscitare forti perplessità, ed in effetti in altre pronunce di tribunali di occupazione esse sono state interpretate come crimini contro la pace (così lo *US-Military Tribunal* di Norimberga, 11.4.1949, nel caso *von Weizsäcker et al.* – cd. *Wilhelmstraßen-Prozeß*)<sup>67</sup>. Il problema dell'identificazione delle condotte, oggi, dovrebbe tuttavia risultare stemperato in ragione del “doppio livello” di valutazione della condotta, eventualmente con l'intervento del Consiglio di Sicurezza. Residui dubbi si avranno laddove una decisione in un senso o nell'altro non sia intervenuta, e il procuratore decida comunque di procedere, rimettendo così la valutazione in tutta la sua complessità alla Corte. V'è da sperare che nessun procuratore possa prendere una simile decisione a cuor leggero – anche se una certa insostenibile leggerezza dei cuori è lungi dal costituire evenienza di scuola, vista l'esperienza pregressa dell'ufficio della *Prosecution*<sup>68</sup>.

### 2.5.2. Elemento soggettivo. Errore

I. La questione di maggior rilievo, per la sua problematicità, è se sia necessario uno specifico *animus aggressionis* oltre alla normale coscienza e volontà dell'intento aggressivo dell'azione aggressiva, secondo quanto ritenuto ad esempio da Gerhard Werle<sup>69</sup>. Si è osservato, cioè, che lo specifico intento di chi attacca un altro stato è (deve essere) quello di soggiogarlo ed usarne le risorse a beneficio dello stato che aggredisce, sarebbe dunque necessario, già dal punto di vista della fattispecie oggettiva, un «additional aggressive element» per distinguere una guerra di aggressione da altri atti di uso della forza contrari al diritto internazionale (non è tuttavia necessario che l'autore personalmente elabori, possieda e contribuisca a formare gli scopi aggressivi, ma è sufficiente che ne sia a conoscenza). Qui la storia della Germania nel periodo 1937-1939 è probabilmente un implicito *Vorverständnis*, un condizionamento inespresso della tesi<sup>70</sup>.

Tuttavia, dopo la definizione di Kampala questa tesi non può essere sostenuta negli stessi termini assoluti con cui è stata enunciata.

Essa può tuttora convincere con riferimento alla guerra di aggressione come crimine

<sup>67</sup> Riferimenti in G. WERLE, *op. cit.*, 1449 nt. 102.

<sup>68</sup> Per critiche alla gestione del Procuratore Ocampo cfr., nella discussione pubblica, A. CASSESE, *Flawed International Justice for Sudan* (15.7.2008), in [www.project-syndicate.org](http://www.project-syndicate.org) (Cassese vi ha insistito anche in ID., *Il sogno dei diritti umani*, a cura di P. Gaeta, Milano, 2008, 162-166); R. MURPHY, *A milestone for international court as notorious warlord is brought to justice* (28.3.2012), in [www.irishtimes.com](http://www.irishtimes.com); utile per ulteriori riferimenti J. FLINT - A. DE WAAL, *Case Closed: A Prosecutor Without Borders* (s.d.), in [www.worldaffairsjournal.org](http://www.worldaffairsjournal.org), K.J. HELLER, *ICC Pre-Trial Chamber Criticizes Prosecutor* (15.2.2011), in <http://opiniojuris.org> (per tutti i siti ora cit., ult. accesso 24.8.2012).

<sup>69</sup> G. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, The Hague, 2009<sup>2</sup>, nr. marg. 1331 1342 (è l'edizione più recente prima della conferenza di Kampala, condotta sulla seconda edizione tedesca del *Völkerstrafrecht*, Tübingen, 2007).

<sup>70</sup> V. peraltro anche K. AMBOS, *op. cit.*, 485, secondo il quale la richiesta di uno specifico atteggiamento soggettivo avrebbe consentito di escludere con sicurezza gli interventi umanitari dall'ambito di applicazione della fattispecie.

di diritto consuetudinario. Con riferimento agli atti di aggressione che non si risolvono in una guerra, invece, v'è da dubitare della necessità di tale elemento ulteriore, sembrando sufficiente la consapevolezza dell'illegalità alla stregua dei parametri di qualificazione della Carta ONU o delle decisioni del CdS (che, ovviamente, dovranno essere conosciute). Tale sufficienza può essere assunta per due ragioni:

(i) lo specifico «aim» non è richiesto espressamente dalla definizione delle condotte di cui all'art. 8 bis, e dunque non sembra lecito inserirlo come se si trattasse di elemento soggettivo del fatto tipico;

(ii) soprattutto, la previsione espressa della rilevanza penale di quelle sole aggressioni connotate dalle peculiari dimensioni dell'attacco (per carattere, gravità e scala) e, conseguentemente, dal suo carattere di manifesta violazione della Carta ONU, equivale a richiedere un elemento soggettivo particolarmente pregnante, che rende superfluo l'ulteriore requisito in funzione selettiva. Si può dubitare, del resto, che la previsione di uno specifico intento aggressivo varrebbe effettivamente (come tale, od anche solo in ultima istanza) a selezionare i casi dubbi di intervento umanitario o, ad es., di *peace enforcement*.

II. Anche in tema di esclusione dell'elemento soggettivo del reato, ferma l'applicabilità delle regole generali (art. 30), ci si limiterà a ricordare che, in base a quanto stabilito dagli EC, il dolo non deve comprendere né l'incompatibilità fra l'atto di aggressione e la Carta ONU, né il carattere manifesto della violazione [*Elements of Crimes*, art. 8 bis, «Introduction» – rispettivam. (2) e (4)].

Tale previsione deve tuttavia essere esplicitata, perché essa non comporta l'irrelevanza di qualunque tipo di errore, ma semplicemente dell'errore sul precetto. Invece, se l'agente versa in errore sulle circostanze di fatto che comportano l'illiceità dell'aggressione ai sensi della Carta, o sulle circostanze di fatto che rendono manifesta quella incompatibilità, allora il dolo sarà escluso [art. 8 bis, «Elements» - rispettivam. (4) e (6)].

### 3. Il “dilemma del coccodrillo”: *questioni di giurisdizione razione loci ac personæ*

Come accennato, in questa sede non saranno presi in considerazione gli aspetti internazionalistici della scelta relativa alle modalità d'intervento del Consiglio di Sicurezza, e della complessiva vicenda che a tale scelta ha condotto<sup>71</sup>: la letteratura in tema è già cospicua, ed anche in lingua italiana si può fare riferimento ad una dettagliata esposizione “testimoniale” sui giorni che hanno portato alla Risoluzione di Kampala<sup>72</sup>.

Si tratta piuttosto di evidenziare, in questa sede, due aspetti fondamentali. Da un lato, il fatto che il complesso delle disposizioni in tema di esercizio della giurisdizione ha generato un groviglio interpretativo pressoché inestricabile, oggetto di discussioni persistenti, anche

<sup>71</sup> Ad es., B. VAN SCHAACK, *op. cit.*, 512 ss.

<sup>72</sup> G. DELLA MORTE, *op. cit.*, 697 ss.

se si ammetta che sia stato dipanato, per espressa volontà degli Stati Parte (discutibile negli esiti), il nodo relativo alle stesse modalità di entrata in vigore degli emendamenti, che pur aveva costituito oggetto, per lungo tempo, di una estenuante diatriba (I). Dall'altro lato, si tratta di chiarire in quali termini le nuove previsioni introdotte nello Statuto siano derogatorie rispetto alle ordinarie regole di applicazione *ratione loci* e *ratione personæ* (II).

I. Come si è detto, la Risoluzione di Kampala – all'esito di una lunga disputa sull'applicabilità dell'art. 121(4)<sup>73</sup> o dell'art. 121(5) dello Statuto –<sup>74</sup> dichiara espressamente applicabile l'art. 121 (5). Con ciò tuttavia non tutti i problemi sono risolti, innanzi tutto perché non è affatto chiaro il coordinamento di questa disposizione con quelle previste, a proposito dell'esercizio della giurisdizione, dagli art. 15 *bis* (2)-(4) e 15 *ter* (2) e (3) (in allegato), che prevedono ulteriori condizioni per l'esercizio della giurisdizione (es., approvazione da parte di trenta Stati; previsione, per il caso dello *State referral* o dell'indagine d'ufficio, della c.d. *opt-out clause*),<sup>75</sup> apparentemente derogatorie o comunque modificative dello stesso art. 121(5) che pure è espressamente richiamato come tale<sup>76</sup>.

Tralasciando di esporre, in questa sede, le varie opinioni dottrinali che sono state avanzate per sciogliere i nodi interpretativi posti dal coordinamento sistematico delle previsioni (e soprattutto dai conseguenti assetti pratici), sembra opportuno un prelimi-

<sup>73</sup> «Except as provided in paragraph 5, an amendment shall enter into force for all States Parties one year after instruments of ratification or acceptance have been deposited with the Secretary general of the United Nations by seven-eighths of them».

<sup>74</sup> «Any amendment to articles 5, 6, 7 and 8 of this Statute shall enter into force for those States Parties which have accepted the amendment one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance. In respect of a State Party which has not accepted the amendment, the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime covered by the amendment when committed by that State Party's nationals or on its territory». In tema, da ultimo, A. ZIMMERMANN, *Amending the Amendment Provisions of the Rome Statute*, in *JICJ*, 2012, vol. 10, 209 ss. L'Autore nota che l'applicazione dell'art. 121(5), oltre che dall'espressa dichiarazione finale contenuta nella Risoluzione, deriverebbe dal fatto che in effetti è stato abrogato l'art. 5(2) dello Statuto (*ibidem*, § 3C e relative note 36-41). Ma non è tesi condivisibile in una logica di diritto penale: un emendamento che abbia ad oggetto una specifica fattispecie incriminatrice è tale in quanto il crimine sia definito (in quanto la relativa fattispecie esista). Se non lo è – come non lo era l'aggressione – si potrà parlare di introduzione d'una nuova fattispecie, ma non certo di una mera modifica. Del resto, l'A. riconosce che il coordinamento con l'art. 15*bis* St-ICC finisce con l'imporre la conclusione che non sia stato rispettato né il regime del 121(4) né quello del 121(5), ma sia stata seguita una procedura *sui generis*, con violazione delle regole dello stesso Statuto. Mi pare che la tesi sostenuta qui, nel testo, consenta di evitare questo tipo di *impasse*.

<sup>75</sup> Cioè la dichiarazione che lo Stato Parte dello Statuto non intende accettare la giurisdizione della Corte sul crimine di aggressione: art. 15 *bis* (4).

<sup>76</sup> Approfonditamente sulle questioni di giurisdizione, di recente, M. POLITI, *The ICC and the Crime of Aggression. A Dream that Came Through and the Reality Ahead*, in *J. Int'l Crim. Justice*, 10, 2012, 267 ss.. La bibliografia sul tema è comunque vasta: cfr. oltre agli autori citati in nt. 6, v. A. REISINGER CORACINI, *The International Criminal Court's Exercise of jurisdiction over the Crime of Aggression – at Least ... in Reach ... Over Some*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2 (2010), 745-789; R.L. MANSON, *Identifying the Rough Edges of the Kampala Compromise*, in *Crim. L. F.*, 2010, 417 ss.; K. SMALENBACH, *Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof: Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen*, in *JZ*, 2010, 745 (748 ss.).

nare chiarimento concettuale. È necessario distinguere, da un lato, le regole sull'*entrata in vigore* degli emendamenti; dall'altro, quelle sull'*esercizio in concreto della giurisdizione*. Le prime attengono al tema delle fonti; le seconde alle modalità di esercizio della giurisdizione<sup>77</sup>.

Già nello Statuto e negli emendamenti questi aspetti vengono sovente giustapposti e confusi. Esempio di questa confusione è del resto lo stesso art. 121(5): la prima parte concerne le condizioni per l'entrata in vigore degli emendamenti agli artt. 5-8; la seconda parte fa riferimento invece all'esercizio in concreto della giurisdizione. Proprio perché si tratta di (modifiche ad un) trattato multilaterale, del resto, è necessario disciplinare i casi nei quali le parti coinvolte sono legate da due regimi diversi: la Corte non potrà esercitare la giurisdizione nei confronti dello Stato rispetto al quale l'emendamento non è in vigore, e dunque la sua posizione sarà regolata esattamente nei termini di quella di uno stato non-Parte – non a caso, il testo della seconda parte del 121(5) corrisponde esattamente all'art. 15 bis (5) che esclude la giurisdizione della Corte nei confronti degli stati non-Parte<sup>78</sup>.

Ciò precisato, si può provare a decifrare il complesso della disciplina in discorso, con l'avvertenza che nessuna soluzione è immune da obiezioni<sup>79</sup>.

Gli emendamenti entrano in vigore per i soli Stati che li hanno accettati (testo letterale dell'art. 121(5), primo periodo); l'entrata in vigore è comunque differita di un anno decorrente dalla data del deposito dello strumento di ratifica o accettazione.

Quanto all'esercizio della giurisdizione, esso non è automaticamente attivabile nel momento in cui gli emendamenti entrano in vigore. Infatti, gli articoli 15 *bis* e 15 *ter* – entrambi ai commi 2 e 3 – prescrivono, per poter esercitare in concreto la giurisdizione, ulteriori condizioni – che però, lo si ribadisce, non attengono all'entrata in vigore degli emendamenti, ma solo alla possibilità per la Corte di "agire". Innanzi tutto, è necessario che gli emendamenti siano in vigore per trenta Stati<sup>80</sup>. Inoltre, è necessaria una decisione presa dopo il 1° gennaio 2017 dai due terzi degli stati-Parte (da calcolare comprendendo quelli che non abbiano accettato gli emendamenti)<sup>81</sup>.

Ciò non equivale ad osservare, peraltro, che la vera regola sull'entrata in vigore sarebbe quella espressa negli artt. 15 *bis* (2-3) e 15 *ter* (2-3), operanti in funzione modificativa dell'art. 121 (5): il rapporto fra quest'ultimo ed i primi può essere decifrato in un'altra prospettiva.

<sup>77</sup> In tal senso, molto chiaramente, R.L. MANSON, *op. cit.*, 424.

<sup>78</sup> Cfr. *infra*, § 5

<sup>79</sup> Secondo M. POLITI, *op. cit.*, 282 s., si tratta, per un verso, di nodi interpretativi che spetterà alla Corte dipanare, nessuna delle soluzioni finora prospettate risultando in definitiva esente da incongruità; per altro, verso, si auspica un accordo fra gli Stati-Parte che intervenendo *medio tempore* superi almeno parzialmente gli interrogativi più spinosi.

<sup>80</sup> Non si tratta, pertanto, di una *lex specialis posterior* rispetto al 121(5) quanto al numero di ratifiche necessario per l'entrata in vigore: in tal senso, invece, K. AMBOS, *op. cit.*, 507; R. HEINSCH, *op. cit.*, 737. Del resto, questa tesi porterebbe a ritenere almeno parzialmente incongruente il richiamo all'art. 121(5) contenuto nella parte operativa della Risoluzione. Se poi si aggiunge che Ambos ritiene che l'entrata in vigore sia per tutti gli stati, una volta che siano raggiunte le trenta ratifiche, allora quel richiamo sarebbe del tutto fuorviante.

<sup>81</sup> Il che è davvero poco comprensibile.

Dal punto di vista del diritto penale sostanziale, in effetti, il richiamo all'art. 121 (5) potrebbe apparire tutt'altro che superfluo, ed anzi fondamentale in una prospettiva specificamente penalistica, concernente *il rispetto del divieto di retroattività delle norme incriminatrici*. Infatti, pur essendo necessaria dopo il 2017 una specifica decisione degli Stati Parte, una volta ch'essa sia presa *risulterebbero perseguibili anche i crimini commessi precedentemente* – cioè, nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore e la ratifica, fino alla data della decisione predetta – *senza che ciò possa suscitare obiezioni dal punto di vista del divieto di retroattività ex art. 24 St-ICC*.

Infine, anche nel caso in cui le predette condizioni siano soddisfatte, uno Stato-parte che pure abbia accettato gli emendamenti<sup>82</sup> può ancora sottrarsi all'esercizio della giurisdizione nei suoi confronti dichiarando previamente che non ne accetta la giurisdizione in materia di aggressione – la fantasia diplomatica degli stati è inesauribile, dunque una tale situazione può apparire bizzarra ma non certo implausibile<sup>83</sup>. Fra l'altro, la parte operativa della Risoluzione prevede che tale dichiarazione di *opt-out* possa essere resa prima della ratifica o accettazione: disposizione oltremodo problematica<sup>84</sup>, ma che – se letta “cinematograficamente” nel senso di un *flash back*, cioè di uno Stato che sia in procinto di depositare e poi depositerà la ratifica – consente ad uno Stato di concorrere a formare il numero di ratifiche necessario per l'esercizio della giurisdizione, sottraendo al contempo se stesso a tale esercizio.

II. A questo punto si tratta di valutare l'impatto che sulle regole generali dispiega il complesso di disciplina così ricostruito.

In primo luogo, poiché la facoltà di rifiutare la giurisdizione della Corte è riconosciuta in generale, si tratta non solo e non tanto di un'eccezione all'applicabilità dello Statuto *ratione personæ*, quanto di un'eccezione alla disposizione generale sull'ambito della giurisdizione (art. 5 St-ICC) – o, meglio, di un limite interno, o limite esegetico della stessa disposizione. La dichiarazione dello Stato costituisce dunque una condizione di giurisdizione; coerentemente con la natura procedimentale di tale condizione, essa viene meno quando la dichiarazione sia revocata, come la stessa norma prevede (ultima parte).

Resta da considerare il problema, discusso dai commentatori, della compatibilità fra l'art. 121 (5), secondo periodo, e la previsione della *opt-out clause*, art. 15 *bis* (4). Quest'ultima disposizione sembra dichiarare applicabile l'art. 12, presupponendo dunque in apparenza un automatico esercizio della giurisdizione da parte della Corte nei confronti di un qualunque Stato-Parte aggressore (anche quello che non abbia ratificato), alla sola

<sup>82</sup> Si discute se anche lo Stato che non ha accettato gli emendamenti possa rendere questa dichiarazione (in senso affermativo ad es. R.S. CLARK, *Amendments*, cit., 704). Da ultimo sul punto M. POLITI, *op. cit.*, 278-283 e partic. 281 (dove si evoca lo scenario in cui, per massima prudenza, uno Stato che non abbia ratificato né accettato gli emendamenti effettui comunque la dichiarazione di *opt-out*). Per l'auspicio di un chiarimento fra gli Stati, nel tempo intercorrente fino al 2017, ed alcune proposte, v. p. 282 s.

<sup>83</sup> R.S. CLARK, *Amendments*, cit., 704 s.

<sup>84</sup> R.L. MANSON, *op. cit.*, 427.

condizione che – entrati in vigore gli emendamenti a sensi del primo periodo dell'art. 121 (5) – quegli non abbia depositata la dichiarazione di *opt-out*. Se così interpretato, l'art. 15 *bis* sarebbe in contrasto frontale con l'art. 121(5) seconda parte. In dottrina l'unica vi d'uscita è apparsa quella di distinguere a seconda della 'posizione' dello Stato aggredito. Se questo ha ratificato gli emendamenti, allora la giurisdizione della Corte si attiva; conclusione opposta nel caso di Stato-Parte non ratificante o Stato non-Parte<sup>85</sup>.

Una diversa lettura, secondo la quale soltanto gli Stati che abbiano ratificato gli emendamenti possano poi svincolarsi mediante la dichiarazione di *opt-out*, oltre ad avere una sua intrinseca plausibilità logica (può uscire solo chi è entrato...), non è affatto incompatibile con il richiamo all'art. 12. Tale richiamo dev'essere inteso infatti non come richiamo integrale, ma semplicemente nei limiti della compatibilità fra le due disposizioni: la locuzione «in accordance with» significherebbe allora semplicemente «in quanto compatibile». Del resto, quello stesso richiamo non è affatto privo di contenuto: esso vale a richiamare soprattutto, in questo contesto, la disposizione dell'art. 12 (3), secondo la quale anche uno Stato non-parte dello Statuto può accettarne caso per caso la giurisdizione<sup>86</sup>.

Deroga vistosa e distorsiva appare quella, duplice, secondo la quale [art. 15 bis (5)]<sup>87</sup>:

(a) la Corte non ha giurisdizione rispetto a (soggetti di vertice di) uno Stato che non è Parte dello Statuto, anche se hanno commesso aggressione contro uno Stato che è parte dello Statuto;

(b) la Corte non ha giurisdizione rispetto a (soggetti di vertice di) uno Stato che è Parte dello Statuto, se hanno commesso aggressione contro uno Stato che non ne è parte.

(*sub a*): La prima eccezione sembra inevitabile, determinandosi in quei casi un cortocircuito insolubile nei presupposti di esercizio della giurisdizione. La situazione ricorda infatti il dilemma del cocodrillo di cui narra la filosofia greca<sup>88</sup>: se la corte esercitasse la

<sup>85</sup> C. KRESS, L. VON HOLTZENDORFF, *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*, in *Journ. Int'l Crim. J.*, 8, 2010, 1194 ss., 1204 ss.

<sup>86</sup> *Contra*, fra altri, K. AMBOS, *op. cit.*, 505, che riprende le obiezioni secondo le quali: *a*) la tesi preferita nel testo creerebbe un duplice regime di giurisdizione per l'aggressione e per altri crimini (ma si tratta di crimini qualitativamente diversi, sicché la diversità di trattamento non sarebbe ingiustificabile); *b*) discriminerebbe gli Stati non-parte, che non avrebbero la possibilità di *opt-out* (nella manualistica, sull'esistenza di tale insensata discriminazione cfr. anche G. WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., nr. marg. 1469). Ma lo stesso Ambos ricorda l'art. 15 bis (5), che esclude in assoluto la giurisdizione nei confronti di Stati non-parte, sicché sembra che l'obiezione venga meno *per tabulas*.

<sup>87</sup> Si tratta dei casi nei quali il procedimento non sia attivato per *referral* del CdS; in quest'ultimo caso, infatti, tornerebbero ad applicarsi le regole generali. l'art. 15(ter), a questo punto, prima ancora che norma sulla giurisdizione dovrebbe essere intesa come regola sull'entrata in vigore degli emendamenti.

<sup>88</sup> «Any amendment to articles 5, 6, 7 and 8 of this Statute shall enter into force for those States Parties which have accepted the amendment one year after the deposit of their instruments of ratification or acceptance. In respect of a State Party which has not accepted the amendment, the Court shall not exercise its jurisdiction regarding a crime covered by the amendment when committed by that State Party's nationals or on its territory».

giurisdizione, violerebbe Statuto [art. 15 bis (5)] e diritto dei trattati (non c'è giurisdizione su Stati non Parte); se la Corte non esercita la giurisdizione, violerebbe pur sempre lo Statuto: il fatto è commesso in danno di uno Stato-Parte (o che abbia accettato la giurisdizione): art. 12 (2)(a).

Si potrebbe obiettare che in realtà, nel caso degli altri crimini devoluti alla giurisdizione della Corte, essa esercita sempre la propria giurisdizione su cittadini di uno Stato non parte, allorché abbiano realizzato il reato sul territorio di uno Stato-Parte, senza che questo significhi violazione di alcunché.

Ma non sarebbe un'obiezione insormontabile: nel caso qui in esame, in effetti, è soltanto la condotta statale (dello Stato non-Parte) che coinvolge sempre lo Stato-Parte, piuttosto che la condotta individuale dell'agente. Quest'ultima può in concreto avere un *link* con il territorio dello Stato aggredito, soprattutto quando si tratti di inizio e conduzione della condotta di aggressione; ma questo contatto non è affatto necessario. Verrebbe allora meno, in tutti i casi nei quali in concreto la condotta individuale non abbia nessun legame 'spaziale' con lo Stato aggredito, il presupposto della territorialità rispetto all'azione individuale, con la conseguenza che l'art. 12 (2) (a) non sarebbe applicabile e – come abbiamo per l'appunto sostenuto – la giurisdizione della ICC sarebbe comunque fuori gioco.

Si potrebbe ulteriormente replicare che la territorialità si determina non solo in relazione al luogo di commissione della condotta, ma anche a quello di produzione degli effetti. Ma anche questa replica non sarebbe insormontabile. Per un verso, il criterio dell' "ubiquità" è cosa diversa dal principio di territorialità; per altro verso, resta il fatto che gli effetti sono piuttosto prodotti, sullo Stato-vittima, piuttosto dall'aggressione quale atto statale che non dalle condotte individuali in quanto tali.

Questo aspetto e la correlativa dimensione del dilemma della giurisdizione sono trascurati dalla tesi secondo la quale la norma dell'art. 15 bis (5) costituisce una intollerabile violazione, dal punto di vista del diritto internazionale, del principio di territorialità, principio di diritto consuetudinario<sup>89</sup>: esso si riferisce alle condotte individuali, non a quelle statuali.

(*sub b*): Quanto all'eccezione al principio della personalità attiva, essa appare piuttosto balorda. La ragione di essa non può essere rintracciata nella necessità di rispettare la sovranità dello Stato non Parte, perché questo è la 'vittima' dell'aggressione e non è chiaro quale pregiudizio ad esso deriverebbe da una *res inter alios acta*. Sembra che prevalga la cautela apotropaica di cui si diceva all'inizio: meglio non attivare la giurisdizione della Corte quando siano coinvolti Stati che non l'hanno accettata.

Infine si può notare che la giurisdizione della Corte può essere esercitata nel caso di aggressione operata da Stato-Parte che abbia accettato la giurisdizione nei confronti di altro Stato-parte che, pur dopo averla accettata, abbia poi effettuato l'*opt out*<sup>90</sup>. Tale conclusione

<sup>89</sup> Nella dottrina italiana v. in partic. G. DELLA MORTE, *op. cit.*, 746.

<sup>90</sup> Conforme, R.L. MANSON, *op. cit.*, 431.

risulta essenzialmente dal tenore letterale dell'art. 15 (4), che autorizza la Corte ad esercitare la giurisdizione su un crimine occasionato da un atto di aggressione commesso da uno Stato-Parte (a meno che *questo* – non la vittima – abbia depositato la dichiarazione di rifiuto)<sup>91</sup>.

#### 4. *Giurisdizione domestica?*

Sull'aggressione come definita dallo Statuto può giudicare solo la Corte (Understandings, Nr. 5);<sup>92</sup> ma questo non pregiudica la possibilità che la norma consuetudinaria che vieta la «guerra» di aggressione sia applicata eventualmente da una giurisdizione nazionale, in particolare dalla giurisdizione dello Stato aggredito (al di là di ogni ragione di opportunità che qui non può essere discussa ed è piuttosto materia per internazionalisti e cultori della disciplina delle Relazioni Internazionali)<sup>93</sup>.

Gli *Understandings* approvati come Annex III alla Risoluzione di Kampala (4, 5) stabiliscono, per un verso, che la definizione statutaria dell'aggressione vale solo, per l'appunto, agli effetti statutarî. Pertanto, essa non può limitare o pregiudicare le regole di diritto internazionale consuetudinario esistenti o in formazione («existing or developing»).

#### 5. *Condizioni di procedibilità*

I. Nel caso di segnalazione da parte di uno Stato o di iniziativa *motu proprio*, il Procuratore dovrà verificare preliminarmente se il CdS abbia determinato l'esistenza di un atto di aggressione commesso dallo Stato. L'esistenza di un illecito statale determinato come tale con decisione del CdS è dunque condizione di procedibilità dell'azione [art. 15 *bis* (6)].

<sup>91</sup> Una situazione particolare è considerata da K. SCHMALENBACH, *op. cit.*, 750 col. sx, (secondo la quale, peraltro, anche uno Stato non-Parte può depositare la dichiarazione): uno Stato-Parte che abbia depositato l'*opt out* prima di accettare gli emendamenti (facoltà riconosciuta dalla parte operativa della Risoluzione, nr. 1, ultimo periodo) avrebbe tutto l'interesse a depositare invece la ratifica: e questo perché la Corte avrebbe comunque giurisdizione, *ex art. 12*, sugli attacchi rivolti contro altro Stato-Parte. Ma questa conseguenza non sembra condivisibile, come si precisa nel testo.

<sup>92</sup> «It is understood that the amendments shall not be interpreted as creating the right or obligation to exercise domestic jurisdiction with respect to an act of aggression committed by another State». Su casi di esercizio della giurisdizione nazionale, in occasione del quale si è dibattuta la questione della (guerra di) aggressione – casi non direttamente rilevanti, dunque, se non ai fini della determinazione di una *opinio iuris* in tema d'illegittimità di condotte di aggressione e precisamente per discutere il carattere consuetudinario di detto crimine (caso dell'invasione dell'Iraq da parte di forze coalizzate guidate da USA e UK, 2003) – cfr. G. KEMP, *op. cit.*, 127 ss. ma partic. 157 ss. (*R. v. Jones et al.*, 29.3.2006, in 45 *I.L.M.* 992 (2006), relativamente alla «causa di giustificazione» allegata da imputati di attentati contro basi militari in territorio britannico, nel senso di reagire al crimine di aggressione contro l'Iraq). In tema cfr. di recente le osservazioni critiche di B. VAN SCHAACK, *Par in parem imperium non habet*, in *Journ. Int'l Crim. J.*, 2012, 133 ss.

<sup>93</sup> Per tutti Y. DINSTEIN, *op. cit.*, nr. 418-420. Vi sono vari ordinamenti nazionali che puniscono fatti di aggressione nei confronti dello Stato: riferimenti in G. WERLE, *op. ult. cit.*, p. 630 in nt. 109.

Se il CdS decide che un atto di aggressione ha avuto luogo, allora il procuratore può procedere con le investigazioni [art. 15 *bis* (7)].

Se il CdS non decide nel torno di 6 mesi, il procuratore può comunque procedere alle investigazioni, ma previa autorizzazione della *Pre-trial Division* della ICC [art. 15 *bis* (8)]. In tal caso, peraltro, il Consiglio di Sicurezza può agire ex art. 16: può cioè sospendere il procedimento per 12 mesi (rinnovabili) ai sensi del Cap. VII della Carta ONU.

Nessuna specifica previsione, come si è già visto (retro, § 2.3.2), è dettata per il caso in cui la determinazione del CdS vi sia, ma negativa, nel senso cioè che si debba escludere che un atto di aggressione vi sia stato. Verosimilmente, e forse auspicabilmente, il Procuratore finirà col concludere che non c'è nessuna «reasonable basis to proceed» (art. 53 St-ICC; Rule 48 RPE).

II. Nel caso di deferimento (deferral) da parte del CdS non vi sono particolari problemi: in tal caso, il procuratore inizierà le investigazioni ex art. 13 (b) St-ICC.

## 6. Considerazioni finali

I. Le considerazioni che precedono hanno un carattere essenzialmente esegetico. Esse hanno sino ad ora aggirato lo scoglio principale che minaccia ogni rotta possibile in direzione dell'applicazione del crimine da parte della ICC: la plausibilità politico-criminale (tema che qui non possiamo affrontare) e, trattandosi di crimine individuale, la tenuta dei principi del diritto penale.

II. Quanto alla tenuta dei principi – di legalità (nel senso della necessaria determinazione legale del tipo criminoso: *nullum crimen sine lege*), di determinatezza/tassatività,<sup>94</sup> di uguaglianza – le obiezioni principali sono essenzialmente le seguenti:

- non è dato riscontrare in astratto e chiaramente quali siano le ipotesi di uso legittimo della forza: non esiste, in altri termini, una definizione di quali situazioni siano suscettibili di essere qualificate come violazione dello stato di pace o atto di aggressione ex art. 2(4) Carta ONU;
- il richiamo alle definizioni della Ris. 3314, pensato per l'illecito internazionale solo statutale, deve ritenersi inidoneo a sostenere il test di legalità, perché conferisce poteri al CdS, organo politico, e comunque la casistica non è formulata in modo inequivocabilmente vincolante né tassativo per la stessa Corte;
- il rischio è quello, per un verso, di una sistematica violazione del principio di uguaglianza e, per altro verso, di sostanziale disapplicazione dell'incriminazione.

<sup>94</sup> Art. 22(2) St-ICC: «The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy».

Così prospettate, si tratta di difficoltà che appaiono strutturali e come tali non rimediabili. Al fine di arginarne gli effetti di delegittimazione radicale del crimine di aggressione, si è proposto con intelligenza di collegare la responsabilità per tale crimine con la realizzazione degli altri crimini devoluti alla giurisdizione della Corte: in tal senso, recuperando un comune fondamento di tutela contro *mass violations* – le massicce violazioni dei diritti umani –, nel crimine dovrebbe essere inserita una clausola per effetto della quale, ai fini dello Statuto, s'intende per aggressione un attacco armato che comporti violazione dei diritti dei prigionieri o della popolazione civile<sup>95</sup>.

III. Nessuna di quelle obiezioni sembra tuttavia veramente insuperabile.

(a) Non la prima, perché l'attuale art. 8 *bis* indica le condotte che costituiscono il crimine in termini che, per quanto elastici, non paiono di per sé incompatibili con il principio del *nullum crimen* (non più incompatibili, ad ogni modo, di quanto non lo siano molte fattispecie-base dei crimini devoluti alla giurisdizione della Corte)<sup>96</sup>; così definita la fattispecie astratta, è del tutto comprensibile che in concreto possano sussistere circostanze che escludono, prevalentemente sul livello statale, tipicità od anti giuridicità del crimine o procedibilità dell'azione. Le relative difficoltà di accertamento potranno rivelarsi in pratica certamente gravi; ma esse incidono non già sulla legittimazione della fattispecie, bensì sulla sua effettività. Anche quest'ultima riserva, tuttavia, non dovrebbe essere sopravvalutata, se si considera che in relazione all'attacco contro l'Iraq del 2003 il procuratore ICC ha bensì escluso la sussistenza della giurisdizione della Corte, ma soltanto *ratione temporis* e non sotto il profilo dell'esistenza *prima facie* di una condotta oggettiva di aggressione.

(b1) Quanto al carattere politico delle decisioni del CdS – materia dunque di assoluta, incoercibile discrezionalità, legata com'è ai rapporti di potere nelle relazioni internazionali –, si tratta di un dato innegabile; ma può apparire addirittura necessario, se letto come alleggerimento della responsabilità per una decisione altrimenti spettante alla Corte, e comunque non incide sull'autonomia di essa per le ragioni già illustrate (§ 2.3.2)<sup>97</sup>. D'altra parte, tale critica – più che investire la fattispecie come tale o portare ad una totale devoluzione del giudizio alla Corte – potrebbe sollecitare nel prossimo futuro alla ricerca di un altro organo cui affidare il filtro di quella valutazione. Organo che al momento non sembra

<sup>95</sup> E. KILDANI, *op. cit.*, 329.

<sup>96</sup> Per un'analoga valutazione su questo specifico aspetto cfr. K. AMBOS, *op. cit.*, 483 s. Sia pure con riferimento alla guerra di aggressione, ma con spunto degno di essere segnalato in termini generali circa la sostanziale chiarezza del contenuto centrale delle condotte incriminate, v. l'argomentazione di Lord Bingham of Cornhill, in House of Lords, *R. v. Jones*, cit., § 19: «the core elements of the crime of aggression have been understood, at least since 1945, with sufficient clarity to permit the lawful trial ... of those accused of this most serious crime. it is unhistorical to suppose that the elements of the crime were clear in 1945 but have since become in any way obscure». Citazione riportata da G. KEMP, *op. cit.*, 159. Sul tema v. in modo specifico, di recente, M. MILANOVIC, *Aggression and Legality: Custom in Kampala*, in *Journ. Int'l Crim. J.*, 2012, 165 ss.

<sup>97</sup> In senso analogo v. B. VAN SCHAAK, *op. cit.*, nel testo dopo il richiamo della nt. 224.

poter essere individuabile se non nella Corte Internazionale di Giustizia o nell'Assemblea generale ONU, peraltro con i problemi che i commentatori di area internazionalistica hanno segnalato<sup>98</sup>. Trattandosi di materia strettamente internazionalistica, questo tema rimarrà qui impregiudicato.

Si deve comunque ribadire, per un verso, che l'intervento del Consiglio di Sicurezza avrebbe piuttosto la funzione di limitare l'ampia portata della clausola di apparente analogia espressa contenuta nell'art. 8 *bis* («any other manner...»: *supra*, § 2.3.1); comunque, la Corte potrebbe paralizzare quella valutazione (§ 2.3.1.2).

Per altro verso, il principio di legalità non può essere inteso come lo è negli ordinamenti nazionali (come riserva esclusiva di fonte)<sup>99</sup>, ma con riferimento al complesso delle fonti di diritto internazionale richiamate dall'art. 21 (in particolare, lett. *b*: principi e regole di diritto internazionale, dove non è discutibile la «supremacy» del Consiglio di Sicurezza alla stregua della Carta ONU, in particolare in base al cap. VII, in materia di mantenimento della pace)<sup>100</sup>.

Come è comprensibile, tuttavia, il tema generale del ruolo del principio di legalità nel diritto internazionale penale non può essere affrontato in questa sede (salvo quanto subito si dirà in tema di analogia: v. *infra*, punto *b/2*)<sup>101</sup>.

Tuttavia almeno su un aspetto, quello del rispetto del principio di retroattività, si deve spendere qualche parola; in effetti, è stato considerato come l'aspetto più problematico

<sup>98</sup> B. VAN SCHAACK, *op. cit.*, sub III § 2.

<sup>99</sup> Cfr. anche K. AMBOS, *op. cit.*, 483 s.; R. HEINSCH, *op. cit.*, 730. Sul tema generale del ruolo del principio di legalità nel diritto dei crimini internazionali la bibliografia è già sterminata; v. di recente, sul ruolo del diritto internazionale consuetudinario in funzione incriminatrice (con specifico riferimento alle fattispecie del Codice tedesco del crimini internazionali, *Völkerstrafgesetzbuch*), l'analisi critica di M. KUHLI, *Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht*, Berlin, 2010 (con riferimento anche al divieto di retroattività v. specificamente pp. 164-178); sembra però eccessivo escludere che il diritto internazionale consuetudinario possa costituire fonte integratrice dei precetti del diritto internazionale penale, anche *in malam partem*. Nella giurisprudenza internazionale cfr. soprattutto ICTY, TC, judgment, 2.8.2001, *Prosecutor v. Krsti*, § 541 ss.).

<sup>100</sup> Cfr. artt. 12(1), 24(1), 39 Carta ONU. Se la «priority» è indiscutibile, essa non è però da intendere come «esclusività» di valutazione. Infatti, la «exclusivity thesis», secondo la quale soltanto il Consiglio di Sicurezza avrebbe potuto determinare l'esistenza di un atto di aggressione – sostenuta da Russia, Cina e Francia – non si è affermata nelle negoziazioni di Kampala, anche perché, come tale, considerata senza salda base nella Carta e comunque non conforme alla prassi ONU. Su questo aspetto v. B. VAN SCHAACK, *op. cit.*, nel testo al richiamo della nt. 211.

<sup>101</sup> Cfr. nella dottrina italiana M. CAIANIELLO - E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Ind. pen.*, 2002, 307 ss. e partic. 320 ss. Un accenno alla posizione di chi scrive si trova in: *Postilla sul principio di legalità nello Statuto della Corte Criminale Internazionale*, in *Les sources du droit international pénal* (sous la direction de M. Delmas-Marty, Emanuela Fronza, Élisabeth Lambert-Abdelgawad), Paris, 2004, 329-332 (ma non con specifico riferimento all'aggressione). Si è ritenuto in dottrina che la discussione sulla natura dello Statuto (di creazione di nuove regole o meramente giurisdizionale) sarebbe decisiva ai fini del giudizio sulla legalità (in tema v. M. MILANOVIC, *op. cit.*, §§ 3, 4 A). Sembra però un falso problema, perché il crimine di aggressione introdotto nello Statuto è chiaramente *aliud* rispetto al diritto consuetudinario: sia se si ritiene, ad es. con Werle, che quest'ultimo incrimina senz'altro solo la «guerra» di aggressione; sia se si considera (ed è riconoscimento incontrovertito) che la Ris. 3314, pur recepita nell'art. 8 *bis*, concerneva di per sé soltanto condotte statuali e non individuali.

anche da quella dottrina che, specificamente occupandosi del crimine di aggressione dal punto di vista del principio di legalità, ritiene che – pur a fronte d’una disciplina censurabile perché ai limiti dell’indecifrabilità – altri dubbi di conformità al principio siano tutto sommato superabili<sup>102</sup>. In particolare, si afferma che la giurisdizione della Corte si eserciti *ex post facto* nel caso previsto dall’art. 13 lett. (b), e cioè di *referral* da parte del CdS, perché in tal caso lo Statuto è applicabile anche a Stati non-Parte.

La tesi non convince. Una volta che gli emendamenti siano entrati in vigore, l’applicazione a fatti successivi, sia pure commessi da soggetti di Stati non-Parte e per atti statuali di aggressione pure successivi all’entrata in vigore, non suscitano francamente nessuna perplessità dal punto di vista “endopenalistico” del divieto di retroattività; d’altra parte, lo stesso art. 13(b) è norma preesistente, che gli Stati non-Parte (i loro organi di vertice) possono senz’altro conoscere. Risulterebbe in tal modo garantita anche l’esigenza soggettiva che sta alla base, almeno secondo un orientamento diffuso, del divieto di retroattività – quella di conoscere preventivamente le regole applicabili per orientare la condotta in modo conforme alle esigenze dell’ordinamento di riferimento.

(b2) Non insormontabile appare anche il rilievo critico concernente il carattere non vincolante né tassativo delle definizioni contenute nella Ris. 3314.

Le definizioni in sé e per sé, in realtà, sono vincolanti, in quanto, come si è visto, presupposto necessario del crimine individuale.

Quanto alla determinatezza/tassatività, va detto che molti ordinamenti interni conoscono clausole generali («nei casi più gravi», e simili), regole esemplificative (*Regelbeispiele*), soglie di selezione quantitativa/qualitativa della rilevanza penale delle condotte formalmente incriminate. Orbene, se è pur vero che la compatibilità con i principi di tali tecniche di formulazione delle fattispecie è sovente contestata, tuttavia una conclusione univoca circa la loro (il)legittimità non può essere rassegnata in modo perentorio. Sembra necessario distinguere, per l’intanto, tra il problema dell’analogia e quello delle soglie di punibilità<sup>103</sup>.

Partendo dalla considerazione di quest’ultime, non sembra che esse siano incompatibili con il principio di determinatezza, tenuto conto che i criteri indicati specificano il più possibile lo stesso criterio selettivo generale – i «più gravi» crimini che interessano la comunità internazionale come tale – che fonda la giurisdizione della Corte; del resto, così come negli ordinamenti interni tale tecnica di selezione quantitativa non è contestabile in linea di principio, non si comprenderebbe perché la fattispecie di aggressione non possa ed anzi debba essere circondata da cautele altrettali.

Quanto al problema dell’analogia, anche in tal caso il paragone con gli ordinamenti interni può essere utile. Focalizzando l’attenzione, in questa sede, sul solo contesto culturale italiano, conviene richiamare quella dottrina che sottolinea come non sempre le formule di richiamo a «casi analoghi», «casi simili» ecc., introducano una vera e propria analogia

<sup>102</sup> M. MILANOVIC, *op. cit.*, §§ 1, 4 C).

<sup>103</sup> Come si ricorderà, la Corte ha giurisdizione sui fatti che per carattere, gravità scala, si traducono in una manifesta violazione della Carta ONU.

(vietata). Sarebbe necessario distinguere, allora, tra ipotesi omogenee ed eterogenee. Nel caso in cui il legislatore elenchi ipotesi omogenee, esse pur sempre «consentono di individuare un genere, che ricomprende sia i casi espressamente menzionati nella norma, sia i casi non menzionati ... Orbene, un tale elenco ha carattere solo esemplificativo e quindi si presta ad essere tradotto in una formula sintetica, in grado di abbracciare una classe di situazioni piú ampia rispetto ai casi espressamente menzionati, ma dai contorni comunque sufficientemente precisi»<sup>104</sup>. Nel caso di ipotesi eterogenee, invece, non sarebbe possibile individuare «un genere al quale ricondurre sia i casi espressamente menzionati, sia quelli evocati con la clausola finale»<sup>105</sup>. Solo in tal caso si tratterebbe di vera e propria analogia esplicita, confliggente con il principio di tassatività<sup>106</sup>.

Su queste basi, il giudizio sulla compatibilità del crimine internazionale di aggressione con i principi del diritto penale ruota intorno alla natura omogenea od eterogenea dell'elenco di atti statuali di aggressione descritti nella fattispecie. Quella compatibilità potrebbe essere affermata, pertanto, a patto di riconoscere nel rinvio ai casi analoghi un'ipotesi di mera esemplificazione che s'impenna su una lista d'ipotesi omogenee.

In effetti, una conclusione in senso positivo potrebbe essere raggiunta, e risultare convincente, in base ad una lettura teleologica della fattispecie: in definitiva, ai fini dell'integrazione del crimine non è decisiva la "pura materialità" delle condotte, a prescindere cioè dalla loro qualificazione in termini di anti-giuridicità per l'ordinamento internazionale. Se è vero che, in termini materiali, costituisce atto di aggressione qualsiasi uso della forza armata, esso rileva però come presupposto del crimine solo se diretto contro la sovranità, l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di un altro Stato e costituente «manifesta violazione» della Carta ONU. L'eterogeneità degli «atti» materiali descritti dall'art. 8 *bis* si rivela, in questa prospettiva, soltanto apparente: essi sono in tanto rilevanti, in quanto, per così dire, unificati da un'articolata valutazione normativa di essi come attacco manifesto alle condizioni basiche della convivenza pacifica tra Stati. Ecco dunque che l'elenco dell'art. 8 *bis* (2, a-g) può essere considerato come soltanto esemplificativo e la considerazione di atti simili non costituisce applicazione analogica vietata.

Quanto alla proposta di limitare l'applicazione della fattispecie ai casi simili<sup>107</sup>, essa – per un verso – sembra garantire proprio questa istanza di rispetto della tassatività fatta propria dalla migliore dottrina; che sia poi il consiglio di Sicurezza o la Corte stessa ad operare l'estensione, non è circostanza immediatamente rilevante sotto questo specifico profilo<sup>108</sup>. Per

<sup>104</sup> Perspicuamente, nella manualistica, G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, Milano, 2001<sup>3</sup>, 181 (sempre fondamentale, comunque, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I. *Nozione ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 210, 282, 300 ss.).

<sup>105</sup> G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *op. cit.*, 182.

<sup>106</sup> Per una prospettazione terminologicamente differente, ma coincidente negli esiti valutativi, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p.g., Padova, 2011<sup>7</sup>, 72 («fattispecie ad elencazione sostitutiva», per eterogeneità delle ipotesi elencate; «fattispecie ad esemplificazione esplicativa», con ipotesi omogenee; stessa articolazione per le cd. clausole di chiusura).

<sup>107</sup> R.S. CLARK, *op. loc. cit.* (nt. 44).

<sup>108</sup> Altra questione è se l'applicazione analogica incida sul principio di eguaglianza; di ciò *infra*, nel testo, sub (c).

altro verso, quell'interpretazione è suggerita dal necessario coordinamento tra la definizione generale del crimine contenuta nell'art. 8 *bis* (1) e i requisiti dell'atto di aggressione stabiliti da primo periodo dell'art. 8 *bis* (2): in tanto un atto di aggressione statale può costituire anche crimine individuale, in quanto si manifesti sia come uso della forza qualificabile alla stregua dei parametri teleologici poc'anzi ricordati (attentato alla sovranità, ecc.), sia in quanto si risolva in una manifesta violazione delle condizioni imposte per la legittimità di quell'uso. L'elenco contenuto nella fattispecie, oltre a definire una volta per tutte i casi nei quali sicuramente ci si trova di fronte ad un atto di aggressione, offre anche i necessari parametri di giudizio per ricondurre alla fattispecie l'uso della forza realizzato «in ogni altra maniera» che sia incompatibile con la Carta ONU.

(c) Quanto all'ultima obiezione – relativa alla violazione del principio di uguaglianza che si annida nell'arbitrarietà del giudizio sull'esistenza dell'atto statale di aggressione – si tratta di definirne contenuto e portata.

Se essa si riferisce al coinvolgimento del Consiglio di Sicurezza, essa non sembra idonea a stigmatizzarne le attuali modalità se si ammette, con la dottrina maggioritaria, che né la decisione positiva né quella negativa sull'esistenza dell'atto statale di aggressione vincolino la Corte. Qualche perplessità può invece sorgere quando si ritenga – come qui sostenuto – che la decisione negativa possa, almeno in alcuni casi, vincolare la Corte. Si tratterebbe dei casi nei quali si discute della legittimità per esistenza di una causa di giustificazione – in particolare, la legittima difesa o l'autorizzazione all'intervento per ragioni umanitarie o di *peace enforcing/building*. In questi casi, quando la situazione concreta renda il caso molto controverso, verrebbe meno, in realtà, un elemento della fattispecie: la «manifesta» violazione della Carta ONU. Qualora, infine, possa apparire lampante che l'arbitrio della decisione politica faccia aggio sulla realtà degli eventi, v'è da chiedersi se l'esercizio della giurisdizione *per seipsum* non sarebbe in realtà estraneo alle stesse ragioni di edificazione dell'organizzazione delle Nazioni Unite, così come sono concepite nelle presenti contingenze storiche. Salve le prospettive di riforma, al momento questo la comunità internazionale ha da offrire a se stessa; uscire per via giudiziale da questa realtà sarebbe, forse, un prezzo troppo alto da pagare.

Se l'obiezione imperniata sul principio di uguaglianza mette in discussione la struttura del crimine secondo il doppio livello, statale e individuale – che inevitabilmente consente l'ingresso a valutazioni di carattere esclusivamente politico soprattutto relativamente al primo, propedeutico livello – essa investe in pieno il nucleo strutturale dell'incriminazione; ma in tal modo finisce con il negare legittimazione, piuttosto che al crimine come tale, all'intero meccanismo operativo, per così dire, della giurisdizione penale internazionale: inevitabilmente, anzi programmaticamente selettivo. La portata di una simile obiezione imporrebbe tuttavia un complessivo ripensamento di questo aspetto fondante della giurisdizione della ICC, che non può essere svolto in questa sede.

IV. Infine, quanto alla proposta di ricondurre il crimine di aggressione all'alveo naturale della giurisdizione ICC – attivandone la repressione solo quando l'atto aggressivo si accom-

pagni a genocidio, crimini contro l'umanità e di guerra – essa rischia di rendere superflua la stessa figura di reato, disperdendone proprio quel disvalore autonomo che sembra essersi consolidato, pur forse senza adeguata consapevolezza delle conseguenze, nella comunità internazionale.

D'altronde, l'esigenza espressa da quella proposta è in sé corretta. Anche quando si ritenga di identificare i “beni giuridici” tutelati dalla fattispecie di aggressione nella sovranità ed indipendenza politica di una compagine statale, infatti, tali beni – proprio in quanto legittimano l'esistenza di crimine internazionale individuale e non di un semplice illecito statale – devono essere pur sempre intesi in un senso del tutto specifico, riempito di un valore omogeneo al significato della devoluzione dei più gravi crimini alla Corte Criminale Internazionale<sup>109</sup>.

Tale “disvalore differenziale”<sup>110</sup> dell'aggressione come crimine individuale può essere spiegato in questo senso: sovranità e indipendenza sono tutelate non in quanto tali, ma in quanto sono intese come la *precondizione necessaria dell'esistenza stessa di una comunità internazionale* fintantoché questa sia costituita, storicamente, da una comunità di Stati. Solo a patto che la comunità internazionale sia garantita nelle sue condizioni primarie di esistenza si potrà anche assicurare che essa *sia capace di tutelare a sua volta i propri valori ultimi*.

In tale prospettiva, del resto, non soltanto non è necessario, ma non è neppure logico né opportuno che il crimine di aggressione sia punito soltanto se ne derivino «mass atrocities». Al contrario, se si riflette sul fatto che la minaccia all'esistenza della comunità internazionale per via d'un atto di aggressione intenzionale, deliberato, manifestamente in violazione della Carta ONU, costituisce una *lesione dei primi, fondamentali strumenti di tutela* dei valori ultimi, allora quell'aggressione rappresenta – per ciò stesso – anche un pericolo (sia pure presunto) per l'incolumità o per i diritti personalissimi anche di un solo uomo: quest'uomo incarna da solo, e forse proprio perché solo – solo contro la forza armata del potere – l'umanità *as a whole*: esattamente il meccanismo di tutela per cui la Corte è stata istituita, il *fundamentum inconcussum* della sua giurisdizione.

\* \* \*

<sup>109</sup> Riflessioni sulla «base razionale» per la criminalizzazione dell'aggressione in G. KEMP, *op. cit.*, 245-247. Troppo generiche sembrano le considerazioni relative alla codificazione del diritto internazionale (penale) consuetudinario: cfr. in tal senso D.D. NTANDA NSEREKO, *The Kampala Review Conference: The Capstone of the Rome System*, in *Criminal Law Forum*, Springer 2011 (published online 11 November 2011: DOI 10.1007/s10609-011-9153-1).

<sup>110</sup> Qui con l'espressione «disvalore differenziale» intendo il disvalore aggiuntivo che segnala il passaggio dall'atto di aggressione come illecito internazionale dello Stato all'aggressione come crimine.

**Article 15 bis***Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (State referral, proprio motu)*

1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with article 13, paragraphs (a) and (c), subject to the provisions of this article.
2. The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties.
3. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken after 1 January 2017 by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute.
4. The Court may, in accordance with article 12, exercise jurisdiction over a crime of aggression, arising from an act of aggression committed by a State Party, unless that State Party has previously declared that it does not accept such jurisdiction by lodging a declaration with the Registrar. The withdrawal of such a declaration may be effected at any time and shall be considered by the State Party within three years.
5. In respect of a State that is not a party to this Statute, the Court shall not exercise its jurisdiction over the crime of aggression when committed by that State's nationals or on its territory.
6. Where the Prosecutor concludes that there is a reasonable basis to proceed with an investigation in respect of a crime of aggression, he or she shall first ascertain whether the Security Council has made a determination of an act of aggression committed by the State concerned. The Prosecutor shall notify the Secretary-General of the United Nations of the situation before the Court, including any relevant information and documents.
7. Where the Security Council has made such a determination, the Prosecutor may proceed with the investigation in respect of a crime of aggression.
8. Where no such determination is made within six months after the date of notification, the Prosecutor may proceed with the investigation in respect of a crime of aggression, provided that the Pre-Trial Division has authorized the commencement of the investigation in respect of a crime of aggression in accordance with the procedure contained in article 15, and the Security Council has not decided otherwise in accordance with article 16.
9. A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute.

10. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in article 5.  
[Inserted by resolution RC/Res.6 of 11 June 2010]

#### **Article 15 ter**

##### *Exercise of jurisdiction over the crime of aggression (Security Council referral)*

1. The Court may exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with article 13, paragraph (b), subject to the provisions of this article.
2. The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties.
3. The Court shall exercise jurisdiction over the crime of aggression in accordance with this article, subject to a decision to be taken after 1 January 2017 by the same majority of States Parties as is required for the adoption of an amendment to the Statute.
4. A determination of an act of aggression by an organ outside the Court shall be without prejudice to the Court's own findings under this Statute.
5. This article is without prejudice to the provisions relating to the exercise of jurisdiction with respect to other crimes referred to in article 5.

ANGELO MARLETTA

DETEZIONE “AMMINISTRATIVA” DELLO STRANIERO  
E RISERVA DI GIURISDIZIONE IN MATERIA DI LIBERTÀ PERSONALE

SOMMARIO: 1. Le parole e le cose: “trattenimento”, “detenzione amministrativa”, “riserva di giurisdizione”. – 2. Alcune riflessioni sui contenuti necessari del controllo giurisdizionale. - 2.1 Un controllo negletto: la verifica della legittimità del provvedimento espulsivo presupposto. - 2.2 Controlli necessari: a) le “esigenze” legittimanti la detenzione amministrativa. - 2.3 segue: b) il rischio di fuga tra presunzioni iuris et de iure ed accertamento in concreto. - 2.4 segue: c) il principio di proporzionalità ed il comma 2-bis dell’art. 19 T.U. Imm. nell’ottica «caso per caso». – 3. Il controllo sulla detenzione in itinere. - 3.1 Mutamento dei presupposti, “riesame” a richiesta e revoca anticipata della detenzione. - 3.2 Il controllo in sede di proroga sul diligente espletamento delle attività amministrative legittimanti la detenzione. – 4. Conclusioni.

1. *Le parole e le cose: “trattenimento”,  
“detenzione amministrativa”, “riserva di giurisdizione”*

Il “trattenimento” dello straniero, nelle due *species* del “pre-espulsivo” e del richiedente protezione umanitaria, è istituito attualmente disciplinato dagli artt. 14 del D. Lgs. 286/98 (d’ora in poi T.U. Imm.) e 21 del D. Lgs. 25/08.

Germinato dalla curiosa manipolazione di una misura cautelare penale tipica<sup>1</sup>, esso rappresenta oggi la forma più intensa di intervento che lo Stato, perseguendo finalità diverse da quelle proprie dell’ordinamento penale, può operare sulla libertà personale di un individuo.

A prescindere dalle scelte nomenclatorie, è il diretto e immediato assoggettamento fisico all’altrui potere, tipico di una vera e propria «restrizione» della libertà tutelata dall’art. 13 Cost. a qualificarlo indiscutibilmente come strumento incidente sul diritto inviolabile riconosciuto e tutelato dall’art. 13 Cost.<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> La prima stabile introduzione dei centri di detenzione amministrativa per stranieri sottoposti ad espulsione si deve all’art. 12 della l. n. 40/98 (cd. “Turco-Napolitano”). Già in precedenza, con l’art. 7-sexies, comma 5, del d.l. 489/95 (cd. “decreto Dini”), era stata prevista una particolare applicazione allo straniero da espellere della misura cautelare dell’obbligo di dimora con divieto di allontanamento «dall’edificio o struttura indicati nel provvedimento e scelti fra quelli individuati con uno o più decreti del Ministero dell’interno», ai sensi dell’art. 283, comma 4, c.p.p.

<sup>2</sup> In tal senso è inequivoca la affermazione della Corte Costituzionale nella sentenza n. 105/01 che ha ricondotto il “trattenimento” alle «altre restrizioni della libertà personale» richiamate dal comma 2 dell’art.13 Cost. La Corte è pervenuta a tale conclusione guardando al «contenuto» della restrizione e delle sue modalità e debitamente valorizzandone l’«incidenza finale sul corpo» (secondo una espressione riferibile ad A. PACE, voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, 1974, p. 297). Nondimeno, è stato segnalato come nella sentenza n. 105/01 ricorra una commistione di criteri definitivi D. PICCIONE, *La*

Adeguando le parole alle cose, quindi, nel prosieguo del presente lavoro ci si riferirà all'istituto con il meno equivoco termine di "detenzione amministrativa"<sup>3</sup> che, già su un piano intuitivo, permette di apprezzare meglio la dimensione dei valori in gioco.

Colta in tale prospettiva, la tematica si colora, a nostro parere, di tinte particolarmente forti che chiamano in causa una ulteriore precisazione a carattere preliminare e definitorio.

Cosa si deve intendere per "riserva di giurisdizione" quando si opera sul terreno della libertà personale e delle sue restrizioni?

La risposta può risultare meno scontata di quanto si possa credere, anche alla luce delle soluzioni offerte da alcuni approdi giurisprudenziali di cui daremo conto in seguito.

Ne tenteremo, comunque, fin d'ora una definizione.

Nella logica dell'art. 13 Cost., il concetto di "riserva di giurisdizione" si lega al concetto di «inviolabilità» ed esprime due particolari garanzie rispetto all'ingerenza statale nel diritto del singolo: da un lato, esso individua la specifica attribuzione soggettiva del potere restrittivo all'«autorità giudiziaria»<sup>4</sup>, organo preferito rispetto ad altri per la propria particolare posizione ordinamentale, caratterizzata da terzietà ed indipendenza rispetto agli altri poteri dello Stato; dall'altro – e questo più ci interessa – esso connota l'estensione e la qualità del controllo che a quella stessa autorità deve spettare nel caso concreto sui presupposti di legge.

Per risultare compatibile con la natura e le finalità di garanzia della riserva tale controllo deve essere pieno<sup>5</sup>: esso deve inerire a tutti i «casi» ed i «modi» previsti dalla legge e, deve, nelle ipotesi eccezionali del comma 3 dell'art. 13 Cost., investire anche lo scrutinio delle ragioni di «necessità» e «urgenza» tassativamente predeterminate dalla legge<sup>6</sup>.

Non sono ammissibili, pertanto, settori della vicenda restrittiva in concreto impermeabili al sindacato del giudice; ed anzi, dovrebbero considerarsi in conflitto con il significato della

*crisi della giurisdizione sui provvedimenti limitativi della libertà personale estranei a fini penali*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3159, nota 8.

<sup>3</sup> Con una precisazione doverosa: amministrativa, in tale caso, è solo la finalità perseguita dall'istituto e non la natura o la titolarità del potere restrittivo sulla libertà personale.

<sup>4</sup> «Autorità giudiziaria» è concetto più ampio di quello di «giudice» ed include anche la figura del pubblico ministero: in materia di libertà personale, nondimeno, si è nel tempo affermata una interpretazione soggettivamente più stretta che limita al «giudice» la piena titolarità potere restrittivo. Su tale dibattito si rinvia a V. GREVI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. Dir.*, 1974, p. 343 s. e G. AMATO, *Art. 13*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili (artt. 13-20)*, Zanichelli, 1977, p. 10

<sup>5</sup> «È comunque la forza del precetto costituzionale dell'articolo 13 a imporre una accezione piena del controllo che spetta al giudice della convalida» In tal senso, sempre C. Cost. n. 105/01 ove, peraltro, si sottolineava l'incompatibilità con la Carta di un potere di controllo del giudice che si riducesse ad un «riscontro meramente esteriore» delle condizioni di validità del trattenimento e dell'atto ad esso presupposto. Che la riserva di giurisdizione dell'art. 13 Cost. implichi un «controllo pieno» è inoltre affermazione significativamente riscontrabile in un settore particolarmente prossimo a quello che ci interessa, quello delle misure di prevenzione cd. «atipiche»: cfr. sul punto Cass. Pen., Sez. Un., 27 ottobre 2004, n. 44273, Labiola (in materia di obblighi di presentazione *ex art. 6*, comma 2, della l. 401/89).

<sup>6</sup> Senza che possa fuorviare l'utilizzo di due diversi termini, all'interno della disposizione costituzionale, per descrivere le due forme dell'intervento giudiziario sul diritto in questione: quello di «atto motivato» (comma 2) e quello di «convalida» (comma 3). Anche il concetto di «convalida», infatti, presuppone un controllo pieno da parte dell'autorità giudiziaria, seppur operato su presupposti – tassativi e legislativamente previsti – diversi. Sul punto, si veda A. PACE, voce *Libertà personale*, cit., p. 313.

garanzia costituzionale tanto una disciplina dei casi e dei modi che avesse per effetto la totale sottrazione all'autorità giudiziaria di un tale sindacato (ad esempio con rigide presunzioni *iuris et de iure*<sup>7</sup>), quanto una disciplina che rendesse le ragioni addotte dalla autorità di pubblica sicurezza, in ordine alla legittimità del proprio intervento provvisorio, insondabili da parte dell'autorità giudiziaria.

Poste tali premesse, di seguito si affronteranno alcuni snodi critici della legislazione e della giurisprudenza sulla detenzione amministrativa degli stranieri: in particolare, ci interrogheremo sulla compatibilità delle norme e di alcune prassi rispetto a quei caratteri di effettività e pienezza che il controllo del giudice deve assumere in conformità alla Costituzione ed alle fonti sovranazionali che influenzano la materia<sup>8</sup>.

## 2. Alcune riflessioni sui contenuti necessari del controllo giurisdizionale

### 2.1. Un controllo negletto:

#### *la verifica della legittimità del provvedimento espulsivo presupposto*

Rispetto alla nozione costituzionale della riserva di giurisdizione sulla libertà personale, un primo ed importante punto di frizione del sistema è individuabile nei limiti che la prevalente giurisprudenza è solita apporre alla cognizione del giudice della convalida circa la possibilità di valutare, già in quella sede, la legittimità dell'atto presupposto.

Limitandoci, sul punto, alla detenzione amministrativa "pre-espulsiva", occorre ricordare che la vicenda detentiva disciplinata nell'art 14 T.U. Imm. presuppone l'emissione di un decreto di espulsione da parte del prefetto<sup>9</sup>.

Sebbene il nesso di dipendenza tra i due atti sia evidente<sup>10</sup> e, nonostante, la stessa lettera dell'art. 14 comma 4 T.U. Imm. richiami la verifica dei «requisiti previsti dall'articolo 13», sono a tutt'oggi frequenti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione massime opinabili che affer-

<sup>7</sup> Vedremo, più avanti, come l'utilizzo di presunzioni sia presente nella materia *de qua*. In termini critici può osservarsi come il ricorso a presunzioni assolute o anche l'abuso di presunzioni semplici, rischia di subordinare ed annullare la riserva di giurisdizione nella riserva di legge. Che una tale subordinazione della garanzia giurisdizionale sia ravvisabile nella norma costituzionale è assunto, quantomeno, discutibile. Sul punto, interessanti e problematiche riflessioni si rinvengono in V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Cedam, 1992, p. 47 s. e 67 s. e, più in generale, G. AMATO, *Individuo ed autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, 1967, p. 325 s.

<sup>8</sup> Il diritto dell'Unione europea e, in particolare, la nota Direttiva del Parlamento e del Consiglio 2008/115/CE nota anche come "direttiva rimpatri", attuata dal nostro Paese tardivamente ed in modo alquanto discutibile con il d. l. 89/11 (conv. nella l. 129/11).

<sup>9</sup> Nella nostra analisi, per ragioni di brevità, ci si limiterà alle "ordinarie" espulsioni amministrative prefettizie dell'art. 13 comma 2 T.U. Imm. A volere essere più precisi ed analitici, l'*iter* che può portare al "trattenimento" nei casi di espulsione amministrativa "ordinaria" prevede l'adozione di tre distinti provvedimenti da parte di autorità amministrative diverse: il decreto di espulsione da parte del prefetto, il decreto di accompagnamento immediato da parte del questore (soggetto ad autonoma convalida) ed, infine, il decreto di trattenimento, sempre nella competenza del questore.

<sup>10</sup> E ciò ritiene anche la Corte Costituzionale che nella sentenza n. 105/01 si è pronunciata esplicitamente sul tema.

mano l'insindacabilità del provvedimento di espulsione in sede di convalida del trattenimento<sup>11</sup>.

Secondo l'impostazione che qui si critica, la ricostruzione restrittiva dei poteri del giudice del trattenimento deriverebbe dall'esistenza di una autonoma sede di impugnazione per il decreto prefettizio<sup>12</sup>: sarebbe solo il giudice di pace adito *ex art. 13* comma 8 T.U. Imm. a poter conoscere della legittimità dell'atto presupposto, secondo un rigido parallelismo tra ambito cognitivo e tipicità del potere di annullamento di un atto amministrativo.

Senonché, seguendo un tale ordine di idee, si dovrebbe convalidare il trattenimento (ed ancor prima il decreto di accompagnamento immediato) anche ove il decreto di espulsione risultasse palesemente illegittimo, con un triplice criticabile effetto di: 1) sacrificare ingiustificatamente – seppur in via temporanea fino all'esito del giudizio di opposizione *ex art. 13*, comma 8 T.U. Imm. – un bene «inviolabile» come quello della libertà personale; 2) menomare la riserva di giurisdizione nel suo significato costituzionale; 3) abrogare per via di fatto ed *in malam partem* la lettera dell'art. 14, comma 4 T.U. Imm., nella parte in cui è prescritta la verifica dei «requisiti previsti dall'art. 13».

Il sindacato incidentale sulla legittimità del presupposto decreto del prefetto deve, diversamente, ritenersi doveroso in sede di convalida della misura detentiva.

Ciò, peraltro, non si scontra con (né può ritenersi inibito dalla) circostanza che il potere di annullamento del decreto di espulsione sia riservato dalla legge ad una sede giurisdizionale distinta: ove ravvisasse l'illegittimità dell'atto presupposto, il giudice del trattenimento, infatti, non procederebbe all'annullamento dello stesso ma alla sua disapplicazione<sup>13</sup>,

<sup>11</sup> Tra le tante: Cass. Civ., Sez. I, 23 aprile 2002, sent. n. 5918 (in cui sul punto viene, molto curiosamente, richiamata e ribaltata nel suo significato letterale e di principio proprio la sentenza della C. Cost. 105/01), Cass. Civ., Sez. VI - 1, 29 novembre 2010, ord. n. 24166; Cass. Civ., Sez. VI - 1, 22 marzo 2012, ord. n. 4638; Cass. Civ., Sez. VI - 1, 10 ottobre 2011, ord. n. 20869 (la quale, in modo contraddittorio, ritiene che sussista in capo al giudice del trattenimento un potere di «limitato controllo» sull'esistenza ed efficacia del decreto di espulsione presupposto ma esclude espressamente che un siffatto sindacato possa attingere profili di validità dello stesso); Cass. Civ. Sez. VI - 1, 20 giugno 2012, ord. n. 10249; Cass. Civ., Sez. VI - 1, 21 giugno 2012, ord. n. 10369; Cass. Civ., Sez. VI - 1, 21 giugno 2012, ord. n. 10370. Le due pronunce da ultimo richiamate non riguardavano ipotesi di trattenimento disposto in conseguenza di espulsioni prefettizie ma casi di esecuzione dei – ben più problematici – decreti di respingimento “differito” *ex art. 10*, comma 2 *lett. a*) T.U. Imm., di cui i ricorrenti lamentavano l'intempestività; sul punto si rinvia a F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 2, 2009, p. 17 s.; si veda altresì A. MARLETTA, *L'illegittimità del respingimento “differito” intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, in *Giur. merito*, n. 5, 2012, p. 1141 s.). In senso contrario esistono alcune, minoritarie, pronunce che parrebbero ammettere un controllo di validità sul decreto di espulsione, seppur in termini confusi: Cass. Civ., Sez. I, 3 giugno 2004, n. 10559, ove si parla di «necessità del controllo sull'esistenza (materiale e *giuridica*) del provvedimento espulsivo» (corsivo aggiunto); Cass. Civ., Sez. VI - 1, 10 luglio 2012, ord. n. 11598.

<sup>12</sup> Tale atto, come noto, è suscettibile di autonoma impugnazione (“opposizione”) innanzi al giudice di pace del luogo ove ha sede l'autorità amministrativa che lo ha adottato con le forme e le modalità indicate dal comma 8 dell'art. 13 T.U. Imm.

<sup>13</sup> La disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario è istituito previsto dall'art. 5 della l. 2248/1865 all. E (nota come “legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo”) e deve intendersi come «potere processuale che implica, da parte del giudice ordinario, l'accertamento della legittimità dell'atto amministrativo come antecedente logico-giuridico per la soluzione della controversia principale», cfr. F. CINTIOLI, voce *Disapplicazione (dir. amm.)*, in *Ann. Enc. Dir.*, III, 2010, Giuffrè,

come è pacifico che il giudice ordinario possa fare rispetto agli atti amministrativi illegittimi, quando si faccia «questione di un diritto civile o politico»<sup>14</sup>.

## 2.2. Controlli necessari:

### a) le "esigenze" legittimanti la detenzione amministrativa.

Centrale, nella nostra prospettiva d'indagine risulta la verifica, in sede di udienza di convalida, delle ragioni che legittimano la richiesta del questore.

Le modifiche introdotte dal d. l. 89/11, in attuazione tardiva e non proprio fedele della cd. "direttiva rimpatri", complicano parecchio il quadro normativo e non solo, come vedremo, perché lo rendono di difficile lettura.

Secondo l'art. 14 comma 1 T.U. Imm., oggi, le «situazioni transitorie» che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione coattiva e, quindi, possono legittimare la detenzione amministrativa sono ravvisabili: a) nel «rischio di fuga» definito dall'art. 13, comma 4-bis T.U. Imm.; b) nella necessità di prestare soccorso allo straniero; c) nella necessità di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla identità o nazionalità; d) nella necessità di acquisire i documenti di viaggio (il cd. "lasciapassare" sostitutivo del passaporto); e) nella esigenza di reperire un vettore idoneo<sup>15</sup>.

Le ultime quattro ragioni enunciate riproducono l'assetto normativo antecedente, mentre nuova è la menzione del «rischio di fuga» che, si noti, riveste, nella meccanica espulsiva una doppia funzione: da un lato è condizione ostativa alla concessione del termine per la partenza volontaria quando il prefetto decreta l'espulsione, dall'altro è condizione legittimante la detenzione amministrativa disposta in esecuzione di quella stessa espulsione.

Rispetto alla seconda funzione, vale la pena sottolineare come, nella attuale formulazione dell'art. 14 comma 1 T.U. Imm., il «rischio di fuga» parrebbe costituire una condizione o "esigenza di trattenimento" autonoma.

pag. 275 s. che richiama E. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Giuffrè, 1950, p. 119. Sulla configurazione del potere di disapplicazione come un potere attribuito al giudice ordinario in via generale ed, in particolare, circa la sua riconduzione all'art. 101, comma 2 Cost. secondo una «lettura estremamente coerente ed organica del principio di legalità nella giurisdizione», cfr. R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Giappichelli, 1995, p. 55 s. e, con riferimento alla materia penale, M. GAMBARDELLA, *Disapplicazione degli atti amministrativi (dir. pen.)*, *Enc. Giur. Treccani*, XIII Agg., 2004, p. 4 s.

<sup>14</sup> Riprendendo la dizione usata dall'art. 2 della l. 2248/1865, all. E; si fatica a dubitare che il giudizio di convalida di una restrizione della libertà personale ricada in tale ambito. Ci sembra, inoltre, irrilevante, per negare il potere di disapplicazione da parte del giudice della convalida, che il potere di annullamento del decreto di espulsione sia stato anch'esso attribuito all'autorità giudiziaria ordinaria, seppur in una separata sede giurisdizionale.

<sup>15</sup> La poco felice riscrittura della norma, è stato segnalato, pone un problema: se le «situazioni transitorie» debbano ritenersi esaurite nelle quattro elencate o se possano esserne di ulteriori. Il dubbio, in effetti, potrebbe sorgere dal tenore letterale dell'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 14 T.U. Imm., che esordisce con l'inciso «Tra le situazioni», formulazione che potrebbe lasciare intendere l'esistenza un insieme più ampio di ragioni legittimanti ulteriori ed "atipiche" rispetto a quelle elencate. Un tale interpretazione della norma, a nostro avviso, deve ritenersi preclusa in quanto risulterebbe incostituzionale rispetto alla riserva di legge dell'art. 13 Cost. Sul punto si rinvia a G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3, 2011, p. 30 s.

La qual cosa, per vero, desta non pochi dubbi, che tratteremo in seguito.

Ci sia però permessa, prima, una considerazione: in realtà, anche le esigenze “originarie” e preesistenti alla modifica del 2011, volendone tentare una lettura ragionata, non possono che trovare la propria ragion d’essere nel rischio di fuga o, più precisamente, nel rischio che il destinatario del provvedimento possa sottrarsi all’esecuzione dell’espulsione.

Non si comprende, infatti, in che termini l’espletamento delle attività di identificazione, acquisizione del lasciapassare, reperimento di un vettore e, volendo, anche di soccorso dovrebbero, di per sé, richiedere la *adprehensio* fisica dello straniero da parte della pubblica amministrazione mediante l’imposizione di un vincolo detentivo<sup>16</sup>.

È solo il timore che lo straniero si dia alla fuga mentre si svolge una delle attività espressamente richiamate a giustificare, razionalmente e giuridicamente, la necessità di restringerne la libertà personale.

Ciò, chiaramente, non deve intendersi nel senso che sia possibile una surroga delle specifiche e tassative esigenze indicate dalla norma con una generica valutazione sul rischio di fuga, ma come rafforzamento della tipicità di quelle stesse esigenze declinate in una logica più genuinamente cautelare in cui risulti valorizzata la relazione tra il mezzo (detenzione amministrativa) ed il fine (effettiva esecuzione dell’espulsione).

In questo ordine di idee non basterebbe, ad esempio, la semplice da parte della pubblica amministrazione, della mancata identificazione del soggetto o della mancanza di passaporto a determinare automaticamente la detenzione di un soggetto il cui rischio di fuga, agli occhi del giudice risulti, in concreto, modesto o inesistente.

L’esito opposto, diversamente, realizzando una compressione non necessaria della libertà personale, entrerebbe in frizione con la sancita inviolabilità del diritto in questione e con il principio di proporzionalità<sup>17</sup>.

Con riferimento a tale ultimo principio ed agli obblighi di derivazione europea che impongono agli Stati Membri di dotarsi di un sistema articolato di misure per garantire l’effettività del rimpatrio si aprono, come vedremo, prospettive inedite per la disciplina che ci interessa.

### 2.3. segue b): il rischio di fuga

*tra presunzioni iuris et de iure ed accertamento in concreto.*

Quanto appena considerato ci conduce ad una delle questioni più spinose dell’attuazione italiana della “direttiva rimpatri”: quella della individuazione del «rischio di fuga» e del

<sup>16</sup> Si tratta, infatti, di attività amministrative meramente “burocratiche” che, in sé, prescindono dalla disponibilità fisica dello straniero. Stessa cosa può dirsi per il soccorso che potrebbe espletarsi mediante il ricovero presso una comune struttura ospedaliera e non detentiva.

<sup>17</sup> Quello di proporzionalità è, oggi, un principio cardine della materia. Anzitutto perché, ragionando secondo schemi costituzionalistici classici, esso rappresenta la proiezione della natura «inviolabile» del diritto alla libertà personale. In secondo luogo perché costituisce un principio fondamentale del diritto dell’Unione Europea, la cui rilevanza, per la materia che ci interessa, oltre a fondare sulla lettera della direttiva 2008/115/CE (cfr. sul punto *i considerando* nn. 13 e 16, nonché l’art. 15 §1) è stata significativamente ribadita da parte della Corte di Giustizia nella nota sentenza *El Dridi*, (C-61/11 PPU): cfr., in particolare, i par. 41, 43 e 57 della sentenza in data 28 aprile 2011. Sul tema si tornerà più approfonditamente *infra*, sub 2.4.

ruolo del giudice nel suo accertamento.

La definizione del rischio era stata concretamente rimessa dalla direttiva 2008/115/CE alla legislazione degli Stati Membri<sup>18</sup>.

Nella legislazione italiana *post-d. l. 89/11* questa definizione è rinvenibile nell'art. 13 comma 4-*bis* T.U. Imm.<sup>19</sup>, che individua cinque "indici di rischio": *a*) il mancato possesso del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità; *b*) la mancanza di idonea documentazione attestante la disponibilità di un alloggio; *c*) l'aver in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità; *d*) l'aver violato il termine per la partenza volontaria, non avere ottemperato ad un ordine di allontanamento, avere violato un divieto di reingresso; *e*) avere violato una delle misure cautelari coercitive disposte obbligatoriamente dal questore ai sensi dell'art. 13 comma 5.2.

Si tratta di indici discutibili per la loro stessa sostanza<sup>20</sup>. Per un verso rivelano la perdurante "ossessione coercitiva" del legislatore italiano. Per altro verso non è dato comprendere in che termini siano ricollegabili al «rischio di fuga». Infatti, se ad una prima lettura il tenore letterale della norma parrebbe suggerire una presunzione del «rischio» al ricorrere di «almeno una» delle circostanze contenute nell'elenco, non si dovrebbe giustificare il riferimento nella medesima unità normativa all'accertamento «caso per caso» da parte del prefetto del pericolo che «lo straniero possa sottrarsi alla volontaria esecuzione del provvedimento di espulsione».

Affiora un contrasto nella lettera della legge tra necessità di accertamento in concreto e presunzione *iuris et de iure* del rischio: contrasto che, tenuto conto dei valori in gioco e, soprattutto, delle conseguenze coercitive che l'integrazione troppo automatica del «rischio di fuga» può implicare<sup>21</sup>, non può che risolversi a favore dell'accertamento in concreto.

Occorre considerare che in materia di libertà personale il ricorso a presunzioni (*iuris et de iure*, ma anche *iuris tantum*, se esasperato dal legislatore<sup>22</sup>), aumenta la probabilità

<sup>18</sup> Cfr. art. 3, § 1, n. 7) della direttiva 2008/115/CE.

<sup>19</sup> In coda ad un lungo catalogo di autonome situazioni ostative alla concessione del termine per la partenza volontaria, tra le quali la mancata richiesta dello straniero (art. 13, comma 4).

<sup>20</sup> Particolarmente incisive ed argomentate appaiono le considerazioni svolte da G. SAVIO, *La nuova disciplina*, cit., p. 37 ed A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE ed il decreto legge di attuazione n. 89/11. Prime riflessioni a caldo*, p. 10 in *www.penalecontemporaneo.it*. Toni non meno critici sono rinvenibili anche nella Relazione della Corte di Cassazione sul d. l. 89/11, licenziata "a prima lettura" il 4 luglio 2011 (Rel. n. III/08/2011 reperibile su *www.cortedicassazione.it*).

<sup>21</sup> Sia sul piano della mancata concessione del termine che sul piano – che più immediatamente ci interessa – della convalida della detenzione amministrativa.

<sup>22</sup> Significativamente, in tal senso, E. MARZADURI, *Garanzia giurisdizionale e libertà personale degli extracomunitari nella disciplina dell'espulsione*, in *Soggetti deboli e giustizia penale*, Giappichelli, 2003, p. 30 che sottolinea come sia lo stesso requisito di «inviolabilità» della libertà personale a stridere con il ricorso a «momenti presuntivi». Più in generale, ci sembrano sempre attuali le considerazioni svolte da G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., p. 346 che conclude: «Sarà illegittima [...] la legge che non predetermini in modo sufficientemente specifico la discrezionalità dell'applicatore, ma lo sarà altresì quella che, senza lasciargli alcuno spazio, categorizzi direttamente le ipotesi di restrizione delle libertà costituzionali, in modo non congruo ai fini che le consentono».

di esiti, in concreto, sproporzionati oltre che di inaccettabili livellamenti di situazioni che dovrebbero rimanere distinte<sup>23</sup>.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata nel prisma del controllo pieno ed effettivo, impone di rigettare una ricostruzione di tipo presuntivo.

Pertanto, a voler fare un esempio, la precedente declinazione o attestazione di false generalità potrebbe, nel singolo caso, assumere un valore relativo rispetto alla risalenza nel tempo dell'episodio di mendacio e, altrettanto, potrebbe dirsi della stessa mancanza di passaporto, qualora risulti incolpevole o, comunque, non riconducibile alla chiara volontà dello straniero di ostacolare la propria identificazione<sup>24</sup>.

La norma richiamata (art. 13 comma 4-*bis*) riguarda l'accertamento del rischio finalizzato ai provvedimenti amministrativi di espulsione e trattenimento ma, inevitabilmente, si riflette nel potere cognitivo del giudice.

Al controllo di quest'ultimo, non può essere preclusa, la valutazione, anche nel merito, delle circostanze addotte dal prefetto e dal questore a fondamento del rischio<sup>25</sup>: valutazione da effettuare nell'udienza di convalida, previo contraddittorio fra gli interessati.

Con una precisazione: nel caso che il giudice non riscontri in assoluto il rischio di fuga, il diniego di convalida deriverà dalla disapplicazione del decreto di espulsione presupposto, mentre nel caso in cui il rischio sussista ma in concreto non sia di intensità tale da giustificare la massima forma di restrizione della libertà personale, il diniego dovrà giustificarsi alla stregua del principio di proporzionalità.

Rimane, infine, la questione della individuazione del rischio di fuga quale autonoma "esigenza" di trattenimento, slegata cioè da necessità di soccorso, identificazione, acquisizione di documenti per il viaggio e reperimento del vettore. La formulazione della norma è chiara nell'alludere a una rilevanza autonoma del requisito: nondimeno sembra difficile immaginare i margini per una tale applicazione in un sistema in cui l'accompagnamento alla frontiera dovrebbe essere «immediato». Detta in altri termini, non si vede per quale ragione debba essere differita l'espulsione di uno straniero "ad alto rischio di fuga", identificato, munito di titolo di viaggio e con vettore idoneo già individuato.

Il rischio di fuga è quindi un criterio per valutare, rispetto alle "classiche" esigenze dell'art. 14, comma 1 T.U. Imm., la necessità di restringere la libertà dello straniero ed, eventualmente, con quale grado di coercizione (mezzo).

<sup>23</sup> Opera una significativa connessione tra principio di eguaglianza e necessità che la legge assicuri la «massima rispondenza del fatto storico e fatto giuridicamente rilevato», G. AMATO, *op. ult. cit.*, p. 327.

<sup>24</sup> E, qui, l'analisi potrà e dovrà necessariamente muovere dalle condizioni personali dello straniero: si pensi alle donne presumibilmente vittime di tratta, il cui passaporto viene sovente "sequestrato" dalle organizzazioni criminali.

<sup>25</sup> In tal senso, ricorda come proprio in relazione alle ipotesi di cui all'art. 13, comma 3, Cost. vi debba essere tra le «valutazioni dell'«autorità giudiziaria» e quelle dell'«autorità di pubblica sicurezza» [...] che le hanno precedute, una certa omogeneità di impianto sostanziale, un'identità o affinità di caratteri» V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione*, cit., p. 167.

2.4. segue c): *il principio di proporzionalità ed il comma 2-bis dell'art. 19 T.U. nell'ottica «caso per caso»*

Restando in argomento, ci sembra quanto mai opportuna una breve digressione sul principio di proporzionalità e su una sua specifica applicazione.

Il principio di proporzionalità<sup>26</sup> costituisce l'architrave della disciplina ormai multilivello dei rimpatri e della connessa detenzione amministrativa: esso è alla base della logica «caso per caso»<sup>27</sup> e svolge un ruolo fondamentale nell'ambito di un sistema di "cautele" posto a garanzia dell'effettività del rimpatrio che le fonti europee esigono plurale e diversificato.

Nel senso che maggiormente rileva ai nostri fini, la proporzionalità è un criterio di scelta che tra più mezzi idonei disponibili orienta verso quello meno restrittivo<sup>28</sup>.

In questi termini, il principio fornisce un criterio-guida al giudice in sede di convalida della detenzione amministrativa.

Pertanto, nell'udienza, il giudice dovrebbe respingere la richiesta del questore e negare la convalida della detenzione amministrativa, qualora dal contraddittorio emergesse che il rischio di fuga potrebbe ragionevolmente essere neutralizzato con altra misura meno afflittiva<sup>29</sup>.

In relazione a tale opzione si dovrebbe, peraltro, riflettere sulle criticabili limitazioni

<sup>26</sup> Si tratta di un principio fondamentale del diritto europeo: originariamente elaborato dall'esperienza giuridica tedesca (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) esso è stato recepito – e, nel tempo, affinato – a livello comunitario dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. La "genesì" comunitaria del principio può ricondursi alle sentenze della Corte di Giustizia *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità* del 29 novembre 1956 (C-8/55) e *Mannesmann AG c. Alta Autorità* del 13 luglio 1962 (C-19/61). Ci sembra opportuno sottolineare come la proporzionalità si sia storicamente affermata nell'ambito del controllo giudiziale sull'esercizio di un potere pubblico. Esso, quindi, pur potendo costituire una regola di condotta per i pubblici poteri, è anzitutto uno strumento nelle mani del giudice per verificarne il corretto esercizio. In tali vesti, esso si struttura come un *test* a due, o tre, "gradini" (a seconda che se ne sposi la concezione "minimalista" o "massimalista"): l' idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto. Per una approfondita analisi dei concetti: D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 1998 e S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Giuffrè, 2008. Per la materia processuale penale una significativa ricostruzione e trasposizione del principio e dei criteri applicativi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale tedesca è stata offerta da R. ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia. Volume II - Procedura penale*, Giuffrè, 2000, p. 560.

<sup>27</sup> Sul punto G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni*, cit., p. 32 che valorizza significativamente l'argomento in chiave di interpretazione conforme.

<sup>28</sup> È il profilo della cd. "necessarietà", concetto spesso riassunto nella «imposizione del mezzo più mite». D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 17 s. Definisce la "necessarietà" («indispensabilità») come un «criterio misto di razionalità pratica e di opportunità politica», R. ORLANDI, *loc. ult. cit.*

<sup>29</sup> Misure identiche ma distinte da quelle previste dall'art. 13, comma 5.2. Si tratta di 1) consegna del passaporto; 2) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato; 3) obbligo di presentazione periodica alla autorità di p.s. territorialmente competente. Le singole misure sono espressamente cumulabili tra loro.

poste nella norma da ultimo richiamata per accedere alle misure meno afflittive: il possesso di passaporto<sup>30</sup> ed il non essere l'espulsione stata disposta per la cd. "pericolosità sociale"<sup>31</sup>.

Un'applicazione specifica e rafforzata del principio<sup>32</sup>, inoltre, potrebbe aversi nel caso in cui la richiesta di detenzione amministrativa riguardi soggetti «vulnerabili» riconducibili alle categorie del nuovo art. 19, comma 2-*bis*, T.U. Imm.<sup>33</sup>: in questi casi, il giudice potrebbe non solo scrutinare con maggiore rigore l'intensità del rischio di fuga ma, anche, la maggiore afflittività della massima misura sullo specifico soggetto.

Si pensi, in particolare, alle vittime di tratta – "ospiti" non infrequenti dei nostri C.I.E. – per le quali la stessa ineluttabilità dell'esecuzione dell'espulsione potrebbe venir meno mediante l'attivazione di un percorso di protezione sociale *ex art.* 18 T.U. Imm.<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> La restrizione oltre a non trovare fondamento nelle previsioni europee, innesta nella disciplina interno l'ennesimo discutibile momento presuntivo *contra libertatem*. Sul punto si richiama ancora la citata Relazione della Corte di Cassazione del 4 luglio 2011 (Rel. n. III/08/2011). Non sembra, peraltro, inconcepibile l'idea di una disapplicazione *in bonam partem* della norma interna restrittiva per contrasto con la direttiva del 2008 nella parte in cui questa, esigendo l'esistenza di misure sufficienti ma meno coercitive del trattenimento, la cui applicazione debba valutarsi in relazione al caso concreto (art. 15 §1), ne postula anche l'effettiva fruibilità. L'abrogazione del limite per via legislativa, peraltro, sarebbe la soluzione preferibile.

<sup>31</sup> In particolare, quella statisticamente più ricorrente prevista dall'art. 13, comma 2, *lett. c*). Si consideri che in tale ipotesi risulta a monte ed *ex lege* esclusa la possibilità di richiedere ed ottenere il rimpatrio volontario con concessione di termine (art. 13, comma 4, *lett. a*) e, quindi, l'unico "binario espulsivo" è quello totalmente coercitivo. Ciò, desta non poche perplessità, se si considera che tali soggetti vengono normalmente espulsi al momento della dimissione da un istituto penitenziario (ove, peraltro, se "definitivi", avrebbero già dovuto essere sottoposti alle procedure amministrative propedeutiche all'espulsione *ex art.* 16, comma 5, T.U. Imm.); si rischia così una irragionevole "continuità coercitiva" oltre che la mutazione del "trattenimento" *ex art.* 14 T.U. Imm. in una sorta di inquietante misura di sicurezza detentiva applicata da un giudice di pace.

<sup>32</sup> Applicazione in cui viene in gioco, a parere di chi scrive, il "terzo gradino" del *test*: quello relativo alla cd. "proporzionalità in senso stretto": «criterio essenzialmente politico» (R. ORLANDI, *loc. ult. cit.*) che implica una ponderazione "sostanziale" tra mezzo e fine. Si tratta di una valutazione comparativa in cui il giudice rapporta, in concreto, tre elementi: 1. l'incisività dell'intervento nella sfera del singolo; 2. il peso e l'urgenza dell'interesse generale; 3. il peso dell'interesse individuale protetto dall'ordinamento. In tale ordine relazionale, ove l'incisività dell'intervento dovesse superare una certa soglia, l'interesse generale da curare (ed il mezzo che tende a realizzarlo in modo sproporzionato per eccesso) potrebbe recedere del tutto a fronte dell'interesse individuale. Sul punto D. U. GALETTA, *op. ult. cit.* p. 20

<sup>33</sup> Che riprende la definizione dell'art. 3 § 1 n. 9) della direttiva; riguardo a tale categoria di persone, benché non sia *tout court* vietata dalla fonte europea la detenzione amministrativa, deve comunque essere «prestata particolare attenzione».

<sup>34</sup> Percorsi con cui, spesso, la detenzione amministrativa interferisce in modo deleterio: da un lato ostacolandone l'avvio con la traumatizzazione dei soggetti realmente vulnerabili (si pensi alla giovane prostituta che venga detenuta insieme a prostitute più "anziane" e magari inserite nella stessa organizzazione che la sfrutta), dall'altro, soprattutto rispetto ai soggetti per così dire più "scafati", incentivando la strumentalizzazione dell'istituto come espediente per uscire dal C.I.E. e reinserirsi nel contesto deviante (come i pratici sanno, non è infrequente il fenomeno delle false denunce).

### 3. Il controllo sulla detenzione in itinere

#### 3.1. Mutamento dei presupposti, "riesame" a richiesta e revoca anticipata della detenzione

L'innovazione più contestata e contestabile della Direttiva 2008/115/CE ha riguardato l'innalzamento del limite massimo della detenzione amministrativa a 18 mesi<sup>35</sup>.

Ciò rende ancor più pressante l'esigenza di una riflessione sul ruolo di controllo che il giudice deve assumere rispetto al protrarsi della detenzione.

Il sistema del T.U. Imm. e, segnatamente, il meccanismo "convalida-proroghe" già nell'assetto precedente presentava notevoli elementi di criticità che il legislatore del 2011 non ha ritenuto di dover affrontare mentre attuava – qui sì, entusiasticamente – le previsioni della direttiva sulla durata della detenzione nella loro massima estensione.

Ciò risulta ancora più stridente se si pensa che la stessa fonte europea prevede la possibilità<sup>36</sup> per i legislatori nazionali di implementare un apposito strumento per temperare l'«estenuante durata dei trattenimenti»<sup>37</sup>: quello del riesame giudiziario ad intervalli regolari (*regular reviews*) attivabile a richiesta dello straniero o d'ufficio.

È stato correttamente sottolineato<sup>38</sup> come rispetto ad un tale meccanismo di garanzia non possa considerarsi equivalente l'istituto della proroga disciplinato dall'art. 14 comma 5 T.U. Imm., *in primis* perché non è attivabile dallo straniero.

Nella prospettiva che ci siam dati, a nostro modo di vedere, l'analisi della compatibilità delle norme del T.U. Imm. con la Costituzione e con la fonte europea passa, in questo punto, per una riconsiderazione della asserita rigidità dei termini di trattenimento: risale alle prime applicazioni dell'istituto, come noto, l'interrogativo se esistesse o meno il potere del giudice della convalida o della proroga di modulare in concreto la durata della restrizione<sup>39</sup>.

La Corte Costituzionale, ha affrontato la questione già nel 2001, nella più volte richiamata sentenza n. 105, ritenendo «non affetta di irragionevolezza» la predeterminazione rigida da parte della legge dei singoli "segmenti restrittivi"<sup>40</sup>; successive pronunce hanno poi

<sup>35</sup> L'art. 15 ai §§ 5 e 6 della direttiva prevede due segmenti massimi di durata: il primo "ordinario" di 6 mesi, subordinato alla permanenza delle condizioni che secondo la direttiva giustificano il trattenimento in origine (la sussistenza del rischio di fuga ovvero un comportamento dello straniero volto ad evitare od ostacolare la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento); il secondo di ulteriori 12 mesi nei casi in cui, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischia di durare più a lungo a causa della mancata cooperazione da parte del cittadino di un Paese Terzo interessato, ovvero di ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi Terzi.

<sup>36</sup> Art. 15 § 3 della direttiva.

<sup>37</sup> G. SAVIO, *La nuova disciplina*, cit., p. 42.

<sup>38</sup> G. SAVIO, *loc. ult. cit.*

<sup>39</sup> Cfr. M. MASSENZ, *L'estensione dei poteri del giudice in sede di convalida del trattenimento: profili di costituzionalità in relazione all'art. 13 Cost.*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione. Atti del seminario tenutosi a Ferrara il 26 gennaio 2001*, Giappichelli, 2001, p. 140.

<sup>40</sup> Seppur con affermazioni non del tutto univoche: dopo aver sancito la citata «non irragionevolezza»

ribadito l'orientamento, dichiarando manifestamente infondate le successive ed analoghe questioni di legittimità<sup>41</sup>.

In questo quadro, le prassi meno garantiste, a nostro parere con una vistosa forzatura, hanno ritenuto che il potere di intervento del giudice sulla detenzione convalidata o prorogata rimanesse *medio tempore*, tra una udienza e l'altra, "congelato": secondo tale impostazione, il «giudice che procede» ex art. 14 T.U. Imm., dovrebbe intendersi come una sorta di giudice *ad acta*<sup>42</sup>, intermittente, che non può "metter bocca" sulla concreta durata della restrizione né, al di fuori del contesto della proroga, conoscere degli eventuali mutamenti dei presupposti<sup>43</sup>.

Il giudice, quindi, non potrebbe revocare anticipatamente la detenzione.

Oggi, valorizzando anche le fonti europee, si può avanzare una riconsiderazione del tema.

Con una precisazione, però.

A ben vedere, il principale attrito tra una tale ricostruzione e la nozione costituzionale di riserva di giurisdizione non sta, in sé, nella natura "fissa" e non modulabile della durata dei singoli segmenti (30 o 60 giorni).

Una predeterminazione legale della durata massima della coercizione è ammissibile ed ammessa dal sistema: ne conosciamo un esempio nella materia processuale penale dove il giudice non ha (salvo una peculiare ipotesi<sup>44</sup>) il potere di determinare in concreto la durata della restrizione cautelare ma può sempre essere sollecitato ex art. 299 c.p.p. dall'interessato a rivalutare i presupposti e le modificazioni eventualmente sopravvenute rispetto al

lezza», infatti, la Corte ha posto l'accento sulla previsione – tutt'ora – contenuta nell'art. 14 comma 1 T.U. Imm. secondo la quale lo straniero «è trattenuto per il tempo strettamente necessario». Importante, ci sembra, la conclusione che da ciò trae la Corte per far salvo il meccanismo e, cioè, che «concorrono le condizioni, la misura deve cessare prima dello spirare del termine ultimo». Cfr. punto 7 del «considerato in diritto». In dottrina, si vedano D. PICCIONE, *La crisi della giurisdizione*, cit., p. 3169 s. e F. B. MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero presente sine titulo sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento*, in AA.VV., *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, 2009, p. 177.

<sup>41</sup> C. Cost. ord. n. 385/01; C. Cost. ord. n. 35/02.

<sup>42</sup> Si noti che, peraltro, esiste una norma che espressamente prevede un intervento giurisdizionale *in itinere*: l'art. 21, comma 6, del d.P.R. 394/99. Tale norma prevede che il «giudice che procede» possa autorizzare l'allontanamento temporaneo dello straniero dal centro nei casi di «imminente pericolo di vita di una familiare o un convivente» o per «altri gravi motivi di carattere eccezionale». Il riferimento all'eccezionalità contenuto nella norma, nonché la sua natura isolata e regolamentare sono però facilmente strumentalizzabili – e, spesso, sono stati strumentalizzati – in termini di «*ubi lex voluit...*» per escludere la continuità del potere di controllo sulla detenzione del «giudice che procede» al di fuori delle ipotesi di convalida e proroga.

<sup>43</sup> Tale ordine di idee, molto caro ai giudici di pace, ci sembra rintracciabile anche nella giurisprudenza della Cassazione rispetto alla irrevocabilità della decisione di convalida (quando, peraltro, il procedimento era espressamente disciplinato col richiamo all'art. 737 c.p.c.): Cass. Civ., Sez. I, 16 aprile 2002, n. 5462; Cass. Civ., Sez. I, 15 giugno 2004, n. 11268.

<sup>44</sup> Nel caso di misura cautelare disposta per l'esigenza probatoria di cui all'art. 274, comma 1, *lett. a*) c.p.p. Cfr. sul punto anche l'art. 292, comma 2, *lett. d*) c.p.p. che impone tale adempimento al giudice a pena di nullità.

momento applicativo della misura<sup>45</sup>.

Con riferimento alla detenzione amministrativa ciò che manca e stride, quindi, non è tanto il fatto che il giudice non possa prorogare per 40 giorni piuttosto che per 60; ma, semmai, che il giudice non possa al decimo – o al quarantesimo giorno – dalla convalida valutare elementi sopravvenuti che incidano sui presupposti ed addivenire ad una revoca o una sostituzione della detenzione anche prima della nuova udienza di proroga: si pensi al grado del «rischio di fuga»<sup>46</sup>, nonché ai mutamenti sul piano della proporzionalità rispetto alle condizioni di salute del soggetto, ovvero in ordine alla «ragionevole prospettiva di allontanamento»<sup>47</sup>.

Oggi, l'irragionevolezza di tale complessivo assetto potrebbe essere oggetto di una nuova questione di legittimità costituzionale, anche in forza di una disparità di trattamento innescata nel T.U. Imm. dalle modifiche del 2011.

Omesso per il trattenimento, il meccanismo di “riesame” a richiesta, consigliato dalla direttiva, è stato invece espressamente attuato per le sole misure coercitive minori previste dall'art. 14 comma 1-*bis* T.U. Imm.: tali misure, infatti, risultano espressamente sostituibili o revocabili dal giudice di pace «su istanza dell'interessato, sentito il questore».

Non si comprende la *ratio* di una simile, paradossale discriminazione. Per quale motivo lo straniero sottoposto alla restrizione massima della libertà personale dovrebbe godere di un “diritto in meno” di quello le cui libertà siano ristrette in modo più blando? Per quale motivo lo straniero che, dopo la convalida o la proroga della detenzione, dovesse rientrare nella disponibilità del proprio passaporto o nella possibilità di documentare un domicilio non dovrebbe poter beneficiare di una misura più lieve?

### 3.2. *Il controllo in sede di proroga sul diligente espletamento delle attività amministrative legittimanti la detenzione*

Con riferimento al controllo giurisdizionale in sede di proroga, un aspetto di particolare interesse sembra quello connesso alla diligenza dell'attività amministrativa volta alla soddisfazione delle esigenze legittimanti la detenzione amministrativa.

L'art. 15 § 1 direttiva 2008/115/CE contiene due fondamentali regole di condotta (“durata minore possibile” e “diligente adempimento delle modalità di rimpatrio”) gravanti sulle autorità degli Stati Membri preposte al “trattenimento” e delle quali solo la prima trova espressa e generale menzione nel T.U. Imm.<sup>48</sup>.

Il legislatore, recependo le previsioni europee e riscrivendo – male<sup>49</sup> – i presupposti

<sup>45</sup> Il parallelo è affrontato in F. B. MORELLI, *La tutela della libertà personale*, cit. p. 177.

<sup>46</sup> Si pensi, ad esempio al caso in cui emerga la disponibilità di un domicilio e la documentazione idonea a dimostrarla, ovvero lo straniero rientri nella disponibilità del proprio passaporto, etc.

<sup>47</sup> Art. 15 § 4 della direttiva.

<sup>48</sup> Ci si riferisce alla previsione (preesistente alle modifiche del 2011) contenuta nel comma 1 dell'art. 14 T.U. Imm che prescrive il mantenimento della detenzione «per il tempo strettamente necessario».

<sup>49</sup> Il comma 5 dell'art. 14 detta i presupposti legittimanti la proroga in termini irrazionali: secondo la lettera della legge, la prima proroga (di 30 giorni) dopo la convalida sarebbe, infatti, giustificabile

per le proroghe interne al primo limite massimo di 180 giorni non ha inserito riferimenti alla qualità dell'azione amministrativa da svolgersi tra un segmento di restrizione e l'altro; il requisito dell'“ogni ragionevole sforzo”, invece, riappare (in termini che sanno più di “copia-incolla” del testo della direttiva che di meditata scelta legislativa) nel novero dei presupposti della seconda serie di proroghe le quali possono estendersi per periodi di 60 giorni<sup>50</sup> fino al limite ultimo di ulteriori 12 mesi.

Il tema non si risolve solo in una questione di difformità dell'attuazione legislativa<sup>51</sup>: nella prassi, capita fin troppo spesso di riscontrare un controllo eccessivamente blando sulle modalità con cui la pubblica amministrazione si attiva, nel corso del precedente periodo di trattenimento, per porre fine alle «situazioni transitorie» che tale detenzione avevano in origine legittimato.

In particolar modo, quando le richieste della Questura sono fondate su esigenze di identificazione o acquisizione del cd. “lasciapassare”, può capitare (e spesso capita) che la proroga venga concessa a fronte di “giustificativi” quantomeno discutibili rispetto all'obbligo di diligenza, quale un semplice *fax* di sollecito trasmesso all'autorità consolare straniera nella stessa data della richiesta di proroga o in altra di poco antecedente<sup>52</sup>.

In tali casi, lo scrutinio di diligenza è quanto mai doveroso: anche nel corso dei primi 180 giorni il giudice dovrebbe sempre poter chiedere ragione alla pubblica amministrazione delle iniziative prese per ottenere una risposta dalle autorità consolari e valutare, ad esempio, il numero e la risalenza dei solleciti, la congruità – anche in ragione della detenzione presofferta – dei mezzi impiegati per interloquire<sup>53</sup>. Diversamente, si potrebbe giungere a giustificare la restrizione di un diritto inviolabile sulla base di presupposti ed impedimenti che la stessa pubblica amministrazione potrebbe aver generato con la propria inerzia<sup>54</sup>.

qualora si siano verificate «gravi difficoltà» rispetto alle sole esigenze di identificazione ed acquisizione di documenti di viaggio – quindi per un novero di presupposti più stretto di quelli legittimanti la convalida; mentre la proroga successiva (la prima di 60 giorni), diversamente, può di nuovo fondarsi su tutti i requisiti del comma 1 dell'art. 14 T.U. Imm (quindi anche soccorso, reperimento del vettore, pericolo di fuga, ove la si ritenesse esigenza autonoma) a prescindere dal fatto che sussistano le «gravi difficoltà» prescritte per la proroga precedente; stesso assetto per la terza proroga (la seconda di 60 giorni) che esaurisce il primo “scaglione” ordinario (180 giorni) dei termini massimi previsti dalla direttiva.

<sup>50</sup> «Di volta in volta, non superiore a» recita la legge; si noti che, qui, potrebbe mutare completamente la prospettiva che ha portato la Corte Costituzionale a far salva la natura “rigida” dei termini di proroga.

<sup>51</sup> Anche se riteniamo che proprio su tale difformità possa e debba fondarsi l'interpretazione conforme dei requisiti previsti dall'art. 14, comma 5, T.U. Imm. per le singole proroghe adeguandoli tutti all'obbligo di diligenza previsto dalla fonte europea.

<sup>52</sup> Magari rispetto ad una originaria richiesta di identificazione trasmessa, sempre a mezzo *fax*, uno o due mesi prima.

<sup>53</sup> Ed, in tal senso, potrebbe apparire incongruo, alla seconda o terza proroga, un mero sollecito via *fax*.

<sup>54</sup> Ricordano come il requisito della doverosa diligenza da parte dello Stato di espulsione sia richiesto anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, F. VIGANÒ - L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 567.

### 3. Conclusioni

Le questioni affrontate – seppur in modo rapsodico e senza alcuna pretesa di esaustività – pongono alcuni spunti per riflettere sulla compatibilità con la Costituzione e con il diritto europeo della riserva di giurisdizione disegnata dal T.U. Imm. e dalle prassi applicative fin qui affermatesi.

Dopo il 2011, a nostro parere, si pone in termini sempre più pressanti la necessità di una interpretazione doppiamente conforme (alla Costituzione e alla direttiva) di alcune norme del T.U. Imm., al fine di garantire maggior effettività al controllo giurisdizionale sulla detenzione amministrativa: in particolare, si pensa alla interpretazione delle norme che prevedono il controllo sulla legittimità del provvedimento di espulsione presupposto e di quelle che definiscono il rischio di fuga.

Per altre questioni<sup>55</sup>, invece, si apre (o riapre) la via dell'incidente di costituzionalità. A nostro parere, in alcuni casi, tale scrutinio andrebbe invocato rispetto all'art. 13 comma 2 Cost. richiamando la necessità del "controllo pieno" indicato da C. Cost. n. 105/01.

Un'altra strada, inoltre, potrebbe dischiudersi per il tramite del rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 TFUE alla Corte di Giustizia dell'Unione<sup>56</sup>.

È, in ogni caso, auspicabile una pacata e complessiva rimediazione legislativa che riporti a razionalità e conformità una normativa ormai troppo stratificata e "pasticciata"<sup>57</sup>.

In una prospettiva di riforma, un punto critico merita infine di essere segnalato: l'attribuzione a un giudice onorario del controllo sulla detenzione amministrativa..

Rimeditando in chiave europea l'intera disciplina viene, infatti, da chiedersi se la logica che nel 2004<sup>58</sup> aveva portato a modificare la competenza funzionale a favore del giudice di pace possa conservare ancora una sua validità.

All'epoca, il quadro normativo prevedeva la coercizione come forma ordinaria di espulsione ed il trattenimento come unica misura possibile<sup>59</sup>: il timore di un sovraccarico del

<sup>55</sup> Ci riferiamo, in particolare, alla possibilità del riesame periodico della detenzione amministrativa a richiesta dello straniero. Sullo specifico tema, ulteriori parametri potrebbero ravvisarsi negli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. connesso all'art. 15 § 3 della direttiva 2008/115/CE, anche considerando che l'art. 14, comma 1-bis, T.U. Imm. attua l'istituto del riesame a richiesta, ma solo rispetto alle misure coercitive diverse dal trattenimento.

<sup>56</sup> Si pensi, in particolare, al possesso del passaporto quale limite all'accesso alle misure *ex art.* 14, comma 1-bis, T.U. Imm. Cfr. le considerazioni svolte da A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE*, cit., pp. 10 e 13 ove si sottolinea la natura sostanzialmente elusiva della norma rispetto agli obblighi comunitari.

<sup>57</sup> La «qualità del diritto nazionale» è un requisito necessario per la legittimità della detenzione ai sensi dell'art. 5 § 1, lett. f) CEDU, secondo costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Cfr. in tal senso, le sentenze rese nei casi *Chahal c. Regno Unito*, 25 ottobre 1996, ric. 22414/93, §112; *Amuur c. Francia*, 20 maggio 2006, ric. 19776/92, §50; *Rashed c. Repubblica Ceca*, del 27 novembre 2008, ric. 298/07, § 73. Che, oggi, gli artt. 13 e 14 del D. Lgs. 286/98 e le altre norme *extra-vaganti* in materia di detenzione amministrativa degli stranieri – quali gli artt. 21 e 35 del D. Lgs. 25/08 – rispettino tali *standard* di qualità è lecito dubitare.

<sup>58</sup> Si tratta del d. l. 241/2004 conv. nella l. 271/04.

<sup>59</sup> Ovviamente, non considerando l'ordine di allontanamento del vecchio art. 14, comma 5-bis, T.U. Imm.

tribunale monocratico poteva quindi apparire giustificato, ancorché non risolutivo. Aleggiasse, inoltre, la convinzione – erronea – che gli automatismi coercitivi introdotti dalla cd. legge “Bossi-Fini”<sup>60</sup> rendessero di fatto il giudizio sui provvedimenti espulsivi e sulle restrizioni ad essi riconnesse, tutto sommato, semplice e “sommarrizzabile”<sup>61</sup>.

Oggi le cose non stanno più così. È lecito dubitare di premesse reputate valide in passato<sup>62</sup>.

In un contesto in cui la detenzione amministrativa può sì protrarsi per un periodo significativo ma deve sempre costituire l'*extrema ratio* sia la normativa europea<sup>63</sup> sia la nostra Costituzione consiglierebbero, nella materia *de qua*, il ripristino della competenza giurisdizionale in capo all'organo che per posizione ordinamentale, poteri istruttori, competenze tecniche ed *habitus* mentale appare più idoneo a conoscere e tutelare il diritto alla libertà personale<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> L. n. 189/2002.

<sup>61</sup> Esprime bene i termini di un tale *arrière pensée* la critica svolta da A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero. Relazione al convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti tenutosi a Cagliari il 16-17 ottobre 2009, p. 10 reperibile all'indirizzo [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>62</sup> Ricorda come la Corte Costituzionale (ord. n. 109/06) abbia schivato la censura sul punto con una strategia argomentativa poco convincente ed essenzialmente fondata sulla non manifesta irragionevolezza della scelta discrezionale del legislatore, A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, p. 34.

<sup>63</sup> È noto come anche la Direttiva 2008/115/CE a livello europeo sia stata fatta oggetto di aspre critiche delle ONG, specialmente rispetto all'innalzamento della durata massima della detenzione amministrativa ivi contemplato. In questi termini si è parlato, in passato, di “direttiva della vergogna”. Nondimeno, pur nella consapevolezza della natura non sempre univoca delle politiche migratorie dell'UE, riteniamo che un giudizio più equilibrato sulla direttiva in questione non possa non tener conto dell'esistenza, in quel *corpus* normativo, di un chiaro ed autonomo scopo di garanzia dei diritti fondamentali e della libertà personale. L'aspetto è, a nostro parere, correttamente valorizzato nella attenta lettura delle norme europee svolta da F. VIGANÒ - L. MASERA, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni*, cit., p. 564.

<sup>64</sup> Una critica netta alla scelta di attribuire al giudice di pace la competenza sulla convalida dell'accompagnamento e del trattenimento è stata svolta all'indomani della l. n. 271/04 da A. CAPUTO - L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull'immigrazione*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 3, 2004, p. 13 s. Più di recente (in occasione del precedente innalzamento della durata massima della detenzione operato dalla l. n. 94/09), la critica è stata riproposta da A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, p. 28 e da P. BONETTI, *La proroga del trattenimento e i reati di ingresso o permanenza irregolare nel sistema del diritto degli stranieri: profili costituzionali e rapporti con la Direttiva comunitaria sui rimpatri*, in *Dir. Imm. Citt.*, n. 4, 2009, p. 94.

DARIO MICHELETTI

LE FONTI DI COGNIZIONE DEL DIRITTO VIVENTE <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. La duplice angolazione della giurisprudenza di legittimità. – 2. Il carattere discrezionale, nel nostro ordinamento, delle fonti di cognizione del diritto giurisprudenziale e le peculiari funzioni “normative” attribuite all’Ufficio del Massimario. – 3. Tre ipocrisie, da superare, in materia di massimazione. - 3.1. Il supposto carattere tecnico dei compiti attribuiti all’Ufficio del Massimario. - 3.2. L’ipotetico ruolo di supplenza della pubblicistica giuridica. - 3.3. L’astratta funzione mnemonica delle massime. – 4. I criteri di selezione delle sentenze da massimare nel Decreto del Primo Presidente della Cassazione del 4 marzo 2011. – 5. I criteri di individuazione e di redazione delle massime nel Decreto Lupo. – 6. Taluni inconvenienti della “massima-principio” rispetto alla “massima-argomento”. – 7. Taluni inconvenienti della concretezza e specificità delle massime. – 8. Due brevi chiarimenti conclusivi.

1. *La duplice angolazione della giurisprudenza di legittimità*

Le funzioni attribuite alla Corte di Cassazione dall’art. 65 ord. pen. assumono per loro natura una duplice portata e con ciò un’incipiente angolazione.

Da un lato, il giudizio di legittimità si traduce in un controllo sull’operato del singolo giudice e del suo provvedimento, acquisendo così una valenza infraprocedimentale e retrospettiva – salvo beninteso l’aspetto propulsivo derivante dall’eventuale annullamento con rinvio. Dall’altro, le sentenze di legittimità, prefiggendosi di raggiungere «*l’uniforme interpretazione della legge*», ed esprimendo così una posizione giuridica che lo stesso organo, per coerenza, non potrà che riproporre nei successivi analoghi casi, rivestono una portata extraprocedimentale, di carattere generale e prospettico, assimilabile (secondo la prevalente dottrina) alla funzione normativa<sup>1</sup>.

Tale duplicità incide profondamente sul contenuto delle sentenze di legittimità, nelle cui motivazioni – se si eccettuano le decisioni della VII Sezione – si colgono sempre almeno due registri linguistici. Direttamente la pronuncia è statuizione tra le parti, *quid decisum*. Mediamente essa è “annuncio di giurisprudenza futura”, affermazione di una linea interpretativa replicabile nei successivi giudizi aventi per oggetto fattispecie concrete similari e non. Le due linee motivazionali sono nondimeno caratterizzate da diseguale efficacia, giac-

\* Il lavoro riproduce l’intervento svolto all’Incontro di studio *La struttura della motivazione penale e il valore del precedente*, svoltosi a Roma dall’1 al 3 ottobre 2012.

<sup>1</sup> Così, per tutti, A. ARNIO, *I precedenti e la loro validità*, in *Ragion pratica*, 1996, 12 s., 18; nonché in argomento di recente F. GALGANO, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contr. impr.*, 2012, 77 ss.

ché la statuizione intraprocessuale è vincolante per le parti, mentre quella extraprocessuale è affidata al valore del precedente, che nel nostro ordinamento – come ha ribadito anche di recente la Corte costituzionale<sup>2</sup> – non può avere efficacia *erga omnes*, ma costituisce (“solo”) un vincolo argomentativo per i giudizi a venire<sup>3</sup>.

Eppure, l’ovvia consapevolezza di questa duplicità prospettica e funzionale incide profondamente sulla struttura delle sentenze della Corte di cassazione, quanto nessun’altre caratterizzate da un’alta densità di argomenti giuridici enunciati in termini generali ed astratti, tanto pertinenti al caso di specie quanto proiettati, al pari delle autentiche disposizioni, nel futuro ordinamentale. Prova ne sia che – stando alla teoria del diritto vivente<sup>4</sup> – questi *dicta* riguarderebbero, non solo i giudici, ma anche la collettività chiamata a desumere la reale portata di una legge più dalla sua reale applicazione pratica che non dal testo normativo. Sino al punto che, nelle più recenti esasperazioni di questa tesi, una giurisprudenza di legittimità *contra legem*, se ottusamente ribadita, può giungere a correggere *in malam partem* il tenore letterale di una disposizione incriminatrice<sup>5</sup>.

Occorre quindi prendere atto – senza potere in questa sede indugiare su simili derive – che la Cassazione è l’unica istituzione giuridica che per un verso “giudica” e per l’altro “norma”: ovvero “norma mentre giudica”, ponendo così il problema, specificamente oggetto del presente lavoro, della *accessibilità*, *conoscibilità* e, ancor prima, della *determinabilità* di questa peculiare “fonte del diritto”<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, con commento di V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *www.penalecontemporaneo*.

<sup>3</sup> In argomento fra gli altri A.A. PECZENIK, *Sui precedenti vincolanti de facto*, in *Ragion pratica*, 1996, 35 ss. Sul tendenziale avvicinamento del vincolo del precedente al sistema incentrato sullo *stare decisis* v. però, fra i molti, M. TARUFFO, *Per un’analisi comparata del precedente giudiziario*, in *Ragion pratica*, 1996, 55 ss.; U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. civ.*, 1996, XIV, 148 ss.; R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 279 ss.

<sup>4</sup> Cfr. fra gli altri S. EVANGELISTA - G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, 82 ss.

<sup>5</sup> Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un., 12 settembre 2012, n. 34952, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1457, con note critiche di E. GIRONI, *Discutibile avallo del tentativo di rapina impropria da parte delle Sezioni Unite*, ivi, 1462 ss.; D. BRUNELLI *Tentativo della rapina impropria: le Sezioni Unite liquidano sul nascere i segnali di enforcement del precedente*, in *Cass. pen.*, 2013, 61 ss.; e commenti viceversa adesivi di P. PISA, *Un apprezzabile chiarimento sul tentativo di rapina impropria*, in *Dir. proc. pen.*, 2012, 1467 ss.; R. BARTOLI, *Configurabilità del tentativo di rapina impropria finalizzata all’impunità: tra legalismo, teleologia e Costituzione*, in *Cass. pen.*, 2013, 80 ss. Coglie in tale pronuncia un’eclatante violazione della riserva di legge in materia penale S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell’ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in questo fascicolo.

<sup>6</sup> Sul riconoscimento della giurisprudenza come fonte del diritto v. da ultimo, anche per gli ulteriori ampi richiami, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 51 ss., 92 ss., *passim*.

## 2. *Il carattere discrezionale, nel nostro ordinamento, delle fonti di cognizione del diritto giurisprudenziale e le peculiari funzioni “normative” attribuite all’Ufficio del Massimario*

La funzione nomofilattica è ovviamente una prerogativa di tutte le Corti supreme nazionali che, al pari della nostra Corte di Cassazione, s’ispirano al paradigma francese. Eppure, nel nostro ordinamento, essa è esercitata in un modo che non conosce eguali, presupponendo un coefficiente di discrezionalità “aggiuntivo” – per così dire di secondo grado – che va oltre quello conferito al giudice-interprete.

Tale peculiarità dipende quanto meno da due fattori sistemici. Anzitutto dalla miriade di pronunce emesse ogni anno dalla Corte di Cassazione, la cui produzione tocca – in genere – il decuplo di quella delle altre Corti Supreme<sup>7</sup>. A ciò si deve aggiungere, con effetti non meno condizionanti, la sostanziale inaccessibilità al pubblico della *complessiva* giurisprudenza di legittimità italiana. Mentre infatti negli altri ordinamenti tutte le sentenze delle Corti Supreme sono agevolmente e gratuitamente accessibili da chiunque<sup>8</sup>, in Italia tale operazione è filtrata dall’utilizzo di un programma (oggi Italgioire-Web)<sup>9</sup>, l’onerosità del quale costituisce (oltre a un odioso retaggio feudalistico) la ragione principale di opacità della giurisprudenza di legittimità nel suo complesso. Tanto che – taluni magistrati se ne scandalizzano, invece di riflettervi – non sono pochi i Dipartimenti di giurisprudenza che non si trovano nelle condizioni di sostenere la spesa per l’abbonamento al programma.

Possono sembrare, queste, considerazioni ingenui, o al più da relegarsi al piano empirico. Invece i segnalati vincoli strutturali finiscono per influenzare profondamente la conformazione del diritto vivente nel nostro ordinamento. Negli altri Stati, infatti, ove tutte le sentenze di legittimità sono pubbliche e accessibili, ciascuna è parimenti di grado di esplicare la propria funzione nomofilattica. Anzi, non solo ogni sentenza si trova nelle condizioni di costituire un precedente, ma ogni suo frammento può esserlo, nella misura in cui racchiuda una *ratio decidendi*. Tanto che in Germania, a partire dal 2005, si è stabilito che le sentenze *Bundesgerichtshof* abbiano i capoversi numerati (al pari delle sentenze delle Corti europea di Giustizia e di Tribunali Supremi come ad esempio quello svizzero), con il duplice commendevole risultato di incentivare l’estensore a una maggiore linearità espositiva, dando altresì agli operatori l’opportunità di una più puntuale citazione delle specifiche *rationes decidendi*.

Da noi *non* è così. Per nulla.

Il sistema è retto dalla presenza di un “filtro ulteriore”, gestito dall’Ufficio del Massimario della Cassazione, finalizzato a discernere dalla moltitudine di sentenze di legittimità aventi efficacia retrospettiva quelle cui attribuire una funzione nomofilattica (art. 68 ord. giud.). Tutte le pronunce di legittimità vi ambiscono in potenza, ma il sistema di massima-

<sup>7</sup> Si vedano le statistiche riportate nel rapporto del 2008 *Le Corti Supreme in Europa: le regole per l’accesso*, consultabile in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>8</sup> Si veda per esempio [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de); [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr); [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es); <http://bstger.weblaw.ch>.

<sup>9</sup> In argomento S. DI AMATO, *Il nuovo sistema d’informatica giuridica del centro elettronico di documentazione della Corte suprema di cassazione italiana*, in *Giust. civ.*, 2004, II, 419 ss.

zione ufficiale fa sì che solo alcune si pongano come annuncio di giurisprudenza futura. Le altre, e sono la maggior parte, quelle cioè che non trovano sbocchi nella pubblicistica, che non vengono in qualche modo citate e debitamente allegate dagli avvocati a corredo delle memorie e delle note d'udienza, cadono nell'oblio, vedendo così ristretta la loro efficacia al piano intraprocessuale-retrospettivo.

A ben vedere, quindi, esiste nel nostro ordinamento un *fisiologico scarto tra giurisprudenza di legittimità e diritto vivente*. Un fisiologico scarto in cui si annida una sorta di “discrezionalità nomofilattica” il cui *dominus* è rappresentato dall'Ufficio del Massimario al quale competono la selezione e la massimazione delle “sole” sentenze chiamate a fungere da indirizzo interpretativo<sup>10</sup>.

Dunque, non diversamente dal *diritto politico* – che conosce fonti di produzione (leggi, regolamenti ecc.) e fonti di cognizione istituzionali (Gazzetta Ufficiale) – anche il *diritto giurisprudenziale* annovera “fonti di produzione” (ogni singola sentenza) e “fonti di cognizione istituzionali” (composte da tutti quegli strumenti governati dall'Ufficio del massimario che si occupano di favorire la conoscenza delle prime). Sussiste nondimeno una rilevantissima differenza tra i due sistemi, in quanto le fonti di cognizione istituzionali del diritto politico si traducono in *operazioni meccaniche e neutrali* (la Gazzetta Ufficiale pubblica e diffonde *tutti* gli atti aventi valenza normativa) mentre le fonti di cognizione istituzionali del diritto giurisprudenziale sottendono l'esercizio di una *discrezionalità* ulteriore rispetto a quella *giudicante*: un margine di discrezionalità di carattere eminentemente *normativo* che si estrinseca nell'individuazione delle pronunce cui attribuire una valenza interpretativo-prospettica e nel confezionamento delle *rationes* tramite le quali rappresentarle.

### 3. Tre ipocrisie, da superare, in materia di massimazione

Tanto chiarito, sembra opportuno sgombrare subito il campo da tre ingenuità, o equivoci, ostinandosi nei quali una riflessione su questi temi finirebbe per scadere nell'ipocrisia.

#### 3.1. Il supposto carattere tecnico dei compiti attribuiti all'Ufficio del Massimario

Il primo equivoco da superare è che l'attività del Massimario, tanto nella fase di selezione delle pronunce quanto in quella di confezionamento delle massime, costituisca un'operazione se non meccanica, comunque caratterizzata da una discrezionalità prettamente

<sup>10</sup> L'esistenza di questa discrezionalità affiora con chiarezza nelle parole di uno degli ex Direttori dell'Ufficio Massimario il quale scrive: «Una rete fittissima e pervasiva di precedenti, data l'alta probabilità di risposte interpretative di segno diverso per il crescente numero delle decisioni (...), avrebbe come sicuro effetto quello di moltiplicare le incoerenze e i contrasti sia sincronici che diacronici nella giurisprudenza, ledendone l'autorevolezza ermeneutica e rendendo ardua l'individuazione dell'effettivo “diritto vivente”»: G. CANZIO, *Attività ed evoluzione della funzione di nomofilachia della Corte: funzione uniformatrice e valore del precedente*, testo dell'intervento svolto all'Incontro di studio *La struttura della motivazione penale e il valore del precedente*, svoltosi a Roma dall'1-3 ottobre 2012, pag. 11.

tecnica, volta cioè a eliminare le pronunce prive di alcun interesse (come quella della VII sezione penale per intendersi) fotografando poi obiettivamente il *decisum*.

Ciò non appare sostenibile né con riguardo all'attività di selezione delle sentenze né con riferimento a quella di redazione delle massime.

Quanto alla prima operazione, per sconfessarne l'asserita neutralità sarebbe sufficiente osservare che tutti i Decreti emanati dal Presidente della Corte di cassazione (ai sensi dell'art. 26 d.m. 30 settembre 1989, n. 334 reg. esec. c.p.p.) volti a disciplinare l'attività dell'Ufficio del ruolo e del massimario prevedono regole differenti per la procedura di selezione<sup>11</sup>. Il che testimonia, quanto meno, la delicatezza e la rilevanza pratica del compito nonché l'esistenza di inconvenienti cui ci si prefigge di rimediare<sup>12</sup>. Del resto, basterebbe la scorsa a una delle più autorevoli rassegne della Cassazione penale per rendersi conto di quanto orientabile possa rivelarsi una lettura della produzione giurisdizionale<sup>13</sup>. Tanto più quando essa ha carattere parziale come nel caso della rappresentazione fornita dal CED: confrontandola con gli esiti di una raccolta esaustiva della giurisprudenza di legittimità in uno specifico settore del diritto penale<sup>14</sup>, non si può infatti non rimanere sorpresi, oltretutto del modo in cui talune sentenze sono "rappresentate", dell'assenza di molte di esse, quasi che le si sia volute deliberatamente oscurare o addomesticare perché discordanti con la linea "ufficiale" della Sezione<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Il riferimento è ai due Decreti del 1991 e del 1992 dell'allora Primo Presidente Brancaccio, al Decreto 23 gennaio 2004 del Pres. Marvulli e al Decreto 4 marzo 2011 del Pres. Lupo.

<sup>12</sup> Valgano al riguardo le parole di G. SILVESTRI, *La massimazione delle decisioni penali della Corte di cassazione: i nuovi criteri*, in *Foro it.*, 2004, V, 17, a commento del Decreto del pres. Marvulli del 2004 che innovava, fra l'altro i criteri di selezione delle sentenze da inviare al Massimario in precedenza rimessi al Presidente dei collegi giudicanti: «è stato abbandonato un sistema da più parti censurato perché basato su criteri di scelta soggettivi, contingenti, variabili, raramente uniformi e difficilmente controllabili, lasciati alla discrezionalità dei Presidenti dei collegi, i quali finivano per restare arbitri di stabilire se un provvedimento dovesse entrare nel circuito giuridico o se, invece, dovesse essere destinato all'oblio e restare sommerso nel fiume carsico della giurisprudenza di legittimità. Ed infatti, se colpiti dall'annotazione «non massimare», apposta sul documento dai presidenti dei collegi, i provvedimenti, anche se contenenti dicta nuovi o di particolare interesse, erano quasi sempre definitivamente perduti per chi si ponesse alla ricerca del precedente».

<sup>13</sup> Il riferimento è alla *Rassegna della Cassazione penale* curata da Raffaele Guariniello per la rivista *Igiene e sicurezza sul lavoro*.

<sup>14</sup> Volendo, per il diritto penale della medicina, un confronto tra le sentenze massimate dal CED e la complessiva giurisprudenza di legittimità in materia può essere effettuata utilizzando il materiale raccolto in F. GIUNTA (e altri), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità*, Napoli, 2011. Invece, per quanto concerne il diritto penale del lavoro, un analogo confronto può giovare dell'esaustiva banca-dati tenuta dall'*Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro* dell'Università degli Studi di Urbino (<http://olympus.uniurb.it/>).

<sup>15</sup> Ad esempio, nella giurisprudenza della IV Sezione, meraviglia – fra le tante – la mancata massimazione della prima sentenza che ha qualificato la negligenza del lavoratore-vittima quale causa da sola sufficiente a determinare l'evento ex art. 41, comma 2, c.p. (Cass. pen., sez. IV, 21 ottobre 2008, n. 40821, Pres. Marzano, est. Piccialli). Ma non meno singolare è la mancanza di quella straordinaria pronuncia che ha affermato per la prima volta il principio secondo cui l'automobilistica che abbia fatto affidamento sulla regolare condotta degli altri partecipanti al traffico può essere chiamato a rispondere penalmente, nel caso di affidamento mal riposto, solo se la scorrettezza altrui era prevedibile in concreto: Cass. pen., sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 46741 Pres. Mocali, est. Blaiotta, che ha così superato l'assurdo principio secondo cui l'affidamento rivelatosi mal riposto costituisce già di per sé colpa.

Ma ancora meno “neutra” è per l'appunto l'attività di massimazione, espressiva com'è, all'inverso, di un procedimento caratterizzato da un margine di discrezionalità così elevato da essere equiparato all'interpretazione di un testo normativo<sup>16</sup>. Non v'è dunque da sorprendersi che anche questo aspetto sia stato oggetto di una puntuale e innovativa disciplina da parte del Dec. Pres. Cass. 4 marzo 2011 su cui si tornerà in seguito (v. *infra* 5).

Beninteso: sostenendo che l'Ufficio del Massimario esercita una funzione connotata da un margine di discrezionalità, non si vuole insinuare che le sue determinazioni siano arbitrarie. Significa prendere atto che tale funzione sottende un inevitabile *margin*e di *variabilità e opinabilità*, con la conseguenza che il risultato sarebbe (marginalmente) diverso in funzione di colui che è incaricato di svolgerla (la qual cosa ovviamente non accade per chi lavora all'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato ed è addetto alla stampa della Gazzetta Ufficiale). Da qui dunque un *problema di “legittimazione”*, dovendosi giustificare quanto meno in termini logico-sistemiche, e al di là di quanto attualmente stabilisce l'art. 68 ord. giud., quale sia il soggetto più idoneo ad assolvere tale compito. In particolare, e senza false remore, non sembra più eludibile la questione concernente l'idoneità di una *soluzione sistemica che affida alla stessa magistratura l'opera di rappresentare se stessa*, quasi che la discrezionalità selettivo-normativa di cui si è detto in precedenza (v. *supra* § 2) sia un profilo inscindibile del fascio di poteri affidati all'ordine della magistratura dall'art. 102 Cost.

Porre questo tema non dovrebbe apparire eversivo. Non solo perché è tutto da dimostrare che l'opera di selezione e massimazione delle sentenze sia coperta dalla citata riserva costituzionale; ma perché un'analisi comparata rivela che tali compiti afferiscono più adeguatamente ad altre figure di giuristi. In Inghilterra, ad esempio, l'opera di massimazione è autorevolmente svolta dalla categoria degli avvocati tramite il glorioso *Council of Law Reporting* fondato alla metà dell'800<sup>17</sup>. Ed è vero che siamo ben lontani dal *more italicum* della massimazione ufficiale, essendo quelle inglesi per lo più “raccolte di giurisprudenza”, in forma di *reports, head-notes, digest*. Vi si coglie nondimeno il principio che *la rappresentazione della giurisprudenza, nella misura in cui si prefigge un obiettivo di verifica, valutazione critica, controllo, non può essere logicamente affidata agli stessi soggetti controllati*. Si spiega così la ragione per cui anche nella cultura giuridica italiana, quanto più si prende coscienza dell'elevato tasso di discrezionalità insito nell'opera di selezione e massimazione delle pronunce, tanto più affiora la necessità di superare l'art. 68 ord. giud. e procedere a una “privatizzazione” dell'Ufficio del Massimario<sup>18</sup>, non potendosi che ritenere incongruo affidare tale funzione agli stessi esponenti dell'organo giudicante.

<sup>16</sup> Sulla c.d. interpretazione del precedente, e sui diversi modelli metodologici alla luce dei quali effettuarla, v. per tutti P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*, in *Analisi e diritto*, 2004, spec. 89 ss.

<sup>17</sup> Cfr. L. MOCCIA, *Appunti sul law reporting in Inghilterra*, in *Foro it.*, 1978, V, spec. 296 ss.

<sup>18</sup> F. GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente in Cassazione*, in *Contratto e impr.*, 1999, 896.

### 3.2. L'ipotesico ruolo di supplenza della pubblicistica giuridica

La seconda ipocrisia da cui occorre guardarsi è quella secondo cui i compiti attribuiti al Massimario sarebbero tutto sommato modesti, irrilevanti, in breve, non decisivi, perché omologhi a quelli svolti da altre fonti di cognizione "private" del diritto giurisprudenziale. Il riferimento è alla pubblicistica giuridica che, in diverse forme, tende a replicare l'attività svolta dall'Ufficio del massimario colmandone eventuali lacune. Da qui l'esistenza di una sorta di ulteriore grado di controllo privatistico dell'operato della magistratura che finirebbe per stemperare i limiti evidenziati dal sistema ufficiale.

Anche tale impostazione, cui pure non può negarsi in astratto un aspetto di verità, finisce tuttavia per scontrarsi con i dati concreti, i quali rivelano – all'inverso – quanto ridotta sia la supplenza delle riviste giuridiche rispetto all'operato del Massimario, sia per quanto concerne la pubblicazione di sentenze trascurate in sede ufficiale, sia con riguardo al confezionamento di autonome massime.

Quanto al primo aspetto, è sufficiente controllare una delle più note e puntuali banche-dati giuridiche (*Dejure*) per accorgersi come nel 2011 e nel 2012 siano state diffuse dalle riviste non più di trecento sentenze di legittimità all'anno che già non fossero documentate dal CED della Cassazione<sup>19</sup>: con la conseguenza che se quest'ultimo offre una rappresentazione pari a circa il 12% della produzione giurisprudenziale<sup>20</sup> l'incremento conoscitivo derivante dalla pubblicistica non supera il 2%, al quale, volendo, si può aggiungere ancora qualche punto percentuale per il servizio fornito da varie riviste telematiche, le cui informazioni, peraltro, non sono registrate dal circuito della banche dati e risultano quindi difficilmente raggiungibili a distanza di tempo. In ogni caso si è ben lontani dal ritenere che tali organi di diffusione – peraltro alimentati da una non chiara "entrata" presso la Suprema Corte – siano in grado di supervisionare in modo autonomo e sistematico quell'85% di giurisprudenza di legittimità che l'Ufficio del ruolo e del massimario non ostenta.

Circa poi l'attività di massimazione delle riviste, è facilmente constatabile come prevalga, o per deferenza o per esigenze di marketing editoriale, una netta predilezione delle stesse per la riproduzione delle massime ufficiali, che non di rado vengono quindi imposte ai commentatori quand'anche ne abbiamo ideate di più adeguate<sup>21</sup>. Non mancano ovviamente eccezioni encomiabili, specie tra le riviste online che si prefiggono un'autonoma lettura del materiale giurisprudenziale. E tuttavia, anche tale attività non trova ancora riscontro sistematico nelle comuni banche-dati, sicché il reperimento delle stesse impone sempre la defatigante consultazione dei vari siti internet.

<sup>19</sup> Non tragga in inganno il nudo dato aritmetico delle massime che compaiono, per gli anni citati, nel CED e nel *Dejure*, giacché la maggior cifra risultante in quest'ultima banca dati è alimentata dalla scelta redazionale di isolare in singole stringhe le molteplici massime (spesso identiche) di una medesima sentenza fornite da ogni singola rivista.

<sup>20</sup> A fronte di circa 30.000 sentenze emesse dalle Sezioni penali della corte di Cassazione, ne vengono infatti considerate poco più di tremila all'anno dal Massimario: cfr. G. CANZIO, *Attività ed evoluzione della funzione di nomofilachia della Corte*, cit., pag. 10 del dattiloscritto.

<sup>21</sup> A titolo esemplificativo, si è dovuto subire tale imposizione nel commentare Cass. pen., Sez. Un., 15 dicembre 2011, n. 11545, in *Giust. pen.*, 2012, 455 ss.

A parte ciò, è facilmente constatabile come nella prassi giudiziaria la produzione dell'Ufficio del Massimario finisce per assumere un peso preponderante rispetto a qualunque altra fonte di cognizione non istituzionale. Non solo perché è l'unico canale conoscitivo cui solitamente si affida il giudice di merito, e quindi il solo che gli operatori possono richiamare nel caso in cui vogliano dare per acquisita nel processo una determinata soluzione giurisprudenziale. Ma anche perché non è raro che le pronunce di legittimità trascurate dal CED siano viste, per questo solo fatto, con una certa cautela, quasi che esse siano espressive di un orientamento che l'Istituzione non ha voluto accreditare come diritto vivente.

### 3.3. *Lastratta funzione mnemonica delle massime*

Infine, la terza insincerità da evitare è che l'attività di massimazione non sia poi così cruciale perché servirebbe solo come strumento di segnalazione, spia, richiamo<sup>22</sup>, senza esentare gli operatori, e *in primis* il giudice, dalla conoscenza complessiva delle motivazioni, essendo queste e solo queste in grado di generare diritto vivente.

Certo, anche in questo caso, l'osservazione non si presta a obiezioni di carattere teorico. Se è vero infatti che la meccanica nomofilattica dovrebbe indurre il giudice di merito a scartare le argomentazioni superate o rifiutate dalla Corte superiore<sup>23</sup>, si dovrebbe a rigore concludere che il vincolo del precedente presupporrebbe, per ben funzionare, la conoscenza dell'intero provvedimento giurisdizionale e non solo dell'abstract massimato.

Se però si passa dal piano astratto a quello concreto – che è poi l'unica prospettiva in cui ha senso occuparsi del precedente giudiziario<sup>24</sup> – sarebbe difficile nascondere una ben altra realtà. Una rappresentazione schietta quanto efficace di ciò che davvero accade nell'amministrazione della giustizia riconosce infatti che «*uno dei principali limiti "culturali" degli operatori (i magistrati al pari degli avvocati) è identificabile nel fatto che la ricerca si arresta, quasi costantemente, alla scoperta del precedente massimato, sovente disgiunta dall'esame del testo della motivazione e, dunque, dalla comprensione delle specifiche ragioni della decisione che hanno condotto ad enunciare proprio quel principio di diritto, sintetizzato nella massima*»<sup>25</sup>. Vero ciò, non può quindi non prendersi atto che la massima, lungi dal rivestire un ruolo debole, c.d. mnemonico, assume all'inverso nella prassi una natura forte, di carattere precettivo, finendo così per esaurire in breve tempo tutto ciò che rimarrà della pronuncia da cui è estrapolata.

Ecco dunque perché è fondamentale il modo in cui le massime sono confezionate. Perché dal loro tenore quanto mai dipende la "presa" della Corte di cassazione sulla giurispru-

<sup>22</sup> Sulla funzione mnemonica delle massime v., fra gli altri, R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2007, I, 1387; E. CARBONE, *Funzioni della massima giurisprudenziale e tecniche di massimazione*, in *Pol. dir.*, 2005, 137.

<sup>23</sup> Cfr. R.S. SUMMERS, *La natura fondamentale di un sistema di precedenti giudiziari e il suo carattere formale*, in *Ragion pratica*, 1996, 47 s.

<sup>24</sup> Sottolinea l'imprescindibilità di questa angolazione M. TARUFFO, *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, cit., 58.

<sup>25</sup> G. SILVESTRI, *La massimazione delle decisioni penali della Corte di cassazione*, cit., 17.

denza futura, sino al punto che – come meglio si vedrà (v. *infra* § 6 e 7) – una cattiva massima può sperperare i pregevoli sforzi delle Sezioni giudicanti, laddove una buona massima può addirittura ridurre la mole del contenzioso a venire.

#### 4. *I criteri di selezione delle sentenze da massimare nel Decreto del Primo Presidente della Cassazione del 4 marzo 2011*

Convinti, per le ragioni appena esposte, che il tema della massimazione sia di fondamentale importanza nell'analisi della giurisprudenza quale incipiente fonte del diritto, s'impone la necessità di prendere in esame un tipo di documentazione sovente trascurata dagli studiosi, quasi si trattasse di un atto di natura organizzativa privo di ripercussioni sistemiche. Il riferimento è ai Decreti emanati dal Presidente della Corte di cassazione ai sensi dell'art. 26 d.m. 30 settembre 1989, n. 334 reg. es. c.p.p., che contengono “*Criteri per la redazione delle massime di giurisprudenza e per l'individuazione delle sentenze e degli altri provvedimenti penali della Corte di cassazione da cui estrarre le massime*”. Tanto più che l'ultimo di questi Decreti – a dire il vero non agevole da recuperare – emanato dal Pres. Lupo il 4 marzo 2011, si segnala per taluni aspetti innovativi, sia sul versante delle procedure di selezione delle decisioni da massimare, sia con riferimento ai criteri di redazione delle massime.

Ebbene, quanto alla scelta delle sentenze meritevoli di rilievo nomofilattico, essa è governata da due criteri di fondo: (a) il primo, di carattere procedurale, attiene all'individuazione dei soggetti cui compete la cernita; (b), il secondo, di carattere contenutistico, riguarda le regole da seguire nella scrematura.

a) Con riferimento al primo criterio, è interessante sottolineare come il Decreto Lupo abbia deciso di perfezionare quanto stabilito sul punto dal Decreto Marvulli del 2004, che marcò, a suo tempo, una netta inversione di rotta rispetto alla linea dei Decreti Brancaccio del 1991 e 1992. Inizialmente infatti le sentenze da massimare erano individuate dai Presidenti dei Collegi, i quali, come arbitri assoluti della decisione, si trovavano così nella possibilità di “oscurare” definitivamente le sentenze scomode, rese *per incuriam*, o discordanti dalla linea della Sezione che il Presidente stesso prediligeva<sup>26</sup>. Una sorta insomma di ulteriore grado di giurisdizione nomofilattico, per contenere il quale il Decreto Marvulli decise opportunamente di togliere ai Presidenti dei Collegi tale “potere di spoglio” per accentrarlo nelle più imparziali mani del Direttore del Massimario (art. 2). Era questi, infatti, unitamente al Vice Direttore delegato e al magistrato coordinatore che, «*con autonomo apprezzamento*», potevano procedere alla preventiva selezione delle decisioni da considerare (art. 2 e 3). Il tutto verosimilmente nell'ottica di una maggiore impermeabilità della cernita dai rapporti di forza generatisi all'interno dei singoli collegi. Da qui, tuttavia, l'adozione di un metodo per un verso troppo oneroso per il Massimario (chiamato a vagliare decine di migliaia di sentenze) e per altro verso fomite di uno sperpero delle conoscenze interne alle

<sup>26</sup> V. *supra* nt. 12.

Sezioni, che ben avrebbero potuto semplificare la scelta<sup>27</sup>.

Si spiega così l'innovazione apportata sul punto dal Decreto Lupo – verosimilmente volta a formalizzare una procedura già invalsa nella prassi – il quale ribadendo la preferenza per una selezione accentrata ha cercato però di recuperare una compartecipazione della singola Sezione, e stabilito che i Presidenti del Collegi possono segnalare l'opportunità della massimazione, «*salva restando l'autonoma valutazione dell'Ufficio del massimario*» (art. 1, comma 2). Si è optato dunque per un procedimento bifasico, tale per cui il Presidente del Collegio segnala e l'ufficio del Massimario screma (v. art. 3, comma 2, che attribuisce la «*determinazione di non massimazione*» al Direttore e su delega al Vice Direttore dell'Ufficio massimario), ingenerando così una procedura che, pur rappresentando un buon punto di equilibrio, risulta tuttavia ancora migliorabile. Se infatti, come par di capire, la prima sommaria cernita avviene all'interno della Sezione, la quale indica all'Ufficio un novero di decisioni “interessanti”, occorrerebbe pensare anche a una procedura *extra ordinem* di integrazione – come è emerso nell'ambito del dibattito seguito a questa relazione – in forza della quale almeno i magistrati di merito siano in grado di richiedere la massimazione e l'inserimento nel CED di una determinata pronuncia, magari da loro sollecitata, stante la particolare rilevanza assunta dalla stessa in ambito locale. Ma lo stesso dovrebbe valere, a bene vedere, per esponenti dell'avvocatura, i quali – nell'ambito di un più ampio rapporto di collaborazione, che è ancora tutto da concepire, con l'ufficio Massimario (v. *infra* § 8) – dovrebbero essere posti nelle condizioni di segnalare all'Ufficio l'opportunità di rendere visibili sentenze di legittimità ancora neglette.

b) D'altra parte, ancor più incisive sono le modifiche apportate dal Decreto Lupo ai criteri di carattere contenutistico che presidono la scelta delle sentenze meritevoli di massimazione. Tutte le novità sul punto paiono comunque accomunate dalla medesima prospettiva di scopo: dall'intento cioè di prevenire un'immagine caotica della giurisprudenza di legittimità e soprattutto sfozzare per quanto possibile il numero delle massime, nella convinzione «che la *forza* del precedente (...) sia inversamente proporzionale al numero e alla quantità dei precedenti formati in ordine all'analogia questione»<sup>28</sup>. Da qui dunque la decisione di concentrare lo spoglio solo sui «*principi giurisprudenziali inediti*» (art. 3, lett. a) – come era già stabilito dal Decreto Marvulli – precisando invece con riguardo ai «*principi giurisprudenziali già affermati*» che essi non vanno continuamente ripetuti, ma devono essere richiamati *solo dopo un certo lasso di tempo* diversamente parametrato rispetto alla rilevanza del principio (art. 3, lett. b). A queste due direttrici, già sostanzialmente presenti nel Decreto del 2004, si è poi opportunamente aggiunto che vanno massimati i «*principi che si pongono in difformità* rispetto ad altri precedentemente affermati» (art.

<sup>27</sup> Lo riconosce apertamente la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011* del Pres. Ernesto Lupo, il quale «*sottolinea l'importanza [dei Presidenti non titolari dei collegi] nel coordinamento degli orientamenti giurisprudenziali della sezione, anche attraverso lo svolgimento di riunioni tra i consiglieri e lo scambio d'informazioni in ordine alle decisioni assunte; nella prevenzione dei contrasti inconsapevoli, anche attraverso la lettura delle sentenze riguardanti le materie delegate; nella predisposizione e diffusione all'interno della sezione di massime provvisorie su questioni di particolare importanza*»: pag. 120 s.

<sup>28</sup> G. CANZIO, *Attività ed evoluzione della funzione di nomofilachia della Corte*, cit., pag. 7.

3, lett. c), così da rendere più tempestiva – v'è da ritenere – l'individuazione dei contrasti giurisprudenziali da parte del medesimo Ufficio e quindi più celere l'intervento dirimente delle Sezioni Unite<sup>29</sup>.

Inedita è poi la previsione di un indice di spoglio "negativo", in forza del quale si sconsiglia la massimazione di principi già affermati dalle Sezioni Unite se non dopo un «*lasso di tempo adeguatamente lungo*» (art. 3, comma 3). L'implicito obiettivo è di evitare il fenomeno tutto nostrano della "serie" o "catena" di precedenti, che da un lato mina l'autorevolezza del singolo pronunciamento e dall'altro lato rischia di travisarne i contenuti<sup>30</sup>. Emblematico, ad esempio, è quanto successo all'indomani della nota sentenza Franzese, il cui insegnamento ha rischiato inizialmente di affogare in una sequela di chiarimenti della IV Sezione penale, volti a offrire, non tanto esplicazioni di singole dinamiche eziologiche, quanto un'interpretazione dell'orientamento delle Sezioni Unite.

V'è tuttavia in quest'ultimo Decreto un ulteriore implicito limite "negativo" di selezione delle sentenze: un limite che discende dall'aspetto forse più criticabile del provvedimento, sul quale si tornerà in seguito (v. *infra* § 5). Per il momento valga considerare che la scelta delle sentenze da inserire nel CED è strettamente legata all'idea di massima che ci si prefigge di ricercare: con la conseguenza, del tutto evidente, che se massimabile viene ritenuto solo il "*principio di diritto enunciato*" – così come stabilito dal Decreto Lupo – finiranno fatalmente per perdersi nell'oblio tutte quelle sentenze che, sebbene importanti, non ne enunciano alcuno. In particolare, poiché l'art. 173 norme att. c.p.p. prevede che solo le sentenze di annullamento con rinvio e quelle delle Sezioni Unite siano necessariamente corredate da principio di diritto, per tutte le altre la visibilità nel CED dipenderà in tutto e per tutto dalla scelta dell'estensore di confezionarne uno. Sicché, ove ciò non accada, si correrà il rischio che importantissime sentenze di assoluzione, come ad esempio quelle di *annullamento senza rinvio* seguite a doppia conforme di condanna, siano private della benché minima efficacia nomofilattica vedendo relegati i propri effetti al piano esclusivamente intraprocessuale<sup>31</sup>.

Dunque, il problema dell'equazione tra massima e principio non sta solo nel fatto – più volte segnalato in dottrina – che essa induce all'automassimazione<sup>32</sup>, con tutti gli inconvenienti che ciò comporta, specie per la perdita di collegialità<sup>33</sup>. Né si vuole sottolineare tanto

<sup>29</sup> Sulla necessità di una pronta risoluzione dei conflitti quale imprescindibile condizione di effettività del meccanismo del precedente giudiziario v. per tutti M. TARUFFO, *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, cit., 64.

<sup>30</sup> Sul fenomeno v. nuovamente M. TARUFFO, *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, cit., 63.

<sup>31</sup> Quale esempio di un'interessantissima pronuncia di assoluzione senza rinvio, seguita a una doppia conforme di condanna, che non può trovare accesso al CED – tanto è vero che sinora non vi è stata inserita – v. Cass. pen., sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 35906 (reperibile su Olympus) che ha assolto il venditore di un macchinario privo di un dispositivo di protezione, avendo attribuito l'infortunio seguitone al suo utilizzo alla eccessiva ottimizzazione dei tempi di lavoro decisa dal datore.

<sup>32</sup> Sulla prassi dell'«estrazione autentica» v. A.R. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, in *Giust. civ.*, 1983, II, 383 ss.

<sup>33</sup> In senso condivisibilmente critico v. E. CARBONE, *Funzioni della massima giurisprudenziale e tecniche di massimazione*, cit., 139.

la circostanza che si finiscono così per favorire gli «svolazzi dottrinali dell'estensore» dando la stura al sottobosco delle «pseduomassime»<sup>34</sup>. Il fatto è che una tale rigida corrispondenza – che come si sottolineerà nel prossimo paragrafo non era così marcata nel Decreto Marvulli – finisce per rendere ogni singolo estensore delle pronunce non contemplate dall'art. 173 norme att. c.p.p. arbitro della funzione nomofilattica: nel senso che, decidendo se inserire o meno un'enunciazione di principio, egli finirà per stabilire se candidare o meno quella pronuncia al circuito del diritto vivente ovvero occultarla definitivamente così da attribuirle un mero effetto intraprocessuale, caratteristico di un terzo grado di merito.

### 5. I criteri di individuazione e di redazione delle massime nel Decreto Lupo

Massimare non è attività banale e – lo si è già sottolineato – tanto meno neutrale. Per di più, non esiste in questa materia, negletta dai legislatori<sup>35</sup>, convergenza d'opinioni in merito a ciò che deve intendersi per massima quale specchio di un precedente vincolante<sup>36</sup>. Pur concordando sul fatto che quest'ultima dovrebbe racchiudere la *ratio decidendi*, taluni la individuano nel *passaggio logico* che si rivela necessario per arrivare alla specifica decisione<sup>37</sup>; altri la identificano con il *principio di diritto* sufficiente a decidere il caso concreto<sup>38</sup>; la maggior degli interpreti la equipara a una *norma* per la regolamentazione dei fatti di causa<sup>39</sup>. La divergenza riflette peraltro un'altra e ancor più radicale discordanza sugli scopi cui dovrebbe tendere l'attività di massimazione<sup>40</sup>: ed è proprio su questo punto che si registrano – come ora si chiarirà – le maggiori criticità del Decreto Lupo.

Invero, secondo la preferibile e più diffusa impostazione dei giuristi di *civil law*, il precedente-massima servirebbe a guidare il giudice nell'assolvimento dell'obbligo che su di lui ricade di fornire una giustificazione razionale della propria decisione<sup>41</sup>. Vero ciò, e conside-

<sup>34</sup> Così V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, 250. Quale esempio di eccessiva enunciazione di principi massimabili si veda la recente sentenza sulla rilevanza delle linee guida nell'accertamento delle colpe mediche (Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922), che è corredata, in chiusura, da oltre due pagine di principi e che, forse anche per questo, non è stata ancora considerata dal CED.

<sup>35</sup> Lo sottolinea P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale*, cit., 90.

<sup>36</sup> Ciò vale anche per il sistema inglese ove tale incertezza si riflette negativamente sul meccanismo dello *stare decisis*: cfr. R. SUMMERS, *La natura fondamentale di un sistema di precedenti giudiziari*, cit., 48 ss.

<sup>37</sup> Quasi letteralmente F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impr.*, 1985, 701.

<sup>38</sup> M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contratto e impr.*, 1988, 546.

<sup>39</sup> V. *amplius* per un'analitica rassegna delle varie posizioni P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale*, cit., 82 s.

<sup>40</sup> Sugli scopi dell'attività di massimazione, indicata come la «*terza fase*» del procedimento ermeneutico v. P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, 203 ss.

<sup>41</sup> Su quest'ultimo punto fondamentalmente R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, 185 ss., *passim*.

rando che la motivazione dovrebbe articolarsi in una concatenazione più o meno lunga di sillogismi giuridici<sup>42</sup>, le massime dei precedenti, da esprimersi a loro volta in termini sillogistici, si candidano a essere una delle varie premesse maggiori dei successivi ragionamenti giudiziari<sup>43</sup>. Si badi bene: esse non sono chiamate necessariamente a suggerire l'epilogo dei futuri giudizi – giacché ciò sarebbe possibile solo nei casi in cui sussista una marcata similitudine tra la fattispecie concreta già giudicata e quella da giudicare – ma dovrebbero fungere il più delle volte da anelli intermedi della concatenazione argomentativa. L'obiettivo è quello di istaurare così una sorta di “*mutuazione parziale di motivazione*” in forza della quale un *argomento* della nuova decisione è preso in prestito, tramite il richiamo della massima, dalla sentenza da cui quest'ultima è stata estrapolata. Il tutto con il duplice positivo effetto di rendere maggiormente prevedibili i giudizi a venire e stimolare, con l'arma della convenienza, l'aggiornamento dei giudici di merito naturalmente interessati a velocizzare la redazione dei propri provvedimenti.

Senonché, com'è agevolmente constatabile, il modello (di massima e di nomofilachia) ora descritto non sembra granché favorito dai criteri varati dall'ultimo Decreto riguardante l'attività dell'Ufficio del massimario. Non che il Decreto Marvulli risultasse più lungimirante, pregno com'era, anch'esso, di elementi antitetici al paradigma continentale<sup>44</sup>. Il fatto è che quest'ultimo Decreto, lungi dall'invertire la rotta, l'ha proseguita con ancora maggiore convinzione. Va in questa direzione, per esempio, l'eliminazione di quella basilare indicazione metodologica che apriva l'art. 5 del Decreto Marvulli secondo cui «*La massima (...) deve rappresentare la sintesi della decisione e della ragione che la sorregge*», ora sostituita dal nuovo criterio secondo cui «*la massima deve rappresentare la sintesi del principio affermato e, solo ove necessario, della ragione che lo sorregge*» (art. 6, lett. b)<sup>45</sup>. Una variazione non

<sup>42</sup> In argomento diffusamente P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, 151 ss.

<sup>43</sup> Per tale modello di massimazione definito “continentale” ovvero – dal nome di uno dei suoi più noti teorizzatori – denominato modello Wróblewski, v. P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale*, cit., 92 ss.

<sup>44</sup> In particolare, si veda l'art. 5 lett. b) Decreto Marvulli secondo cui «*la massima non deve presentarsi come una generalizzazione della ratio decidendi, espressione di un principio astratto nel quale ogni nuovo caso possa eventualmente essere inquadrato con un'operazione logica del tipo di quella che il giudice compie in presenza di una norma giuridica*». In senso contrario si veda, invece, la tradizione degli *amtlicher Leitsatz* del *Bundesgerichtshof* non di rado formulati alla stregua di autentici paragrafi di legge: lo rileva H. KÖTZ, *Sullo stile delle sentenze delle Corti Supreme*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 787. Per un ampio commento dei criteri di redazione delle massime dettati dal precedente decreto v. U. MORCAVALLO, *Nomofilachia e massimazione*, in G. IANNUBERTO, E. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, Torino, 2007, 106 ss.

<sup>45</sup> In senso contrario a tale soluzione v. S. CHIARLONI, *La Cassazione e le norme*, in *Ric. dir. proc.*, 1990, 995, nt. 27, secondo il quale «*la massima ha una funzione diversa da quella di enunciare astratti punti o principi di diritto. Essa dovrebbe aspirare ad incarnare un precedente dotato di efficacia persuasiva, nei confronti dei giudici che sono investiti di fattispecie concrete differenti rispetto a quella oggetto del giudizio il cui provvedimento viene massimato. E questi giudici debbono essere messi nella condizione di sapere se le differenze tra la fattispecie al loro esame e il precedente sono in qualche modo rilevanti dal punto di vista degli orientamenti della cassazione, se la funzione di nomofilachia ha da operare correttamente*. In altre parole essi hanno bisogno non di un astratto principio di diritto, bensì di una corretta *ratio decidendi*». Auspicava invece la soluzione adottata ora dal decreto Lupo, che tende a far coincidere principio di diritto e massima privando quest'ultima di argomentazioni giuridiche: R. CAPONI, *Il nuovo giudizio*, cit., 1390 ss.

banale e tanto meno priva d'implicazioni, che s'intuiscono ulteriormente alla luce dell'insistente richiamato operato da tutti i successivi criteri del nuovo art. 6 cit., non più alla *ratio decidendi*, agli "argomenti" delle sentenze di legittimità, ma alla necessità che la massima si limiti a replicare i «*principi enunciati*» in fedele corrispondenza alla «*regola concreta*», allo «*stretto riferimento alla fattispecie*», secondo un modello sostanzialmente assimilabile a quello di origine anglosassone<sup>46</sup>. Non inganni, dunque, il termine "principio" ripetutamente impiegato dai criteri di redazione delle massime previsti dal Decreto Lupo: lungi dal riferirsi con ciò alla *ratio decidendi* – che va invece esplicitata solo "se necessario" – per principio s'intende la specifica *regola iuris* elaborata per risolvere il caso, slegata dall'esplicitazione delle ragioni teorico-argomentative che la sorreggono. L'importante, da questa angolazione, è la soluzione, non già il procedimento logico-argomentativo tramite il quale la si è elaborata.

Va da sé che non si conoscono le ragioni che stanno alla base dell'avversione per la "massima-argomento" e del favore per il "principio specifico e concreto". Certo, non è da escludere che abbia avuto un peso il timore che la prima metodica si presti ad arbitrarie interpretazioni, se non ad equivoci da parte dell'Ufficio Massimario; e la presenza nel CED di autentici errori<sup>47</sup>, ma ancor più di massime "parziali" antitetiche con la pronuncia<sup>48</sup>, non

<sup>46</sup> Cfr. P. CHIASSONI, *Il precedente giudiziale*, cit., 91, il quale ricorda come quest'ultimo modello individui la *ratio decidendi* (da massimare) nel principio di diritto che il giudice che ha pronunciato la sentenza precedente ha ritenuto necessario per la decisione del caso concreto. Nella dottrina penalistica, esprime invece preferenza per un simile modello di massima e di precedente – sviluppato dal concetto di «sottofattispecie» – A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, 174 ss., spec. 178 ss.

<sup>47</sup> V. per esempio Cass. pen., sez. I, 13 ottobre 2010, n. 40202, rv. 248438 che, pur riguardando un caso qualificato dalla Cassazione come omicidio doloso, anziché preterintenzionale, in ragione del fatto che il soggetto agente avesse accettato il rischio dell'evento morte, è stata così massimata: «Il delitto di omicidio preterintenzionale ricorre, con riguardo all'elemento psicologico, anche quando gli atti diretti a commettere uno dei delitti previsti dagli art. 581 e 582 cod. pen., dai quali sia derivata, come conseguenza non voluta, la morte, siano stati posti in essere con dolo eventuale». Del resto la presenza di simili errori è talvolta segnalata dagli stessi Collegi giudicanti che, instaurando un singolare dialogo con l'Ufficio del Massimario, invitano quest'ultimo non già a correggere l'errore (cosa evidentemente infattibile sotto il profilo tecnico stante la numerazione sequenziale di ogni massima del CED), ma per lo meno a introdurre una nuova "massima correttiva": si veda in tal senso Cass. pen., sez. VI, 27 aprile 2012, n. 16369 (relativa al processo Lavitola) da cui è stata tratta una sola massima (la rv. 252720), che nulla ha che fare con il giudizio, ma che è stata estrapolata da un *obiter dictum* [terzultimo rigo di pag. 12 dell'originale] tramite il quale l'autorevole estensore (Conti) segnalava l'equivoco ingenerato da un'errata precedente massimazione (la rv. 251047).

<sup>48</sup> A tal riguardo una particolare avversione suscita la massima di una sentenza di assoluzione, seguita a una doppia condanna di merito, estremamente utile in termini didattici perché costituisce una delle rare ipotesi in cui il garante è stato assolto in ragione dell'inconsapevolezza che si fosse concretizzato il presupposto storico dell'obbligo di agire, ossia la situazione di pericolo che imponeva di attivarsi: così Cass. pen., sez. IV, 23 settembre 2009, n. 39959, rv. 245317, che pure è massimata in modo "antitetico" e totalmente inconferente al senso del giudizio, nei seguenti termini: «*La responsabilità penale dell'amministratore di condominio va ricondotta nell'ambito della disposizione (art. 40, comma secondo, cod. pen.) per la quale "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo". Per rispondere del mancato impedimento di un evento è, cioè, necessario, in forza di tale norma, l'esistenza di un obbligo giuridico di attivarsi allo scopo: detto obbligo può nascere da qualsiasi ramo del diritto, e quindi anche dal diritto privato, e specificamente da una convenzione che da tale diritto sia prevista e regolata come nel*

può non avvalorare tale preoccupazione.

Eppure, la sollecitazione principale all'adozione di questa soluzione sembra dipendere soprattutto da altri timori ed ansie, che ben s'intuiscono scorrendo il *Protocollo per la redazione delle sentenze penali*, firmato sempre dal Presidente Lupo l'11 gennaio 2012: il quale ripetutamente e insistentemente sollecita gli estensori alla necessità di redigere sentenze chiare, ma soprattutto brevi, concise, semplificate. L'impressione complessiva che si trae da quest'atto, e dal coevo Decreto sull'attività del Massimario, è quindi che i vertici della magistratura respirino l'aria pesante di un sistema giudiziario fortemente in affanno perché gravato, tanto nelle sue articolazioni periferiche quanto nel suo centro vitale che è la Corte di Cassazione, da un carico di lavoro straordinariamente superiore alle forze. Di qui l'ideazione di una *complessiva strategia nomofilattica* volta a centralizzare, accelerare e meccanizzare quanto più possibile la giurisdizione penale<sup>49</sup>, secondo una ricetta fondata su tre semplici passaggi: sentenze di legittimità sempre più asciutte, poche massime costanti incentrate sull'enunciazione di soluzioni pratiche, e giudici periferici ossequiosi nell'applicarle sulla scorta di un meccanismo sostanzialmente analogico<sup>50</sup>.

Ovviamente è solo un'impressione personale. Ma se così fosse, sorge il timore che una siffatta strategia, lungi dal portare i frutti sperati, rischi di innescare, oltre a un perverso effetto boomerang, un'esiziale scadimento delle pronunce di merito, abdicando per altri versi alla funzione formativa, prim'ancora che pratica, che la giurisprudenza di legittimità sarebbe invece chiamata a svolgere.

## 6. Taluni inconvenienti della "massima-principio" rispetto alla "massima-argomento"

Vale allora indicare, in chiusura del lavoro, alcuni riflessi negativi connessi alla predilezione per la massima-principio<sup>51</sup> che ben si potrebbero invece evitare con la tecnica della massima-argomento<sup>52</sup>.

Tra di essi, quello sicuramente più grave in un periodo, come questo, di sovraccarico giurisdizionale è dato dal fatto che il primo modello induce allo sperpero del materiale

*rapporto di rappresentanza volontaria intercorrente fra il condominio e l'amministratore. (In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto configurabile a carico dell'amministratore di condominio di un obbligo di garanzia in relazione alla conservazione delle parti comuni, in una fattispecie di incendio riconducibile ad un difetto di installazione di una canna fumaria di proprietà di un terzo estraneo al condominio che attraversava parti comuni dell'edificio).*

<sup>49</sup> Sulla risalente e mai tramontata ambizione dei massimatori a voler «meccanizzare la diagnosi del nuovo caso» v. EMILIO BETTI, *Interpretazione della legge*, Milano, 1949, 136.

<sup>50</sup> È risaputo che il modello anglosassone del precedente trae la propria forza normativa proprio dall'analogia dei casi (cfr. A. PECZENIK, *Sui precedenti vincolanti de facto*, in *Ragion pratica*, 1996, 37 s.) sicché una «soluzione di un caso può essere individuata anche soltanto instaurando un'analogia tra i fatti della decisione precedente e quelli del nuovo caso»: A. AARNIO, *I precedenti e la loro validità*, in *Ragion pratica*, 1996, 13.

<sup>51</sup> Esprime invece una netta preferenza per questo modello R. CAPONI, *Il nuovo giudizio*, cit., 1390 ss.

<sup>52</sup> In questo senso v. anche S. CHIARLONI, *La Cassazione e le norme*, cit., 995 s.

(spesso eccellente) prodotto dalle Sezioni giudicanti: il che costringe non di rado la Suprema Corte a ribadire più volte la stessa posizione in diversi contesti.

Quale eclatante riprova del fenomeno, è sufficiente rammentare le pregevoli pronunce delle Sezioni Unite che stanno cercando di stabilizzare il tema del concorso apparente di norme e prevenire così la ciclica insorgenza di conflitti interpretativi tramite la messa a punto di un criterio strutturale<sup>53</sup>. Ebbene: benché in tutte queste sentenze si affermi a chiare lettere, ripetutamente e con tono deciso che il concetto di «*stessa materia*» di cui all'art. 15 c.p. non può essere inteso come uniformità o convergenza di beni giuridici, talché il giudice mai potrebbe negare l'esistenza di un concorso apparente in ragione del fatto che le due fattispecie in discussione hanno differenti oggetti di tutela<sup>54</sup> – malgrado ciò – poiché *questa argomentazione non è mai stata ripresa dalle massime ufficiali* (che si sono limitate a recepire i singoli principi applicativi), ne viene che questo fondamentale insegnamento metodologico è completamente disatteso, o peggio *ignorato*, dalla quasi totalità dei giudici della Repubblica, così da venire continuamente contraddetto persino dalle stesse Sezioni Semplici della Cassazione<sup>55</sup>. Di qui il rischio, fin troppo evidente, che la massima-principio, preferita in ragione di una supposta maggiore capacità propulsiva, finisca invece per aggravare il carico della giustizia, aumentando le possibilità di riproposizione della stessa questione sotto altra forma.

Un secondo inconveniente della massima-principio è quello di non favorire la crescita culturale dei giudici di merito, trattati più come “operatori asserviti” che non da “giuristi”, così da essere lasciati talvolta in una condizione di non conoscenza che sconcerca toccare

<sup>53</sup> Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1963, rv. 248721; Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235, rv. 248865; Cass. pen., Sez. Un., 19 aprile 2007, n. 16568, rv. 235962; Cass. pen., Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164, rv. 232302.

<sup>54</sup> Si veda per tutte Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2010, n. 1235, cit., ove si legge: «La giurisprudenza prevalente e più recente prende posizione a favore di un raffronto meramente strutturale delle fattispecie considerate, prescindendo dall'analisi del fatto storico e abbandonando la soluzione di combinare criteri tra loro diversi (...), ed afferma che il criterio di specialità “*presuppone una relazione logico-strutturale tra norme*”. Ne deriva che la locuzione «*stessa materia*» va intesa come fattispecie astratta – ossia come settore, aspetto dell'attività umana che la legge interviene a disciplinare – e non quale episodio in concreto verificatosi sussumibile in più norme, indipendentemente da un astratto rapporto di genere a specie tra queste; il richiamo alla natura del bene giuridico protetto non è considerato *decisivo* e, inoltre, *può dare adito a dubbi nel caso di reati plurioffensivi; a ciò aggiungasi che le parole “stessa materia” sembrano utilizzate in luogo di “stessa fattispecie” o “stesso fatto”, per comprendere nel dettato dell'art. 15 cod. proc. pen. anche il concorso di norme non incriminatrici che altrimenti resterebbe escluso (...)*. Si aggiunge che una volta riconosciuto un rapporto di parziale identità tra le fattispecie, il riferimento anche all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità, *perché si può avere identità di interesse tutelato tra fattispecie del tutto diverse, come il furto e la truffa, offensive entrambe del patrimonio, e diversità di interesse tutelato tra fattispecie in evidente rapporto di specialità, come l'ingiuria, offensiva dell'onore, e l'oltraggio a magistrato in udienza, offensivo del prestigio dell'amministrazione della giustizia*».

<sup>55</sup> V. ad esempio Cass. pen., sez. VI, 28 marzo 2012, n. 13898, rv. 252585, la quale disattendendo frontalmente l'argomento delle Sezioni Unite – anzi dimostrando di non conoscerlo neppure – afferma che «Il reato di maltrattamenti in famiglia assorbe i delitti di percosse e minacce, anche gravi, ma non quello di lesioni, *attesa la diversa obiettività giuridica dei reati*».

con mano. Valga, come esempio fra i vari che si potrebbero addurre, il riferimento a una basilare nozione del diritto penale qual è il concetto di “appropriazione”. Ebbene, non è affatto raro che rivolgendosi a un giudice di merito per osservare che il fatto oggetto del giudizio manca di uno dei due necessari momenti della condotta appropriativa (quello di *im-propriazione* o di *es-propriazione*), si percepisca che non è compreso nemmeno il senso della sottolineatura. Non che manchi nella giurisprudenza della Cassazione una corretta messa a fuoco della nozione bifasica di appropriazione<sup>56</sup>: anzi non sono poche le decisioni di legittimità che incentrano la soluzione proprio sulla struttura necessariamente dicotomica della condotta appropriativa, mostrando finanche di conoscere l’origine tedesca di questa teoria<sup>57</sup>. Il fatto è che tale fondamentale acquisizione non è mai stata registrata dal CED: con la conseguenza che non esiste una sola massima, né riguardante l’art. 314 c.p. né relativa all’art. 646 c.p., che spieghi puntualmente quale sia la struttura della condotta appropriativa. Non v’è allora da sorprendersi se la maggior parte dei giudici di merito la ignori, e contribuisca così ad alimentare un contenzioso che poi si scarica sulla Corte Suprema.

Ancora. La massima-casistica incentrata sul principio concreto, a differenza di quella continentale per argomento, indebolisce l’autorevolezza e l’efficacia vincolante della giurisprudenza di legittimità, favorendo deviazioni anche da parte delle Sezioni semplici che non esitano a trascurare persino la posizione precedentemente assunta dalle Sezioni Unite nelle materie di competenza esclusiva delle prime. Colpisce, in tal senso, una recente decisione di legittimità che era chiamata a valutare la punibilità ai sensi dell’art. 388 c.p. della sostituzione da parte del debitore-custode dei beni pignorati con altri di equivalente valore economico. Ebbene, se si fosse isolato e valorizzato adeguatamente l’argomento utilizzato da una precedente decisione delle Sezioni Unite per risolvere un’affine questione – argomento secondo cui «*l’interesse tutelato dall’art. 388 cod. pen. non è l’autorità in sé delle decisioni giurisdizionali*»<sup>58</sup> – forse si sarebbe potuto agevolmente concludere che la sostitu-

<sup>56</sup> Si veda, tra le più eloquenti, Cass. pen., sez. VI, 4 febbraio 2005, n. 11430, rv. 231320, ove si osserva – non nella massima però – «*la condotta del delitto di peculato, vale a dire l’appropriazione consta di due profili, l’uno negativo (e cioè, l’espropriazione: consistente nell’esclusione del vero proprietario dal rapporto con la cosa), l’altro positivo (e cioè, l’impropriazione, ossia la creazione di un rapporto di fatto con la cosa)*». Ma nello stesso Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2008, n. 12306, rv. 239212 dove – a pagina 8 dell’originale – si afferma che nella condotta appropriativa «*devono riscontrarsi due aspetti: il primo, negativo va definito come espropriazione, vale a dire esclusione del vero proprietario dalla cosa. Il secondo, positivo, si concretizza nella impropriazione, intesa come creazione di un rapporto di fatto con la cosa, il quale comporta un trasferimento di elementi patrimoniali ed una locupletazione dell’agente a detrimento del soggetto passivo*».

<sup>57</sup> Fa le più precise v. Cass. pen., sez. VI, 7 giugno 2000, n. 10543, rv. 218338, che, malgrado la pessima massima, è supportata da una motivazione assai puntuale: «*L’appropriazione – si osserva – implica un rapporto di fatto con la cosa mobile (o denaro), nel quale l’agente si comporta come se fosse proprietario della stessa, escludendo il vero proprietario (...). Nel rapporto di fatto che l’agente crea con la cosa, devono riscontrarsi due aspetti, l’uno negativo, l’altro positivo. Il primo viene definito come “espropriazione” (la dottrina tedesca parla di “Enteignung”), vale a dire esclusione del vero proprietario dal rapporto con la cosa; il secondo si concreta nella “impropriazione” (secondo la dottrina tedesca, “Aneignung”), creazione cioè di un rapporto di fatto con la cosa, il quale comporta un trasferimento di elementi patrimoniali ed una locupletazione dell’agente a detrimento del soggetto passivo*».

<sup>58</sup> Cass. pen., Sez. Un., 27 settembre 2007, n. 36692, rv. 236937.

zione del bene pignorato con altro di pari valore, in quanto non lede il diritto del creditore, non è punibile perché inoffensiva rispetto al bene giuridico tutelato, che non è l'autorità del giudicato ma l'effettività della giurisdizione. Ed invece, la Sesta Sezione, sulla scorta di un argomento esattamente inverso – secondo cui l'art. 338 c.p. tutelerebbe il «*preminente interesse pubblico al rispetto delle decisioni giudiziarie*» – non ha esitato, per quest'unico motivo, a ritenere punibile il fatto<sup>59</sup>. E dire che il Presidente del collegio era in questo caso anche uno dei nove componenti delle Sezioni Unite che, con la già citata eccellente pronuncia, avevano cercato di affrancare l'art. 388 c.p. dalla concezione autoritaria imperante al tempo della sua introduzione.

### 7. *Taluni inconvenienti della concretezza e specificità delle massime*

Sostanzialmente simili e non meno perniciosi sono gli inconvenienti derivanti dalla concretezza della massima – così come richiesto dai criteri di confezionamento enunciati dall'art. 6 del Decreto Lupo – rispetto alla più corretta generalizzazione che, in teoria, dovrebbe caratterizzare il sillogismo espressivo di un precedente-giuridiziaro<sup>60</sup>.

Anche in questo caso, infatti, il difetto più grave è rappresentato dallo sperpero di capitale giurisprudenziale che la concretezza comporta quando non è affiancata all'argomentazione teorica più generale. Paradigmatica in tal senso è la sorte toccata di recente alla pronuncia delle Sezioni Unite che si sono occupate di tracciare il raggio applicativo della fattispecie di cui all'art. 348 c.p. rispetto all'esercizio abusivo della professione di ragioniere, perito commerciale o dottore commercialista<sup>61</sup>. Ebbene, benché tale pronuncia muova da una straordinaria premessa di carattere teorico che in altri ordinamenti ha segnato un'epocale svolta giurisprudenziale – tale da ingenerare il concetto di “legge penale in senso ampio” e imprimere così miglioramenti in tutti i capitoli della legalità penale, dall'analogia all'intertemporalità<sup>62</sup> – le massime che ne sono state tratte, per quanto aderenti al quesito risolto, colgono un profilo così marginale da giungere persino a occuparsi di fattispecie concrete che sarebbero già prescritte<sup>63</sup>. Il tutto – si badi bene – a scapito della consacrazione formale della straordinaria acquisizione pratico-teorica da cui muovono le Sezioni Unite secondo cui «*Il principio di tassatività delle fattispecie incriminatrici, discendente da quello*

<sup>59</sup> Cass. pen., Sez. VI, 31 gennaio 2012, n. 5912, rv. 252424.

<sup>60</sup> Fra i tanti in tal senso A. AARNIO, *I precedenti e la loro validità*, cit., 17. Esprime invece una marcata preferenza per le massime rigidamente ancorate al fatto concreto A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 250 s.

<sup>61</sup> Cass. pen., Sez. Un., 15 dicembre 2011, n. 11545, cit.

<sup>62</sup> Il riferimento è alla tesi secondo cui la norma integratrice della legge penale deve sottostare agli stessi principi costituzionali riguardanti quest'ultima: v. *amplius* D. MICHELETTI, *La determinatezza della fattispecie di cui all'art. 348 c.p. e lo statuto costituzionale della norma integratrice*, in *Giust. pen.*, 456 ss., spec. 461 ss.

<sup>63</sup> Cfr. la massima n. 251820 la quale precisa che il responso delle Sezioni Unite è da intendersi riferito solo alle «*condotte poste in essere [prima] del vigore del nuovo D.Lgs. 28 giugno 2005, n. 139*», le quali – pertanto – sarebbero già tutte prive di rilevanza penale per decorso del tempo.

di legalità, è riferibile non solo alle previsioni direttamente contenute nelle norme penali ma anche a quelle delle fonti extrapenali che ne costituiscono sostanziale integrazione, con la conseguenza che il giudice penale non può attribuire alcun rilievo, ai fini della norma di cui all'art. 348 cod. pen., a disposizioni integratrici di carattere indeterminato»<sup>64</sup>.

Non è tutto. Tra gli inconvenienti della massimazione concreta, specie se incondizionatamente aderente ad alcuni passaggi dell'estensore, va segnalata la sostanziale antitesi con il principio che dovrebbe invece governare la meccanica del precedente secondo cui «ciò che conta è quello che il giudice fa e non ciò che egli afferma»<sup>65</sup>: con la conseguenza, fra l'altro, di ingenerare non di rado una confusione tra il "generale" e il "particolare". Valga a tal proposito rammentare la singolare vicenda innescata dalla massima della sentenza Demitry delle Sezioni Unite sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa<sup>66</sup>. Poiché infatti tale massima ufficiale si riduceva a una secca affermazione di principio («È configurabile il concorso eventuale nel reato di associazione per delinquere di stampo mafioso») corredata dalla descrizione della fattispecie concreta riguardante un contributo proveniente dall'esterno a favore di un'associazione criminale che attraversava un momento di «difficoltà» e «fibrillazione», per diversi anni la giurisprudenza di settore ha finito per confondere tale aspetto specifico con il problema di carattere generale: ragione per cui a lungo si è ritenuto – può sembrare assurdo a chi non lo ha vissuto ma era così – che la «fibrillazione» fosse un requisito *sine qua non* del concorso esterno in quanto tale non configurabile nei casi in cui l'associazione criminale attraversasse una fase florida<sup>67</sup>; tanto che ci sono poi volute altre due sentenze delle Sezioni Unite per superare l'equivoco<sup>68</sup>.

Si è trattato certamente di un caso limite. Ma nella sua singolarità, la vicenda rivela come, nella fase di massimazione ma ancor più in quella di motivazione, *il particolare sia sostanzialmente in antitesi col concetto di nomofilachia*. Lo rivelano, in modo quanto mai eloquente, tutte le pronunce relative a questioni di diritto intertemporale. È ovvio infatti che esse scaturiscano dall'esame di specifiche successioni di norme: ma tali pronunce e le relative massime non dovrebbero mai limitarsi a rappresentare solo queste ultime. Così facendo si finisce infatti per perdere di vista la questione teorica più generale: con la conseguenza che la sua riproposizione in un diverso contesto imporrebbe nuovamente alla Cassazione di ripronunciarsi. Significativa in tal senso è la giurisprudenza negli anni '90 in tema di *abrogatio sine abolitione* caratterizzate da ben nove sentenze delle Sezioni Unite che si sono occupate di singole dinamiche successorie in quanto tali corredate da principi e massime che focalizzavano l'attenzione solo sulle specifiche vicende intertemporali<sup>69</sup>. Solo

<sup>64</sup> Il virgolettato riprende e coordina due passaggi argomentativi delle stesse Sezioni Unite che si trovano a pag. 13 dell'originale.

<sup>65</sup> Cfr. M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un «nuovo» ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 2002, spec. 1177.

<sup>66</sup> *Cass. pen.*, Sez. Un., 5 ottobre 1994, n. 16, rv. 199386.

<sup>67</sup> Cfr. per esempio *Cass. pen.*, sez. VI, 22 gennaio 1997, n. 5649, rv. 208904.

<sup>68</sup> *V. Cass. pen.*, Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, rv. 224181; *Cass. pen.*, Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, rv. 231671.

<sup>69</sup> Cfr. *Cass. pen.*, Sez. Un., 19 dicembre 2001, Turina, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1293 (riforma della disciplina di tutela delle acque); *Cass. pen.*, Sez. Un., 27 giugno 2001, Avitabile, in *Cass. pen.*, 2002, p. 482

l'avvento di una pronuncia dal tono maggiormente sistematico<sup>70</sup>, e affiancata da massime incentrate sugli argomenti diagnostici, ha consentito finalmente alla Cassazione di mettere un po' d'ordine nella materia, accrescendo la consapevolezza teorica degli operatori e riducendo così il numero dei contenziosi.

Ecco dunque quale dovrebbe essere il ruolo svolto della Corte di cassazione, tanto nella sue articolazioni giudicanti quanto in quella deputata alla diffusione dei risultati. Non già concentrarsi sulle minuzie applicative – in questo senso anche i quesiti posti alle Sezioni Unite meriterebbero spesso un maggiore ancoraggio agli istituti di carattere generale – ma plasmare e accrescere la cultura giuridica degli operatori, offrendo loro le “categorie” tramite le quali prontamente risolvere anche le questioni per cui non esiste una preconfessionata soluzione-massimata. Si pensi, quale modello idealtipico – oltre alla pronuncia da ultimo citata in nota – alla sentenza Ronci, che al di là della soluzione accolta esprime la quintessenza di un giudizio di legittimità capace di considerare e riassumere le voci di un'intera cultura giuridica e che, anche per questo, avrebbe meritato non una ma una decina di massime<sup>71</sup>. E lo stesso potrebbe dirsi per la sentenza Raso in materia imputabilità e colpevolezza<sup>72</sup>; nonché per spostarsi alla giurisprudenza delle Sezioni semplici alle recenti sentenze sulla struttura della bancarotta<sup>73</sup> o sulla delimitazione del furto in abitazione<sup>74</sup>. Questa sì che è autentica giurisprudenza di legittimità, in grado di far progredire il tasso tecnico delle future pronunce di merito, diffondendo fra la comunità degli operatori il rispetto della legalità e il senso della limitazione assiologica dell'interpretazione penale.

## 8. *Due brevi chiarimenti conclusivi*

Non potendo sfuggire come questo lavoro muova dalla convinzione che meriti ripensare il sistema di massimazione ufficiale della nostra giurisprudenza di legittimità, pare opportuno esplicitare, a scanso di equivoci, per lo meno due aspetti di tale prospettiva di riforma che sono peraltro emersi nel dibattito seguito alla parziale esposizione di queste tesi.

Il primo è che, diversamente da quanto si potrebbe ritenere, una riforma dell'Ufficio del Ruolo e del Massimario non sembrerebbe richiedere l'intervento del legislatore. Certo, sarebbe auspicabile che questo vi fosse, magari nell'ambito di una più ampia e revisione di taluni organismi della cassazione (in primis le Sezioni Unite). Ma già il diritto vigente sem-

(abrogazione dell'oltraggio); Cass. pen., Sez. Un., 9 maggio 2001, Donatelli, in *Cass. pen.*, 2002, p. 502 ss. (assunzione irregolare di lavoratori extracomunitari); Cass. pen., Sez. Un., 13 dicembre 2000, Sagone, e Cass. pen., Sez. Un., 25 ottobre 2000, Di Mauro, in *Foro it.*, 2001, II, c. 141 (riforma dei reati tributari); Cass. pen., Sez. Un., 9 ottobre 1996, Carpanelli, in *Cass. pen.* 1997, p. 2428 (criminalità informatica); Cass. pen., Sez. Un., 18 giugno 1993, Depaoli, in *Cass. pen.*, 1994, p. 45 (c.d. furto venatorio); Cass. pen., Sez. Un., 20 giugno 1990, Monaco, in *Foro it.*, 1990, II, c. 637 (riforma dei delitti contro la P.A.).

<sup>70</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. Un., 26 marzo 2003, n. 25887, rv. 224605-8.

<sup>71</sup> Cass. pen. Sez. Un., 22 gennaio 2009, n. 22676, rv. 243381.

<sup>72</sup> Cass. pen. Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163, rv. 230317.

<sup>73</sup> Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, rv. 253493.

<sup>74</sup> Cass. pen., Sez. II, 28 settembre 2012, n. 39134 rv. 253451.

bra conferire al Presidente della Cassazione un ampio potere di organizzazione dell'Ufficio del Massimario, senza imporgli di impiegare in esso solo esponenti della magistratura (che pure devono esservi, e con funzioni di Direzione, ai sensi dell'art. 68 ord. giud.). Ragione per cui nulla parrebbe impedire a un Presidente della cassazione, ispirato quanto sensibile al tema, di estendere la composizione del Massimario a tipologie di giuristi attualmente escluse (ovviamente con la compartecipazione organizzativa delle rispettive categorie di provenienza) onde favorire una più dialettica formazione del diritto vivente.

Il secondo chiarimento è che, nel pensare a tale ampliamento, non si vuole tanto alludere alla necessità di un coinvolgimento della categoria degli studiosi di estrazione universitaria. Forse anch'essi potrebbero offrire un valido contributo, specie se prescelti dalle file dei ricercatori. Ma non è certo questa la componente di cui maggiormente si avverte la mancanza nell'Ufficio del Massimario. In esso, il silenzio più assordante è piuttosto quello dell'avvocatura che – pur nel rispetto dei vincoli costituzionali – sempre meno opportunamente viene estromessa dal luogo ove prendere forma e si esercita la funzione nomofilattica.

Non poche sono infatti le sentenze di legittimità che colgono e opportunamente sviluppano temi difensivi nell'ottica di una commendevole lettura garantista del diritto criminale. Ma se queste gemme – non certo rare eppure spesso isolate – tendono a essere oscurate dalle fonti di cognizione ufficiali del diritto vivente, in cui tornano a prevalere sotto l'alibi dell'efficientismo logiche rigoriste, è assai difficile che la giurisprudenza penale s'incammini lungo quel percorso virtuoso che conduce alla rapida espunzione (sin dalla fase delle indagini) dei fatti marginali al circuito giudiziario, e che solo può favorire quel calo da tutti auspicato e atteso del carico della giustizia penale.



CATERINA PAONESSA

## OBBLIGO DI IMPEDIRE L'EVENTO E FISIOGNOMICA DEL POTERE IMPEDITIVO

SOMMARIO: 1. Il carattere modale del potere impeditivo. - 1.1. Obbligo impeditivo e poteri ostativi. - 1.2. L'alternativa tra intervento diretto e attivazione mediata del soggetto obbligato. - 2. Il potere impeditivo "naturalistico". Il pericolo concreto come presupposto della doverosa attivazione del garante. - 3. Immediatezza e risolutività dell'intervento impeditivo. - 4. Fungibilità e perizia dell'intervento salvifico. - 4.1. La delega al garante istituzionale e la liberazione dall'obbligo impeditivo con la presa in carico della rete di soccorso. - 4.2. La "delega di soccorso" al garante elettivo. - 5. Fisionomia e accertamento del potere impeditivo naturalistico. - 6. Implicazioni processuali. - 7. Poteri normativi e impedimento di eventi naturalistici. - 8. In particolare: la vicenda delle violenze sessuali endofamiliari e le ambiguità della giurisprudenza in materia. - 9. Il potere impeditivo nei settori "emergenti". L'operatività dell'art. 40, comma 2, c.p. al di fuori dei reati causali puri? - 9.1. Il potere impeditivo normativo e il principio di frammentarietà. - 9.2. Dall'atipicità dei poteri impeditivi naturalistici alla tipicità dei poteri impeditivi giuridici. - 9.3. L'impermeabilità della giurisprudenza prevalente. - 10. Una verifica sul campo: i poteri impeditivi in ambito societario. - 11. L'interpretazione estensiva dell'art. 2639 c.c. e la lettura penalistica degli artt. 2392, 2394, 2403, 2407 e 2489 c.c. - 12. Le diverse forme dei poteri impeditivi di matrice normativa. Il potere di blocco e la collegialità dei poteri impeditivi. - 13. La "comunicazione" come contenuto precipuo del potere impeditivo giuridico. - 14. Per un ripensamento della natura impeditiva della denuncia e del potere di impugnativa. - 15. I poteri di revoca e di avocazione.

### 1. *Il carattere modale del potere impeditivo*

Il potere impeditivo gioca un ruolo fondamentale nella conformazione del fatto tipico omissivo improprio; l'esistenza e l'estensione del requisito in esame condizionano, infatti, la portata e l'efficacia dell'azione impeditiva giuridicamente imposta al garante dall'art. 40, comma 2, c.p.

L'espressione, di regola, è utilizzata per qualificare – in termini per la verità piuttosto generici – la capacità del soggetto obbligato di realizzare una contropinta ostativa alla verifica dell'evento lesivo<sup>1</sup>. La relazione instaurata dall'obbligo di garanzia finirebbe, d'altra parte, con l'assumere una connotazione meramente formale, oltre che contraria al principio di responsabilità penale personale *ex* art. 27, comma 1, Cost., se l'obbligato non

<sup>1</sup> Nell'ambito di una letteratura sconfinata, cfr., in particolare, le monografie specifiche sul tema di F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 142; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 77 e p. 167 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 375 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 70 ss.

disponesse di poteri corrispondenti ai doveri di intervento impeditivo<sup>2</sup>; anzi, è proprio l'esistenza di tale armamentario a far sì che il garante si surrogi nella tutela di interessi altrui.

Pur nella sua vaghezza, l'ampio significato attribuito al potere impeditivo vale a evidenziarne il carattere integrativo dell'obbligo giuridico extrapenale di attivazione. Tale peculiare connotazione è palesata, in particolare, dalla duplice funzione svolta dal potere di impedimento nel contesto della responsabilità commissiva per omissione: esso, infatti, da un lato, completa l'astratta capacità avversativa dell'evento sottesa all'obbligo giuridico di impedimento del garante e, dall'altro lato, circoscrive la condotta pretendibile da quest'ultimo, posto che il limite del suo intervento è segnato specificamente dalla disponibilità di mezzi strumentali all'attualizzazione del dovere impostogli.

Nei reati omissivi impropri, dunque, il potere impeditivo, in quanto attributo indefettibile della posizione di garanzia<sup>3</sup>, opererebbe alla stregua di una regola modale, delineando il *quomodo* dell'intervento del soggetto obbligato, ossia fungendo da parametro indicatore del "come intervenire" per impedire efficacemente la realizzazione dell'evento lesivo. Tale peculiare carattere del potere impeditivo merita di essere ulteriormente approfondito, introducendo alcuni necessari chiarimenti al fine di ovviare, sul piano definitorio, all'impiego di formule eccessivamente onnicomprensive e dai contenuti in definitiva sfuggenti.

### 1.1. *Obbligo impeditivo e poteri ostativi*

Si impone, al riguardo, la necessità di sciogliere, in via preliminare, un nodo di fondo, attinente, segnatamente, alla differenziazione, sotto il profilo delle fonti, tra dovere e potere di agire. Non sempre, infatti, vi è una corrispondenza biunivoca tra il potere ostativo esercitabile dal garante e la disposizione giuridica fondante l'obbligo di impedire l'evento.

Invero, accade di rado che la norma indicativa dell'obbligo delinei, al contempo, il corrispondente potere di intervento del garante. Si inserisce in tale contesto, ad esempio, la posizione di garanzia riconosciuta, in materia antinfortunistica, dall'art. 92 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, al coordinatore per l'esecuzione dei lavori, a cui spetta, nell'ambito dei cantieri temporanei o mobili, lo svolgimento di compiti organizzativi e di raccordo tra i diversi soggetti coinvolti nell'attività lavorativa, nonché l'espletamento di attività di verifica sull'idoneità e di vigilanza sull'osservanza del piano di sicurezza a garanzia dell'incolumità dei lavoratori<sup>4</sup>. Per quanto più direttamente interessa, la norma di riferimento, oltre

<sup>2</sup> Cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 5ª ediz., Torino, Giappichelli, 2013, p. 278.

<sup>3</sup> Osservano che "il dovere d'impedire l'evento presuppone, in linea logica e giuridica, il potere di tenere comportamenti attuativi del dovere", F. STELLA - D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 562. In giurisprudenza, tra le numerose pronunce rinvenibili sul punto, cfr., segnatamente, Cass. pen., sez. IV, 28 febbraio 2008 (dep. 11 aprile 2008), n. 15241, Dadda, est. C.G. Brusco, in *Ced*, rv. 240211.

<sup>4</sup> Cfr. *ex plurimis*, Cass. pen., sez. IV, 14 giugno 2011 (dep. 17 agosto 2011), n. 32142, Goggi, est. R. Galbiati, in *Ced*, rv. 251177. Diffusamente sulla posizione di garanzia del coordinatore per l'esecuzione, cfr. D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, p. 179 ss.

a tracciare le incombenze di questa figura centrale del sistema della sicurezza sui luoghi di lavoro, delinea in capo allo stesso uno specifico potere impeditivo, consistente nella sospensione, in caso di pericolo grave e imminente, direttamente riscontrato, delle singole lavorazioni fino alla verifica degli avvenuti adeguamenti effettuati dalle imprese interessate (art. 92, comma 1, lett. *f*, d.lgs. n. 81/2008).

Più di frequente, invece, l'enucleazione del potere impeditivo è il risultato dell'intreccio di disposizioni diverse; è il caso della posizione di garanzia ricoperta dagli amministratori di società per azioni ai sensi dell'art. 2392 c.c., alla quale, infatti, vengono spesso associati variegati poteri di denuncia e di impugnazione di delibere assembleari<sup>5</sup>, del cui autentico contenuto impeditivo, peraltro, come si avrà modo di considerare meglio in appresso (cfr. § 14), non si è mancato di dubitare<sup>6</sup>.

Non solo. Il potere impeditivo può anche essere privo di sostrato normativo, risolvendosi in un potere di fatto. Così accade nel caso emblematico della posizione di garanzia pacificamente riconosciuta in capo ai genitori rispetto ai figli; ferma restando la natura giuridica della fonte del dovere impeditivo, definito dalle disposizioni che sanciscono per entrambi i coniugi l'ampio obbligo di "mantenere, istruire ed educare" la prole (artt. 30 Cost. e 147 c.c.), il potere di impedimento, nel caso di specie, difetta di una cornice giuridica di riferimento e, come tale, non può che avere natura fattuale.

### 1.2. *L'alternativa tra intervento diretto e attivazione mediata del soggetto obbligato*

Com'è evidente, il contenuto del potere impeditivo non è declinabile a priori. Si tratta, del resto, di una implicazione strettamente dipendente dalla particolare struttura dei reati omissivi impropri: questi ultimi, infatti, a differenza dei reati omissivi propri, sono privi di tipicità descrittiva, non potendo contare sul parametro dell'azione doverosa delineato dalla norma incriminatrice, né, tanto meno, sull'indicazione espressa dei presupposti di attivazione. Il fatto tipico omissivo improprio, invero, va ricostruito nel suo complesso, tenendo conto che l'omissione penalmente rilevante è individuata esclusivamente in base alla sua efficacia impeditiva, in modo esattamente speculare rispetto alla determinazione dell'azione commissiva nei reati causalmente orientati, tipizzata in funzione della sua idoneità causale. Nello specifico, dunque, risulterà tipica *ex art.* 40, comma 2, c.p. soltanto la condotta doverosa omessa che, in concreto, avrebbe impedito la realizzazione dell'evento.

L'inclusione dell'efficacia impeditiva tra i requisiti di tipicità dei reati omissivi impropri incide, inevitabilmente, sulla selezione dei poteri di intervento attivabili dal garante. Se ciò che conta è il perseguimento del migliore (*rectius* più efficace) risultato sul piano impeditivo, è chiaro che il potere di impedimento può sostanzarsi tanto nell'intervento personale (diretto) del soggetto obbligato, quanto nell'interposta sollecitazione dell'azione

<sup>5</sup> Per una panoramica, cfr. di recente F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 186 ss.

<sup>6</sup> Così, tra gli altri, P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, in *Le Società*, 2010, p. 891-893.

altrui (intervento mediato)<sup>7</sup>.

Di tale circostanza sembra avvedersi la stessa giurisprudenza, la quale, soprattutto di recente, tende a rimarcare la necessità che il garante, affinché abbia rilevanza causale, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., la sua condotta omissiva, sia dotato di poteri atti ad impedire la lesione del bene garantito, ovvero che sia fornito di mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari ad evitare che l'evento dannoso sia cagionato<sup>8</sup>.

Sotto questo profilo la conformazione dei reati omissivi impropri si pone, dunque, in linea con l'alternatività delle condotte menzionate dal più comune reato omissivo proprio, ossia l'omissione di soccorso di cui all'art. 593 c.p., che, difatti, al secondo comma, esplicita l'opzione tra "prestare l'assistenza occorrente" al pericolante o "dare immediato avviso all'autorità"<sup>9</sup>.

La scelta che grava sul garante tra intervento diretto o mediato – è bene precisare – non è equivalente. A condizionare l'opzione di intervento, infatti, si pongono, precipuamente, due elementi: da un lato, la tipologia dell'evento da impedire e, dall'altro lato, le qualità personali del soggetto obbligato.

Uno sguardo alla casistica potrà chiarire meglio le concrete dinamiche operative dei requisiti appena menzionati. È proprio muovendo in tale direzione, peraltro, che si rivela utile l'analisi diversificata tra poteri "naturalistici" e "normativi" di impedimento. Come si avrà modo di evidenziare dettagliatamente più avanti, infatti, nel caso di poteri impositivi a carattere normativo, la scelta tra intervento diretto o mediato dovrà raccordarsi ulteriormente con i limiti operativi degli strumenti giuridici che l'ordinamento ha messo specificamente nella disponibilità del garante; diversamente accade laddove il soggetto obbligato sia chiamato a fronteggiare il rischio di verifica di un evento lesivo naturalistico conseguente all'esposizione al pericolo del bene protetto, posto che in simili ipotesi – com'è stato osservato – anche "i poteri di impedimento devono misurarsi in termini naturalistici o di capacità tecnica"<sup>10</sup>, assumendo, invero, una connotazione essenzialmente fattuale.

<sup>7</sup> Considera quale presupposto dell'omissione penalmente rilevante anche il potere individuale di attivare, in via mediata, idonei comportamenti impositivi, W. MITSCH, *Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen*, in J. BAUMANN - U. WEBER - W. MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 11<sup>a</sup> ediz., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003, p. 268. Il collegamento dell'omissione dell'intervento salvifico all'effettiva possibilità fisica ("*physisch-reale Handlungsmöglichkeit*") di fare ciò che è giuridicamente necessario o, eventualmente, di realizzarlo con l'aiuto di un terzo, è ampiamente valorizzato nella letteratura tedesca; limitatamente alla manualistica più recente, cfr. J. WESSELS - W. BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 42<sup>a</sup> ediz., Heidelberg, C.F. Müller, 2012, p. 284; R. RENGIER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4<sup>a</sup> ediz., München, Beck, 2012, p. 462-463.

<sup>8</sup> Da ultimo, cfr. Cass. pen., sez. IV, 15 giugno 2012 (1<sup>o</sup> ottobre 2012), n. 38024, P., est. F. Izzo, in *Diritto e giustizia* del 2 ottobre 2012 che, nella specie, ha escluso la responsabilità penale di un bagnino per la morte per annegamento di un bambino in quanto egli non aveva tutti i mezzi per prevenire il fatto (era l'unico assistente per un impianto con tre piscine).

<sup>9</sup> Per tutti, cfr. A. CADOPPI, *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, Cedam, 1993, p. 85 ss.; E. MUSCO, *Omissione di soccorso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994, p. 564.

<sup>10</sup> F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 608.

## 2. Il potere impeditivo "naturalistico".

### *Il pericolo concreto come presupposto della doverosa attivazione del garante*

Iniziando con l'analisi del potere impeditivo "naturalistico", per poter giungere alla sua corretta definizione, pare opportuno enucleare, preliminarmente, i presupposti che innescano la doverosa attivazione del garante. La focalizzazione di tale momento, non a caso, incide sulla selezione dei poteri di impedimento esercitabili dal soggetto obbligato, ritagliando, al contempo, come si avrà modo di verificare nel prosieguo, la sfera di responsabilità omissiva ex art. 40, comma 2, c.p.

A questo proposito, è importante rilevare che l'obbligo di intervento non discende in via esclusiva dalla personale percezione della situazione di pericolo da parte del garante; così facendo, infatti, si rischierebbe di attribuire alla posizione di garanzia una conformazione ansiogena o, all'opposto, lassista, in entrambi i casi inadeguata alle reali esigenze di tutela del bene giuridico. Stante il bisogno di un parametro oggettivo di riferimento, esso va più correttamente individuato nella situazione di pericolo concreto per il bene affidato alla tutela del garante.

La scelta di ancorare l'insorgenza dell'obbligo impeditivo all'esistenza di un pericolo oggettivo per il bene giuridico trova, peraltro, un preciso avvallo normativo nel caso in cui il pericolo in questione sia costituito da un'aggressione che integra gli estremi di un reato. Nella specie, a venire in rilievo sarebbe, segnatamente, la norma che disciplina, nel nostro ordinamento, il delitto tentato (art. 56 c.p.), la quale – come non si è mancato di rilevare – pur contenendo "le regole che presiedono all'accertamento della tipicità in ipotesi di causalità virtuale" opererebbe anche "rispetto a quelle che disciplinano tale accertamento in ipotesi di fattispecie qualificate da causalità effettiva"<sup>11</sup>. In dottrina, infatti, si è osservato che, ai fini della tipicità dei delitti causalmente orientati – e quindi anche dei reati omissivi impropri –, non è sufficiente il richiamo al nesso eziologico tra la condotta e l'evento, occorrendo, altresì, che la condotta del soggetto rechi in sé, indipendentemente dall'atteggiarsi dell'elemento soggettivo, una oggettiva carica di disvalore. Sarebbe, del resto, del tutto illogico punire a titolo di reato consumato una condotta solo perché seguita dall'evento, quando la stessa, in sé e per sé considerata, separata dall'evento, non realizzerebbe nemmeno gli estremi del tentativo punibile<sup>12</sup>.

Applicato alla latitudine della posizione di garanzia, l'anzidetto finalismo oggettivo fa sì che l'obbligo del garante scatti soltanto in presenza di condotte che, a prescindere dal fatto di essere accompagnate o meno dal dolo, siano suscettibili di configurare la fattispecie oggettiva di tentativo<sup>13</sup>. Da qui, appunto, la conferma che alla base dell'obbligo di impedire l'evento debba esserci, necessariamente, una situazione di concreto pericolo per il bene tutelato.

<sup>11</sup> M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 175. Al riguardo, cfr. di recente S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 944.

<sup>12</sup> Cfr., ancora, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 175; sul finalismo oggettivo quale carattere di ogni tipo di condotta cfr. anche F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 7<sup>a</sup> ediz., Padova, Cedam, 2011, p. 128.

<sup>13</sup> Sottolinea che "la situazione tipica che fa 'scattare' l'obbligo impeditivo deve avere perlomeno i requisiti del tentativo punibile" parimenti V. PAONE, *Il funzionario dell'ARPA ha l'obbligo giuridico di impedire i reati in materia di gestione dei rifiuti?*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2011, fasc. 10, p. 831.

### 3. *Immediatezza e risolutività dell'intervento impeditivo*

Sulla scorta di quanto osservato è evidente che l'intervento del garante, per evitare di incorrere nell'addebito di responsabilità *ex art. 40*, comma 2, c.p. deve risultare "immediato" e, altresì, "risolutivo".

Sotto il primo profilo, in particolare, l'attivazione del soggetto obbligato deve concretizzarsi in un arco temporale ristretto, parametrato al pericolo in essere; il requisito anzidetto risulta, invero, imprescindibile, posto che un intervento tecnicamente qualificato, ma tardivo, finirebbe per risultare nullo sul piano impeditivo. Conseguentemente, se non ricorrono le circostanze per una attivazione immediata di un terzo soggetto più capace (su cui *v. infra*, § 4), il garante, tenuto conto delle proprie attitudini e, fermo restando il limite dello stato di necessità, ossia la sussistenza del pericolo attuale di un danno grave alla propria persona, dovrà intervenire personalmente per impedire il concretizzarsi dell'evento lesivo. Qui la spinta solidaristica connessa alla responsabilità omissiva impropria non incontra battute di arresto; anzi, essa finisce con il risultare particolarmente pregnante, tanto da obbligare il garante, eventualmente, anche alla realizzazione di comportamenti *contra jus*, se, appunto, idonei al conseguimento del risultato impeditivo.

Ciò non significa, comunque, che il dovere di impedimento sia in grado di legittimare, in ogni circostanza, la commissione di qualsivoglia illecito da parte del garante; deve sussistere, infatti, una connessione strumentale tra l'illecito commesso e la tutela del bene giuridico, nel senso che il primo deve rappresentare il mezzo per agevolare la salvaguardia del secondo dal pericolo su di esso incombente. Valgono, inoltre, nella specie, in ogni caso, i limiti generalmente desumibili dall'operatività delle scriminanti e, segnatamente, a seconda delle situazioni concrete, dal "soccorso difensivo" (art. 52 c.p.) e dal "soccorso di necessità" (54 c.p.); in questa prospettiva, dunque, la realizzazione di comportamenti *contra jus* è subordinata al requisito della loro necessità e proporzione con il pericolo di offesa del bene tutelato.

Più complessa è, invece, la caratterizzazione del secondo profilo sopra delineato, concernente il carattere risolutivo dell'intervento salvifico, dal momento che la sua efficacia è direttamente proporzionale alla competenza e alla eventuale specializzazione del garante (o del soggetto che interviene su sua sollecitazione), la quale deve risultare oggettivamente riconoscibile al momento del fatto. Stante le sue rilevanti implicazioni pratiche, sul punto conviene ora soffermarsi.

### 4. *Fungibilità e perizia dell'intervento salvifico*

Il potere impeditivo assume, invero, una conformazione diversa a seconda che l'azione ostativa richiesta al garante si sostanzi nella mera realizzazione della condizione modale impeditiva, come tale materialmente attuabile da chiunque (si pensi al gesto di allontanare il flacone aperto di candeggina dalle mani del bambino che sta per berne il contenuto), oppure richieda una particolare perizia, la quale, implicando la conoscenza di specifiche regole tecniche, può non essere dominio di tutti (si pensi alle corrette manovre da mettere

in pratica per liberare le vie respiratorie in caso di rischio di soffocamento). Va da sé che, nelle ipotesi da ultimo prese in esame, il successo dell'azione impeditiva è strettamente collegato alla possibilità di azionare effettivamente l'intervento più perito<sup>14</sup>.

In considerazione delle coordinate appena indicate, dunque, la priorità va assegnata all'intervento che risulti in concreto immediatamente attivabile a fronte dell'insorgenza del rischio lesivo per il bene in affidamento, e che sia, al contempo, connotato da specificità tecnica rispetto all'evento da contrastare.

Se l'intervento del garante è qualificabile in questi termini, sarà indubbiamente prioritaria la sua personale e diretta attivazione; così, ad esempio, nel caso dell'istruttore di nuoto, che deve tuffarsi in piscina in soccorso dell'allievo in difficoltà durante la lezione.

Diversamente, ove non ricorra tale circostanza, l'adempimento dell'obbligo impeditivo del garante potrà, eventualmente, essere soddisfatto attraverso l'intervento mediato del terzo. Più precisamente, la chiamata in soccorso del terzo è da ritenersi prioritaria se l'intervento da questi realizzabile risulti parimenti immediato e maggiormente perito; l'intervento personale (necessariamente naturalistico) del garante, infatti, pure se astrattamente realizzabile perché, ad esempio, in possesso delle capacità adeguate a contrastare efficacemente il verificarsi di epiloghi infausti, deve cedere il passo al comportamento succedaneo (naturalistico o anche giuridico) in grado di garantire un più sicuro risultato impeditivo. In questa prospettiva, l'intervento in surroga del terzo "specializzato" risulta consonante allo spirito solidaristico sotteso alla disciplina della responsabilità omissiva mediante omissione, rappresentandone una diversa – più efficace – modalità di attuazione.

Si tratterebbe, infatti, di una delega di soccorso che, come si dirà a breve, non comporta certamente il disinteressamento dell'obbligato originario.

#### 4.1. *La delega al garante istituzionale e la liberazione dall'obbligo impeditivo con la presa in carico della rete di soccorso*

L'intervento mediato ha la corsia preferenziale, segnatamente, nei casi in cui l'equivalenza deontica, ossia la coincidenza tra l'azione impeditiva richiesta al garante e quella posta in essere, su sua sollecitazione, dal soggetto qualificato, è rafforzata dalla configurazione di una autonoma posizione di garanzia. Così, riprendendo un caso di scuola oltremodo noto, la babysitter, di fronte al pericolo di annegamento del bambino temporaneamente affidatole dai genitori durante le vacanze estive, anche se sa nuotare, deve preferire il coinvolgimento – se di agevole realizzazione e se *ictu oculi* riconoscibile – del soggetto dotato di maggiore competenza tecnica, quale potrebbe essere, in ipotesi, il bagnino che, infatti, oltre a saper nuotare particolarmente bene, conosce la tecnica del salvataggio, magari sconosciuta da un buon nuotatore. Peraltro il bagnino, al pari della babysitter è gravato di una autonoma posizione di garanzia in relazione alle situazioni di concreto pericolo che

<sup>14</sup> Individua il contenuto dell'azione impeditiva nella realizzazione del "comportamento tecnicamente necessario" anche W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10<sup>a</sup> ediz., Neuwied, Luchterhand, 2002, p. 298 ss.

coinvolgono i bagnanti, avendo al riguardo il dovere di massima vigilanza e di pronto intervento per la sua esperienza e professionalità nel salvataggio.

La combinazione tra l'autonoma posizione d'obbligo del terzo, inserito nella rete di soccorso allestita dall'ordinamento, e il plausibile possesso, da parte di quest'ultimo, di una competenza tecnica specifica rispetto all'evento da evitare, proprio in ragione della funzione espletata, lascia presumere la maggiore efficacia impeditiva dell'intervento mediato, almeno fintantoché dalla vicenda concreta non emergano segnali di evidente inabilità del terzo obbligato chiamato in aiuto; si pensi allo stato di manifesta ubriachezza del bagnino prontamente attivato dalla babysitter, che, verosimilmente, non gli permetterebbe di mettere adeguatamente in pratica le conoscenze professionali di cui dispone. In questi casi, dunque, fermo restando il limite dell'acclarata incapacità, l'attivazione dell'altrui intervento più perito finisce per risultare una scelta di fatto obbligata per il garante sul piano dell'efficacia dell'azione impeditiva.

È bene precisare che il garante, ad ogni modo, non è liberato dal proprio obbligo impeditivo con la mera richiesta di attivazione effettuata al terzo; a fronte della sollecitazione ad intervenire di un altro soggetto, pure se dotato di maggiore perizia e, a sua volta, gravato da una posizione di obbligo, infatti, la posizione di garanzia dell'obbligato assume una diversa conformazione, dal momento che lo stesso è tenuto ad integrare, ove sia necessario, la condotta impeditiva del terzo. L'impostazione risulta convergente con le limitazioni generalmente poste all'operatività della delega dell'intervento soccorritore, specie in occasione di incidenti stradali, là dove, infatti, la richiesta dell'altrui assistenza, ad esempio, attivando telefonicamente il servizio di pronto intervento, non consente, per ciò solo, l'allontanamento del soggetto obbligato, almeno fino a quando non abbia conseguito la certezza dell'avvenuto soccorso<sup>15</sup>.

L'effettiva presa in carico del bene tutelato da parte della rete di soccorso appositamente predisposta dall'ordinamento segna, dunque, il limite della responsabilità per omesso impedimento del garante originario. L'affidamento del bene protetto al garante istituzionale vale, infatti, se non ad annullare, quanto meno a ridurre notevolmente il rischio specifico connesso al possibile verificarsi dell'evento lesivo. L'eventuale epilogo infausto a seguito della delega dell'intervento salvifico al soggetto istituzionalmente più perito, in questo caso, rientrerebbe nella soglia del rischio consentito dall'ordinamento, di per sé non eliminabile in quanto strettamente collegato all'esercizio di attività rischiose, autorizzate – *sub condicione* del rispetto delle regole poste a contenimento di eventi lesivi – in ragione della loro utilità sociale.

#### 4.2. La “delega di soccorso” al garante elettivo

Dalla situazione in precedenza considerata va distinta l'ipotesi in cui la maggiore perizia richiesta al fine di impedire l'evento lesivo compete ad un soggetto di per sé non gravato da alcun obbligo di garanzia. In questo caso, infatti, non è possibile avvalersi di alcun mecca-

<sup>15</sup> Di recente, cfr. Cass. pen., sez. IV, 7 febbraio 2008 (dep. 27 febbraio 2008), n. 8626, Di Vece, est. A. Morgigni, in *Ced*, rv. 238973.

nismo presuntivo in ordine alle reali capacità del terzo, potendosi, peraltro, annidare nella scelta di attivare un soggetto non qualificato una eventuale *culpa in eligendo*.

Anche ammesso, dunque, che il garante abbia sicura contezza delle specifiche capacità impeditive del terzo, la sua attivazione mediata non varrebbe a precludere *tout court* la responsabilità *ex art. 40*, comma 2, c.p. dell'unico soggetto effettivamente gravato dell'obbligo di garanzia. Si pensi, ancora una volta, alla babysitter, la quale, pur sapendo nuotare, decide comunque di attivare l'intervento del vicino di ombrellone, sapendo che si tratta di un pluripremiato campione di nuoto, che ha pure frequentato corsi di pronto soccorso, il quale, però, non si è accorto del pericolo in essere perché in quel frangente stava dormendo con indosso le cuffie della radio ancora accesa.

In virtù del ruolo ricoperto, dunque, il garante deve assicurarsi che l'azione impeditiva sia effettivamente realizzata dal soggetto chiamato in soccorso, posto che quest'ultimo non ha alcun autonomo obbligo di agire, potendo, al più, esporsi, a seguito della sua mancata attivazione, ad una responsabilità per omesso soccorso, se concretamente configurabile.

Nelle ipotesi prese in esame, dunque, il soggetto obbligato non si libera del proprio dovere impeditivo con la delega di soccorso, ma, proprio in conseguenza della modalità impeditiva prescelta – invero doverosa –, assume un obbligo di sorveglianza sull'operato del terzo.

Analogamente accade nella diversa situazione in cui la chiamata in soccorso abbia ad oggetto l'intervento "non specializzato" del terzo, attivato in ragione della scarsa o della totale assenza di capacità del garante originario ad intervenire personalmente per impedire la realizzazione dell'evento lesivo, specie nei casi in cui il contrasto sottenderebbe, in realtà, determinate conoscenze tecniche.

Va comunque rilevato che, nelle ipotesi sopra richiamate e, quindi, sia nel caso della chiamata in soccorso del terzo più perito, ma non obbligato ad intervenire, sia nell'ipotesi dell'attivazione di un soggetto, non soltanto non obbligato, ma, altresì, privo di competenza tecnica specifica rispetto all'evento da contrastare, la prevedibilità ed evidenza della efficace traslazione del potere del garante deve essere valutata al momento del fatto; in altre parole, dalla specifica situazione concreta deve emergere con certezza il carattere risolutivo dell'intervento mediato potenzialmente attivabile dal garante, fermo restando – come si è visto in precedenza – la posizione di garanzia residua del soggetto obbligato.

Talvolta, peraltro, è la stessa situazione di fatto a determinare l'insorgenza dell'obbligo di chiamare altri in soccorso. Si pensi, sempre riguardo all'esempio della babysitter che non sa nuotare, all'ipotesi in cui sulla spiaggia siano presenti soltanto comuni bagnanti, ignari del pericolo in atto, anziché il bagnino; in questa specifica situazione, non vi è, dunque, la certezza che la chiamata in soccorso, pure se effettuata dalla babysitter, possa impedire la concretizzazione dell'offesa, tanto più che sui bagnanti non grava alcun obbligo di garanzia. Nondimeno, è proprio l'equivalenza fattuale delle situazioni a fondare prevedibili *chance* di successo del comportamento succedaneo: la presenza di bagnanti sulla spiaggia, infatti, lascia sottendere che, ragionevolmente, tra di essi, vi sarà qualcuno in grado di nuotare e di agire prontamente in soccorso del bambino in difficoltà, realizzando in sua vece quell'intervento salvifico che il garante non è in grado di porre in essere personalmente. Con l'ovvia

conseguenza che la babysitter, onde evitare di incorrere nella violazione dell'art. 40, comma 2, c.p. ha l'obbligo di chiamare i bagnanti in soccorso, ma questi ultimi, in caso di mancata risposta, potranno essere chiamati a rispondere, ricorrendone tutti i presupposti, al più soltanto di omesso soccorso ai sensi dell'art. 593 c.p.

La presunzione a cui si è accennato – è importante precisare – ha, in ogni caso, carattere relativo, con significative ripercussioni anche sul piano probatorio (sul punto, cfr., diffusamente, § 6); in particolare, ove si dimostri il difetto, in concreto, di idonee capacità nella realizzazione dell'intervento succedaneo (ripercorrendo l'esempio: che nella realtà nessuno dei bagnanti contestualmente presenti sulla spiaggia sapeva nuotare), nessun rimprovero potrà essere mosso nei confronti del garante.

### 5. *Fisionomia e accertamento del potere impeditivo naturalistico*

L'analisi fin qui condotta ha dato per scontata la fisionomia del potere impeditivo; si tratta di un aspetto, tuttavia, meritevole di essere rimeditato, posto che è proprio tale potere a connotare il disvalore dell'omissione penalmente rilevante, dato dalla mancata attuazione della condizione modale impeditiva.

Il potere di impedimento identifica, si è detto, il comportamento pretendibile dal garante per bloccare, personalmente o per interposta persona, con esito positivo, la realizzazione dell'evento lesivo. Quando si tratta di contrastare un evento naturalistico, esso, però, difetta di una struttura compiutamente definita; in queste specifiche ipotesi, infatti, il potere impeditivo è individuabile esclusivamente attraverso la sua funzione antagonistica rispetto al rischio da contrastare. Ciò esclude, dunque, la possibilità di una predeterminazione del potere impeditivo naturalistico, che, semmai, potrà presentare, a seconda delle specifiche situazioni concrete, una efficacia variabile in termini impeditivi. L'efficacia del potere impeditivo risulterà, infatti, di maggiore o minore intensità a seconda della prognosi sul rischio da evitare, ovvero in base al suo grado di incidenza sulla situazione di pericolo per il bene giuridico protetto, potendosi, pertanto, distinguere tra poteri più o meno impeditivi. Siffatta valutazione, va da sé, dovrà effettuarsi necessariamente *ex ante*<sup>16</sup>, posto che una verifica postuma sull'attitudine o meno del potere in capo al garante ad abbassare la soglia di rischio porterebbe a ritenerlo sempre nullo sul piano impeditivo.

Questa peculiare caratterizzazione del potere impeditivo naturalistico influenza, ovviamente, l'accertamento della sua esistenza. Invero, stante l'assenza di leggi scientifiche che attestino, in termini di assoluta certezza, la connessione regolare tra un determinato *modus operandi* e la sua efficacia ostativa, la circostanza che l'uso del potere nella disponibilità del garante avrebbe impedito l'evento di fatto verificatosi finisce con l'essere ricavabile in via pressoché esclusiva da massime di esperienza, ossia da criteri di inferenza sufficientemente generalizzanti ancorati al senso comune, i quali, per fondare un giudizio di responsabilità penale, devono essere in grado di superare la soglia del ragionevole dubbio.

<sup>16</sup> U. KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5<sup>a</sup> ediz., Nomos, Baden-Baden, 2011, p. 300.

Si ripropongono, qui, con riferimento al potere impeditivo naturalistico le medesime problematiche normalmente sottese all'accertamento del nesso causale, soprattutto nelle ipotesi non inquadrabili nell'ambito di leggi dotate di validità scientifica universale, ma, al più, sussumibili sotto leggi di copertura esplicative di relazioni meramente probabilistiche.

La sentenza Franzese, com'è noto, ha segnato un punto di svolta in materia con un approccio di tipo "realistico" alla spiegazione della causalità<sup>17</sup>. Il punto di partenza è dato, in particolare, dalla constatazione – fortemente pragmatica – che il carattere probabilistico di molte leggi causali non frappone alcun ostacolo alla verifica controfattuale che dovrebbe collegare in termini condizionalistici una determinata condotta all'evento concretamente verificatosi. Nondimeno, in quanto elemento di tipicità, l'accertamento della causalità, prodromico ad un giudizio di responsabilità penale, non può abdicare allo standard massimo di certezza; da qui l'innovativa soluzione: la scarsa probabilità frequentista di una determinata legge scientifica può essere utilizzata nell'accertamento della connessione eziologica purché verificata alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica.

In altri termini, il dato statistico – ma il ragionamento è estendibile parimenti all'impiego di massime di esperienza – non è in grado di corroborare *ex se* l'ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, ma può comunque centrare tale obiettivo sulla base di verifiche aggiuntive al fine di escludere l'interazione di fattori alternativi che possano porsi come causa dell'evento lesivo o, eventualmente, per estromettere l'incidenza di elementi interruttivi del nesso eziologico.

Il risultato finale di un simile approccio è la dimostrazione dell'esistenza del rapporto di causalità in termini di elevata credibilità razionale, raggiungibile attraverso la dialettica processuale. Ciò – è bene precisare – non significa dismettere l'impiego di parametri di giudizio sostanziali, bensì, unicamente, rendere gli stessi aderenti alla realtà fattuale, avvalendosi di un preciso metodo di accertamento.

## 6. Implicazioni processuali

Dalla progressiva "processualizzazione" della verifica controfattuale discendono due fondamentali implicazioni: da un lato, una maggiore responsabilizzazione delle parti coinvolte e, dall'altro lato, una maggiore strutturazione della motivazione giudiziale.

Sotto il primo profilo, in particolare, spetterà alla difesa offrire al giudice tutti quegli elementi che siano in grado di mettere in dubbio l'ipotesi accusatoria del pubblico ministe-

<sup>17</sup> Cass. pen., SS. UU., 10 luglio 2002 (dep. 11 settembre 2002), n. 30328, Franzese, est. G. Canzio, in *Ced*, rv. 222138; tra i numerosi commenti alla pronuncia, cfr., per tutti, R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1176 ss. Di recente, cfr. P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1225 ss.

ro che – com'è stato osservato – tende, in genere, ad assestarsi su due fondamentali criteri di inferenza, ossia il principio di normalità (“ciò che avviene per lo più”) e il principio di razionalità (“prevedibilità” e “previsione” di certi eventi in relazione al comportamento umano che si assume posto in essere da un soggetto razionale”)<sup>18</sup>.

Non si realizza qui, va detto, nessuna inversione dell'onere probatorio: l'insinuazione del dubbio nella ricostruzione dell'accusa valorizza, più semplicemente, il ruolo attivo delle parti nel processo, cui spetta, infatti, introdurre, nel proprio interesse, elementi che siano in grado di smentire la prospettazione di ciò che accade “normalmente” in situazioni analoghe a quelle in fase di accertamento<sup>19</sup>.

Non solo. Secondo l'insegnamento che si trae dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite, la portata garantista della regola di giudizio dell'*in dubio pro reo* si riflette sulla struttura della motivazione, posto che il giudice, è chiamato a dare conto, attraverso argomentazioni coerenti sul piano logico, del proprio *iter* decisionale<sup>20</sup>. L'obbligo di motivazione si pone, non a caso, come limite intrinseco alla libertà di convincimento del giudice e, al contempo, pone le premesse per il successivo controllo della plausibilità razionale della decisione<sup>21</sup>. In questa prospettiva, in particolare, lo schema di motivazione imposto dall'art. 546, comma 1, lett. e, c.p.p., secondo cui l'indicazione delle prove poste a fondamento della decisione si deve affiancare all'enunciazione delle ragioni per le quali l'organo giudicante ritiene non attendibili le prove contrarie, risulta complementare al disposto dell'art. 192 c.p.p. che fa obbligo al giudice di rendere noti i criteri di valutazione seguiti.

Al pari della spiegazione causale, anche l'accertamento del potere impeditivo naturalistico, non potendo assurgere alla certezza assoluta, in ragione della sua dimensione logico-probabilistica, deve comunque raggiungere lo standard di certezza razionale. La finalità impeditiva valorizzata nell'art. 40, comma 2, c.p., del resto, è logicamente incompatibile con il riconoscimento di una responsabilità commissiva per omissione fondata sulla mera diminuzione del rischio di verifica dell'evento lesivo.

Il potere impeditivo naturalistico diventa, in questo modo, specifico oggetto di prova, puntando a recuperare la carenza definitoria sul piano sostanziale nello specchio della motivazione giudiziale che porta a riconoscere o, viceversa, ad escludere l'esistenza di tale requisito strutturale della responsabilità commissiva mediante omissione. L'evidenza probatoria, esplicitata nella motivazione deve, dunque, corroborare l'ipotesi accusatoria, e, come tale, essere capace di resistere alle contro-ipotesi formulate dalla difesa sull'eventuale esistenza di fattori che avrebbero modificato o vanificato l'intervento impeditivo; in altre parole, il giudice dovrà escludere l'interazione di fattori che non consentono al potere fattuale del garante di arrestare, eventualmente anche tramite la sollecitazione di terzi, il

<sup>18</sup> Su tali criteri di inferenza, con riferimento specifico all'accertamento del dolo, cfr., di recente, F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 469 ss.

<sup>19</sup> Cfr., ancora, F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, cit., p. 484.

<sup>20</sup> Sul punto, da ultimo, cfr. F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, c. 273 ss.

<sup>21</sup> Sul controllo processuale della motivazione, cfr. diffusamente, per tutti, F.M. IACOVIELLO, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 750 ss.

decorso causale che conduce alla verifica dell'evento lesivo.

Vale la pena rimarcare, da ultimo, che l'intervento personale del garante o l'eventuale azione succedanea, per poter essere rimproverati all'agente nell'ipotesi della loro mancata realizzabilità, devono risultare effettivamente impeditivi. L'inutilità del comportamento alternativo corretto delimita, infatti, il potere ostativo del garante, precludendo ogni eventuale addebito a titolo di responsabilità omissiva impropria.

### *7. Poteri normativi e impedimento di eventi naturalistici*

Il ricorso a poteri fattuali rappresenta, indubbiamente, la modalità privilegiata dell'assolvimento dell'obbligo impeditivo nel caso di fattispecie causalmente orientate caratterizzate dalla presenza di un evento naturalistico.

L'assunto sembra trovare conferma nella peculiare costruzione del reato omissivo improprio nelle ipotesi anzidette, le quali identificano, del resto, il nucleo originario e indiscutibile della responsabilità commissiva mediante omissione, tradizionalmente agganciato alla tutela della vita e dell'integrità personale.

A ben guardare, nei casi presi in considerazione, risulta scevro di problematicità il funzionamento della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p., dovendosi dare atto, infatti, di un allineamento della fattispecie omissiva impropria alla modalità di tipizzazione della fattispecie commissiva di base. Se ciò che conta, dunque, sul versante attivo, è l'idoneità causale della condotta posta in essere, risultando del tutto indifferenti le specifiche modalità comportamentali che innescano il processo causale, specularmente, sul versante omissivo, la selezione dell'ambito di rilevanza penale è affidata all'efficacia impeditiva della condotta doverosa inattuata.

Com'è evidente, la tecnica legislativa utilizzata attesta la precisa scelta ordinamentale di dare una tutela ampia e incondizionata ai beni giuridici summenzionati, stante la loro primaria rilevanza assiologica; da qui, appunto, l'opzione favorevole sul piano commissivo alla valorizzazione della punizione del risultato lesivo in qualunque modo prodotto.

Tale circostanza determina implicazioni di non poco conto anche sul terreno della responsabilità omissiva, portando a considerare in termini altrettanto ampi le modalità impeditive di eventi pregiudizievoli per la vita o l'integrità personale, fino ad includere – addirittura in via prioritaria in ragione della loro diretta e immediata efficacia – proprio i poteri di fatto nel novero dei poteri di impedimento di eventi naturalistici.

L'estrinsecazione di questo tipo di poteri, ad ogni modo, pure quando è astrattamente richiesta dalla specifica vicenda da impedire, può talora rivelarsi in concreto inoperativa, innescando così l'interrogativo dell'eventuale ammissibilità di strumenti impeditivi succedanei alla mancata possibilità di avvalersi dei necessari poteri naturalistici.

## 8. *In particolare: la vicenda delle violenze sessuali endofamiliari e le ambiguità della giurisprudenza in materia*

La questione, a dire il vero, sembra trovare una soluzione affermativa in ambito giurisprudenziale. Significativa, in questo senso, è la copiosa giurisprudenza in tema di omesso impedimento di violenze sessuali endofamiliari, innestata sul presupposto che la posizione di garanzia dei genitori si estenda a coprire la tutela dell'integrità psico-fisica dei figli minori, ivi compresa la tutela della loro incolumità e moralità sessuale<sup>22</sup>. Le pronunce intervenute in materia, in particolare, nel sancire la responsabilità penale dell'esercente la patria potestà per gli atti di violenza sessuale compiuti sui figli, sono piuttosto rigorose nel richiedere la realizzazione da parte del garante di tutti gli interventi concretamente idonei a far cessare l'attività delittuosa, atteso che – com'è stato osservato – “l'obbligo di tutela del minore, che la legge affida al genitore, ha natura assolutamente prioritaria rispetto a qualsivoglia altra esigenza”<sup>23</sup>.

Al riguardo si è giunti a rilevare che, se non è concretamente praticabile un intervento ostativo diretto per impedire la prosecuzione delle violenze, ad esempio con l'allontanamento fisico dell'autore dall'ambiente domestico o del destinatario della tutela dalla fonte di pericolo, sarebbe necessaria, comunque, l'attivazione da parte del soggetto obbligato dei mezzi più appropriati messi a disposizione dall'ordinamento, finanche l'adozione di “misure drastiche”, come la denuncia dei fatti in questione<sup>24</sup>. Nella prospettiva in esame, dunque, l'eventuale assenza o insufficienza di poteri impeditivi naturalistici, quale strumento di contrasto dell'altrui condotta criminosa, chiamerebbe in causa, in via surrogatoria, l'impiego di poteri di natura giuridica. La denuncia dell'abusante si porrebbe, segnatamente, quale rimedio alternativo alla realizzazione da parte del garante di altri interventi idonei ad impedire l'evento, risultando di fatto indispensabile nel caso dell'impossibilità della loro percorribilità per assolvere in modo concreto ed efficace l'obbligo di intervento<sup>25</sup>.

La giurisprudenza, pur prendendo in considerazione il problema, non sembra, però, averlo adeguatamente approfondito, assestandosi, per lo più, su formule ripetitive che me-

<sup>22</sup> Per tutti, cfr. Cass. pen., sez. III, 19 luglio 2011 (dep. 27 settembre 2011), n. 34900, M., est. G. Muliri, in *Ced*, rv. 250869, con nota di B. ROMANO, *Obblighi materni e responsabilità della nonna nella violenza sessuale di gruppo: dal concorso omissivo alla partecipazione “attiva”*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, p. 620 ss.

<sup>23</sup> In questi termini, Cass. pen., sez. III, 14 dicembre 2007 (dep. 30 gennaio 2008), n. 4730, B., est. M.S. Sensini, in *Ced*, rv. 238698, con nota di S. DE FLAMMINEIS, *Omesso impedimento delle violenze sessuali in famiglia: esigenze dogmatiche e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3234 ss.; analogamente, cfr. Cass. pen., sez. III, 5 marzo 2008 (dep. 9 aprile 2008), n. 14710, est. M.S. Sensini, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 20, p. 73. Vale la pena rimarcare che la priorità di tutela del minore dagli abusi ha indotto la giurisprudenza a ritenere non giustificabile l'assenza di reazione del garante, pure quando lo stesso è vittima delle altrui intemperanze; cfr., al riguardo, Cass. pen., sez. III, 27 aprile 2007 (dep. 22 maggio 2007), n. 19739, Vitali, est. A. Teresi, in *Ced*, rv. 236753; ID., 4 febbraio 2010 (dep. 24 marzo 2010), n. 11243, R., est. A. Teresi, in *Ced*, rv. 246592.

<sup>24</sup> Da ultimo, cfr. Cass. pen., sez. III, 11 ottobre 2011 (dep. 17 gennaio 2012), n. 1369, V., est. A. Franco, in *Ced*, rv. 251624.

<sup>25</sup> Di recente, cfr. Cass. pen., sez. III, 23 maggio 2012 (8 ottobre 2012), F., n. 39458, est. E. Rosi, in *Dir. giust.*, 8 ottobre 2012, che, a sua volta, richiama espressamente Cass. pen., sez. III, 11 ottobre 2011 (dep. 17 gennaio 2012), n. 1369, cit.

ritano, invece, di essere chiarite<sup>26</sup>. Il generico richiamo in chiave impeditiva dello strumento della denuncia, infatti, per quanto sia inteso, di regola, salvo poche pronunce di segno contrario<sup>27</sup>, come rimedio estremo, non manca di suscitare perplessità in merito alla sua reale utilità ed efficacia, atteso che, nel contesto della responsabilità omissiva impropria, il potere ostativo del garante (personale o mediato) deve poter fondare ragionevolmente la possibilità di conseguire un positivo e tempestivo risultato impeditivo.

Muovendo da questa angolazione, giova rimarcare che l'obbligo di impedimento assolve nel nostro ordinamento principalmente una funzione preventiva: la corretta estrinsecazione del potere del garante, infatti, serve a neutralizzare il rischio di verifica dell'evento lesivo per il bene protetto. Il soggetto obbligato, pertanto, a fronte della sicura consapevolezza del pericolo concreto in cui incorre il bene affidato alla sua tutela, ove non sia in grado di bloccare personalmente l'azione pregiudizievole, può fare ricorso agli strumenti giuridici messi a disposizione dall'ordinamento nella misura in cui agli stessi sia riconosciuta una analoga finalità impeditiva. A differenza di quanto a prima vista potrebbe sembrare, il fenomeno di cui si tratta non muove sul piano delle dinamiche giuridiche, bensì su quello delle condotte naturalistiche. Ciò che si determina in queste specifiche situazioni è, ancora una volta, una delega di soccorso del garante, con la particolarità che qui l'intervento naturalistico che il garante non può mettere a punto è attivato attraverso precisi istituti giuridici mirati ad impedire la realizzazione di eventi pregiudizievoli.

L'aspetto in questione si coglie in maniera precipua proprio nel contesto delle relazioni familiari, ove, infatti, non è inusuale riscontrare specifiche misure di prevenzione accomunate dalla finalità anzidetta. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'allontanamento del genitore dalla residenza familiare nel caso di condotta che, pur non essendo tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza dalla potestà sui figli, appaia comunque per essi pregiudizievole, specie nel caso di maltrattamenti o abusi dei minori (art. 333 c.c.) o, ancora, agli ordini di protezione contro gli abusi familiari ai sensi dell'art. 342-bis c.c.

Non è certamente revocabile in dubbio la circostanza che, in taluni casi, anche la denuncia possa rivelarsi un idoneo strumento impeditivo, soprattutto se, per suo tramite, sia possibile attivare tempestivi (ed effettivi) interventi surrogatori dell'attività naturalistica del garante.

Nondimeno occorre prendere atto che, spesso, proprio con riferimento alla casistica presa in considerazione, il richiamo giurisprudenziale alla doverosità della denuncia come strumento impeditivo dell'evento appare decontestualizzato rispetto alla vicenda *sub iudi-*

<sup>26</sup> Contengono, in particolare, un generico riferimento alla denuncia le seguenti pronunce: Cass. pen., sez. III, 23 maggio 2012 (8 ottobre 2012), n. 39458, cit.; Id., 11 ottobre 2011 (dep. 17 gennaio 2012), n. 1369, cit.; Id., 4 febbraio 2010 (dep. 24 marzo 2010), n. 11243, cit.; Id., 9 marzo 2008 (dep. 9 aprile 2008), n. 14710, cit.; Id., 14 dicembre 2007 (dep. 30 gennaio 2008), n. 4730, cit.; Id., 27 aprile 2007 (dep. 22 maggio 2007), n. 19739, cit.; un'indicazione più esplicita in merito alla doverosità dell'attivazione dell'Autorità giudiziaria si rinviene in Cass. pen., sez. III, 8 luglio 2009 (dep. 22 settembre 2009), n. 36824, N., est. C. Squassoni, in *Ced*, rv. 244931.

<sup>27</sup> Cass. pen., sez. III, 8 luglio 2009 (dep. 22 settembre 2009), n. 36824, cit.; Id., 6 dicembre 2006 (dep. 22 dicembre 2006), n. 42210, Radano, est. A. Teresi, in *Ced*, rv. 235469; Id., 2 ottobre 2001 (dep. 15 novembre 2001), n. 40712, Sabella, est. L. Piccialli, in *Ced*, rv. 220355.

ce, risultando, piuttosto, espressivo di una semplificazione probatoria. In siffatte situazioni, in pratica, la denuncia verrebbe in rilievo non in un'accezione ben definita, bensì quale concetto di genere, inclusivo di tutto ciò che il garante poteva fare, ma, in realtà, non ha fatto per bloccare la realizzazione dell'evento. Del resto, non è del tutto casuale – e un'analisi dettagliata della giurisprudenza intervenuta in materia ne dà conferma – che il riferimento alla denuncia emerga normalmente in contesti particolarmente pregnanti, ove, infatti, *ictu oculi* non appariva in alcun modo giustificata o giustificabile l'assenza di reazione del garante; si pensi alle ipotesi della personale e diretta constatazione degli abusi o, ancora, alla tolleranza degli stessi da parte del soggetto obbligato<sup>28</sup>.

Rispetto a tali situazioni, per la verità, non vi sarebbe alcuna necessità di argomentare in merito alla condotta impeditiva del garante, né di andare alla ricerca dell'esistenza o meno di un potere di impedimento; ai fini della responsabilità penale, infatti, basterebbe, di per sé, il richiamo all'elemento soggettivo, trattandosi di ipotesi di vera e propria connivenza, stante la mancata attivazione – cosciente e volontaria – dell'intervento impeditivo da parte del soggetto obbligato.

Com'è evidente, la dinamica probatoria inficia qui la struttura dell'obbligo di impedimento; la valorizzazione del mancato impedimento dell'evento – in realtà superflua a fronte dell'esistenza di un dolo di concorso – si spiega in ragione della necessità di ovviare alle complicazioni sottese alla dimostrazione dell'esistenza del previo accordo criminioso<sup>29</sup>. Ecco, quindi, che nel fatto della mancata presentazione della denuncia viene ravvisata la prova del mancato – volontario – rispetto dell'obbligo di garanzia.

## 9. *Il potere impeditivo nei settori "emergenti".*

*L'operatività dell'art. 40, comma 2, c.p. al di fuori dei reati causali c.d. "puri"?*

Secondo un filone di pensiero dottrinale, il reato omissivo improprio è configurabile soltanto in relazione a fattispecie incriminatrici causalmente orientate con evento naturalistico<sup>30</sup>.

L'indirizzo interpretativo in parola circoscrive fortemente il funzionamento della clausola estensiva della responsabilità penale all'omesso impedimento dell'evento, la quale, in pratica, verrebbe a trovare applicazione unicamente per i reati causali c.d. "puri", ossia in relazione a quelle fattispecie incriminatrici la cui carica di disvalore è interamente po-

<sup>28</sup> Per tutti, cfr. Cass. pen., sez. III, 14 dicembre 2007 (dep. 30 gennaio 2008), n. 4730, cit.

<sup>29</sup> F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., p. 607; ID., *La responsabilità penale dei sindaci per omesso impedimento della bancarotta*, in *Dir. prat. soc.*, 2010, fasc. 2, p. 45; F.M. IACOVIELLO, *Prova dei reati economici nello specchio della motivazione*, in *Le scelte del legislatore, le ragioni dell'economia, i tempi del processo. Atti della Giornata del diritto penale dell'economia, Lecco, 20-21 maggio 2011*, Roma, Retecamere, 2012, p. 103.

<sup>30</sup> Cfr., segnatamente, M. ROMANO, *Sub art. 40*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, *Artt. 1-84*, 3ª ediz., Milano, Giuffrè, 2004, p. 379, il quale tuttavia fa salvo il caso del concorso di persone, dove, infatti, l'evento non impedito può consistere anche nella realizzazione del fatto criminioso da parte di un terzo.

larizzata sulla realizzazione dell'evento lesivo (naturalistico), a prescindere da come ciò avvenga<sup>31</sup>.

Nell'ambito del medesimo orientamento limitativo dei confini operativi dell'art. 40, comma 2, c.p. non sono mancate, peraltro, prese di posizioni ancora più radicali. In questa prospettiva, in particolare, si è osservato che la peculiare tipizzazione della fattispecie omissiva impropria si giustifica in ragione della necessità di salvaguardare, nel modo più ampio possibile, beni di rango particolarmente elevato, con la conseguenza che il terreno di azione dell'art. 40, comma 2, c.p. si assottiglierebbe fino ad includere soltanto i delitti contro la vita e quelli contro l'incolumità individuale e pubblica<sup>32</sup>. Analoghe considerazioni varrebbero per le ipotesi di mancato impedimento del fatto illecito altrui; l'equiparazione alla responsabilità commissiva, infatti, sarebbe consentita in questo caso soltanto se il fatto da impedire consista, a sua volta, in un reato causale puro di evento posto a tutela degli anzidetti beni di rango elevato, sempre che il soggetto obbligato disponga dei necessari poteri impeditivi<sup>33</sup>.

Nonostante le preclusioni individuate dalla dottrina citata, più di recente si è sostenuto che il capoverso dell'art. 40 c.p. non consente di dedurre alcuna limitazione, né di tipo testuale, né di carattere razionale, alla configurabilità della responsabilità omissiva impropria in ragione della diversa struttura dei reati che il garante è chiamato ad impedire<sup>34</sup>. Nessuna esclusione aprioristica, in particolare, opererebbe per le ipotesi in cui l'evento da impedire ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. si identifichi in un fatto di reato commesso da terzi<sup>35</sup>. La sfera della responsabilità omissiva impropria sarebbe definita, invero, dall'ambito delle posizioni di garanzia disciplinate o, comunque, desumibili dall'ordinamento.

L'impostazione da ultimo richiamata mostra un'evidente consonanza con l'atteggiamento assunto in sede giurisprudenziale, dove, infatti, la questione inerente al raggio applicativo dell'art. 40, comma 2, c.p. appare priva di problematicità, risultando pacificamente consentita la riferibilità della responsabilità commissiva mediante omissione a tutti i reati, anche se privi di evento naturalistico<sup>36</sup>.

Negli ultimi tempi si è assistito, anzi, ad una dilatazione dei confini applicativi del disposto dell'art. 40, comma 2, c.p., utilizzato sempre con maggiore frequenza per la tutela di beni giuridici diversi da quelli tradizionalmente afferenti alla salvaguardia della vita e dell'incolumità individuale o pubblica. La clausola di equivalenza, in particolare, è oggi largamente impiegata in settori caratterizzati dalla proliferazione di reati di evento a forma

<sup>31</sup> M. ROMANO, *Sub art. 40*, cit., p. 381. In questa prospettiva, cfr. anche G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 139 ss.

<sup>32</sup> G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 45 ss. e p. 181 ss.

<sup>33</sup> Così L. RISCATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 453.

<sup>34</sup> D. PULITANO, *Diritto penale*, 4ª ediz., Torino, Giappichelli, 2011, p. 236.

<sup>35</sup> Per una ricostruzione delle problematiche sottese all'omesso impedimento di reati altrui, cfr. L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1339 ss.

<sup>36</sup> Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 1991 (dep. 30 aprile 1991), n. 4820, Aceto, est. M. Schiavotti, in *Ced.*, rv. 187203.

vincolata o di violazioni meramente formali, incentrate sulla messa a punto della condotta incriminata senza che rilevi l'eventuale produzione dell'evento lesivo, anche quando si tratta di fattispecie realizzate da soggetti diversi dall'obbligato.

Si pensi, al di là dell'ormai acquisita impostazione giurisprudenziale che ammette la configurabilità omissiva del delitto di truffa<sup>37</sup>, al campo della criminalità d'impresa, ove, infatti, è stata riconosciuta la responsabilità omissiva impropria per il delitto di false comunicazioni sociali di cui all'art. 2622 c.c.<sup>38</sup>, ossia per una fattispecie incriminatrice di evento (la produzione di un danno patrimoniale per i soci e i creditori), caratterizzata da modalità pregnanti sul piano della condotta (l'"esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni" e l'omissione di "informazioni, la cui comunicazione è imposta dalla legge", entrambe riguardanti "la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene"). Ancora, imprescindibile è il richiamo alle ipotesi del mancato impedimento da parte del soggetto obbligato di reati ambientali (anche commessi da terzi) strutturati come reati di pura condotta, quali, ad esempio, i reati di gestione non autorizzata di rifiuti e di traffico illecito di rifiuti (artt. 256 e 260, d.lgs. n. 152/2006)<sup>39</sup>.

Ciò che preme al momento rilevare è che, nelle ipotesi prese in considerazione, il potenziamento del ricorso allo schema della responsabilità commissiva mediante omissione avviene con una evidente forzatura del ruolo funzionale svolto nell'ordinamento dall'art. 40, comma 2, c.p. La clausola di equivalenza abbandona qui, infatti, la sua fisionomia di norma eccezionale, finendo per operare alla stregua di una nuova regola in grado di rompere le rigide maglie della tipicità nei settori anzidetti e venendo a colmare, in via fattuale, presunti vuoti di tutela, rendendo punibili condotte che, diversamente, non sarebbero tali. Non è difficile avvedersi – come si vedrà meglio a breve – di come tale ipotesi si ponga in diretto attrito con l'istanza di frammentarietà operativa nella materia penale, soprattutto quando la responsabilità omissiva impropria si apre, senza limitazioni, all'omesso impedimento di reati altrui.

<sup>37</sup> Sul punto, v. già Cass. pen., sez. II, 23 giugno 1989 (dep. 18 aprile 1990), n. 5541, Della Torre, est. B. Della Penna, in *Ced*, rv. 184067.

<sup>38</sup> Cass. pen., sez. V, 5 novembre 2008 (dep. 9 dicembre 2008), n. 45513, Ferlatti, est. G.G. Sandrelli, in *Ced*, rv. 241852, con nota di G. CHIARAVIGLIO, *Responsabilità di amministratori non esecutivi e sindaci ex art. 40 cpv., dolo eventuale, causazione del dissesto per effetto di operazioni dolose*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, p. 157 ss. e di L.D. CERQUA, *La posizione di garanzia degli amministratori: brevi riflessioni*, in *Le Società*, 2009, p. 1305 ss.; detta pronuncia, in particolare, ha annullato con rinvio la precedente assoluzione dell'amministratore delegato e di un amministratore non operativo per omesso impedimento del reato di false comunicazioni sociali in danno di soci e creditori.

<sup>39</sup> In questi termini, di recente, Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2010 (dep. 1° febbraio 2011), n. 3634, P.M. in proc. Zanello, est. S. Gazzara, in *Ced*, rv. 249168, con nota di F. FASANI, *La responsabilità penale dei funzionari ARPA per l'omesso impedimento dei reati ambientali*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 624 ss. e di M. TAINA, *Obblighi e posizioni di garanzia del personale ARPA*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2011, fasc. 5, p. 428 ss. In argomento, cfr. anche V. PAONE, *Il funzionario dell'ARPA ha l'obbligo giuridico di impedire i reati in materia di gestione dei rifiuti*, cit., p. 829 ss., nonché C. RUGA RIVA, *L'obbligo di impedire il reato ambientale altrui. Rassegna giurisprudenziale sulla posizione di garanzia del proprietario e del pubblico ufficiale rispetto a reati ambientali commessi da terzi*, in *www.lexambiente.it*.

### 9.1. *Il potere impeditivo normativo e il principio di frammentarietà*

L'estensione incondizionata dell'art. 40, comma 2, c.p. al di fuori dei reati causalmente orientati con evento naturalistico reca con sé il rischio di una evidente sproporzione della sfera della responsabilità omissiva rispetto a quella tipica della corrispondente fattispecie commissiva.

Come accennato, a risultare compromesso sarebbe, in particolare, il principio di frammentarietà che, finirebbe, infatti, per essere paralizzato nel contesto dei reati omissivi impropri, se, appunto, si muove dal presupposto che il meccanismo dell'art. 40, comma 2, c.p. non incontra alcun freno applicativo. Specialmente in taluni settori dell'ordinamento, l'assenza di limitazioni all'operatività della clausola di equivalenza potrebbe portare ad estendere l'area del penalmente rilevante all'inosservanza di qualsiasi obbligo giuridico, con un appiattimento della responsabilità del garante su ciò che è ritenuto illecito negli altri rami del diritto.

A prescindere dal ruolo che si intende attribuire alla frammentarietà e, quindi, sia che la si consideri alla stregua di un principio in grado di esprimere direttive per il legislatore o per l'interprete, sia che la si ritenga come una mera caratteristica del diritto penale espressiva "di una fenomenologia del sistema"<sup>40</sup>, è innegabile che il suo riconoscimento si imponga anche rispetto ai reati omissivi impropri, trattandosi di un attributo indefettibile della materia penale.

Muovendo in tale direzione, è chiaro che la conversione di situazioni diverse dai reati causalmente orientati con evento naturalistico in corrispondenti fattispecie omissive improprie può essere ammessa a condizione che si individuino modalità equivalenti di salvaguardia dell'istanza di frammentarietà della tutela punitiva. L'omissione sembra ripercorrere la stessa vicenda evolutiva della colpa, specie se si aderisce all'impostazione che collega il numero chiuso dei reati colposi non soltanto alla loro espressa previsione legislativa *ex art.* 42, comma 2, c.p., ma anche al numero chiuso delle regole cautelari esistenti, ritenendo che tale tipologia di illeciti è sempre "a forma vincolata", posto che – com'è stato rilevato – "ogni violazione di regola cautelare scolpisce altrettante modalità della condotta tipica"<sup>41</sup>.

Sul terreno della responsabilità omissiva, dunque, l'eccezionalità della previsione normativa di cui all'art. 40, comma 2, c.p. risulta in linea con il carattere discontinuo del diritto penale attraverso il vincolo determinato dai poteri impeditivi. Detto altrimenti: nel caso dei reati omissivi impropri e, precipuamente, nelle ipotesi in cui la clausola di equivalenza è applicata al di fuori dei reati causalmente orientati con evento naturalistico, la frammentarietà recupera la propria specifica valenza attraverso la tassatività dei poteri impeditivi. Detta constatazione, che ha specificamente di mira i reati omissivi impropri dolosi, vale anche, in generale, per i reati omissivi impropri colposi: qui, infatti, il potere impeditivo coincide con la regola cautelare che, come si è già detto, ha carattere modale. In questa prospettiva, quindi, il potere impeditivo assume parimenti una connotazione selettiva, attesa la sua coincidenza con la regola cautelare.

<sup>40</sup> M. DONINI, *Teoria del reato*, Padova, Cedam, 1996, p. 32.

<sup>41</sup> F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 161.

## 9.2. *Dall'atipicità dei poteri impeditivi naturalistici alla tipicità dei poteri impeditivi giuridici*

Atteso ciò, rispetto al possibile verificarsi di eventi non naturalistici non è del tutto indifferente la tipologia di contrasto attivabile dal soggetto obbligato, posto che la sua condotta ostativa non può estrinsecarsi con qualsiasi modalità, risultando totalmente libera. Così ragionando, invero, si verrebbe ad introdurre nell'ordinamento, in via interpretativa, una forma di responsabilità ben più grave di quella esplicitamente prevista dal legislatore sul versante attivo, dove, invece, la punibilità è subordinata unicamente alla realizzazione di determinate modalità comportamentali.

A meno di non volere dare spazio a contraddizioni nel sistema punitivo, non sussistono, dunque, in linea di principio, ragioni per escludere che le medesime esigenze di selettività delle condotte penalmente rilevanti sul piano della tipicità commissiva non debbano valere anche per le eventuali ipotesi di responsabilità omissiva impropria. Ne consegue che, in tutte le ipotesi in cui non venga in rilievo l'impedimento di un evento naturalistico in senso stretto, l'intervento ostativo pretendibile dal garante dovrà necessariamente snodarsi entro i limiti dei poteri normativi che gli sono espressamente riconosciuti dall'ordinamento. Se si vuole rispettare, infatti, il carattere di eccezionalità della responsabilità commissiva mediante omissione e i principi di garanzia in materia penale, non è possibile dismettere l'interpretazione rigorosa delle norme che delineano i poteri impeditivi, per cui la loro portata va affermata e misurata tenendo conto degli strumenti giuridici nella disponibilità del soggetto obbligato.

Non bisogna dimenticare, a questo riguardo, che, già di per sé, le fattispecie causalmente orientate costituiscono un'eccezione al principio del reato come illecito caratterizzato da modalità di aggressione<sup>42</sup>. Ciò vale sia sul versante commissivo che su quello omissivo: la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. riferita ai reati causali puri, obbliga, infatti, in linea di principio, il garante a qualunque attività nei limiti dei poteri di cui dispone. Al di fuori di queste deroghe ritorna, però, l'operatività della regola generale, per cui la sfera di tipicità è delineata, sul piano commissivo, dalla norma incriminatrice e, sul versante omissivo, dal potere normativo di impedimento.

Sussiste, dunque, all'evidenza, una corrispondenza biunivoca tra la tipologia di evento da impedire e i connessi poteri utilizzabili in chiave ostativa dal soggetto gravato dall'obbligo di garanzia. La posizione di garanzia, invero, ha una dimensione piena e totalizzante quando inerisce a situazioni di particolare vulnerabilità del bene protetto; in queste ipotesi il garante, soprattutto per la vicinanza al bene da proteggere, in genere attestata da legami di tipo personale (è il caso dei genitori) o da relazioni di affidamento di tipo professionale (è il caso della babysitter, del bagnino o, anche, del medico), è chiamato a compiere, nei limiti in precedenza individuati, tutto ciò che il soggetto preso in

<sup>42</sup> Cfr., segnatamente, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, parte I, *La fattispecie oggettiva*, cit., p. 9 ss.; ID., *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 775. Sul punto v. anche G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, 2<sup>a</sup> ediz., Torino, Giappichelli, 2012, p. 393, ivi con ulteriori riferimenti.

carico non è in grado di fare, al fine di assicurarne l'incolumità.

Pertanto, se per l'impedimento di reati causalmente orientati con evento naturalistico è fisiologica l'atipicità dei poteri di intervento (anch'essi naturalistici), la prospettiva si ribalta con l'estensione della clausola di equivalenza dell'art. 40, comma 2, c.p. al di fuori della sua *sedes* naturale; qui, non a caso, la garanzia del contenimento della responsabilità commissiva mediante omissione impone il ricorso a poteri di impedimento "tipici".

Lo schema tradizionale della posizione di garanzia, infatti, non è in grado di funzionare negli stessi termini ampi quando è proiettato in situazioni la cui soluzione non prevede l'intervento naturalistico del soggetto obbligato, perché nessun pregiudizio minaccia direttamente beni fondamentali, quali la vita o l'incolumità personale. Nelle ipotesi in cui l'evento da contrastare ha carattere normativo, perché si tratta di evitare, ad esempio, la realizzazione di un reato di mera condotta o di un reato che, pure se di evento, implica la tenuta di determinate modalità comportamentali, o, più semplicemente, perché si tratta di impedire la commissione di un fatto illecito altrui che ha dette caratteristiche, non è possibile esigere dal soggetto obbligato una capacità avversativa degli eventi (normativi) in termini generalizzati. In questi casi è la predeterminazione normativa dei poteri riconducibili al garante a tracciare le modalità dell'omissione penalmente rilevante, svolgendo, al contempo, una reale funzione selettiva della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, diversamente difficilmente arginabile.

### 9.3. *L'impermeabilità della giurisprudenza prevalente*

La giurisprudenza, per la verità, finanche di recente, non è parsa avvedersi della dicotomia sopra descritta, orientandosi, piuttosto, su posizioni diametralmente opposte. Nelle rare occasioni in cui è stata affrontata specificamente la tematica in questione, invero, si è osservato che, poiché l'art. 40, comma 2, c.p. non restringe in alcun modo la categoria degli atti impeditivi, "la loro valutazione è rimessa al giudice", il quale deve rinvenirne l'esistenza "nella dotazione disponibile al soggetto attivo", sempre che si tratti di comportamenti in sé non antigiuridici, ben potendo rilevare anche "strumenti estranei alla funzione" ricoperta<sup>43</sup>. In questa prospettiva, in particolare, è stata riconosciuta la responsabilità penale di un amministratore indipendente in ragione della circostanza che quest'ultimo avrebbe ben potuto bloccare il corso delittuoso della gestione societaria (nella specie, il delitto di aggio-taggio), con "con strumenti esterni alla propria funzione, ma facilmente disponibili, come l'informazione a mezzo stampa"<sup>44</sup>. Qui, dunque,

<sup>43</sup> Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2011 (dep. 20 luglio 2011), n. 28932, Tanzi, est. G.G. Sandrelli, in *Ced*, rv. 253755, con nota di G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*, in *Riv. dott. comm.*, 2012, p. 187 ss.; N. JURISCH - P. MAGRI, *Crack Parmalat: note sulla sentenza della Corte di cassazione in materia di aggio-taggio*, in *Foro ambr.*, 2011, p. 190 ss.; M.B. MAGRO, *Caso Parmalat: considerazioni a margine su un caso di manipolazione informativa*, in *Le Società*, 2012, p. 1058 ss.; F. MUCCIARELLI, *Manipolazione informativa: la condotta pericolosa e il luogo di consumazione nella lucida lettura della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1101 ss.

<sup>44</sup> Così, ancora, Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2011 (dep. 20 luglio 2011), n. 28932, cit.

l'azione impeditiva viene collegata all'esercizio di un potere di tipo fattuale, coincidente con la possibilità concreta di attivarsi efficacemente in una determinata situazione. Del resto, al di là di "rigidi schemi intellettuali" – come non si è mancato di rilevare – "non può essere *a priori* escluso che il sindaco o l'amministratore privo di deleghe di società commerciali possa trovarsi in frangenti in cui un certo tipo di sua iniziativa chiaramente individuabile avrebbe, secondo parametri di elevata credibilità razionale, evitato il prodursi dell'evento lesivo"<sup>45</sup>.

La premessa da cui si muove è che, all'interno della nozione di potere impeditivo, sono inclusi, in modo assolutamente equivalente, oltre ai mezzi direttamente a disposizione del garante per bloccare il prodursi dell'evento, anche strumenti dotati di minore efficacia ostativa, che hanno, comunque, la "possibilità di influenzare il corso degli eventi", indirizzandoli verso l'arresto della lesione del bene preso in carico<sup>46</sup>. Ciò ha portato a ritenere che, considerata la funzione del rapporto di causalità in relazione allo specifico evento di pregiudizio, "la ricerca delle leve impeditive non può svolgersi soltanto in ragione della espressa e formale tipizzazione normativa", ma deve calarsi nella considerazione delle effettive opportunità di dispiegare l'attività impeditiva<sup>47</sup>. In aderenza a siffatta impostazione, dunque, eventuali carenze dei poteri giuridici espressamente previsti per il soggetto obbligato possono (e devono) essere colmate con accorgimenti di natura fattuale.

Com'è evidente, a farsi largo sul piano giurisprudenziale è una accezione ampia del contenuto del potere impeditivo, la cui portata risulta dilatata fino al punto di inglobare al suo interno, in chiave funzionale, tutto ciò che è in grado di esplicare un'efficacia ostativa all'offesa del bene tutelato. Sennonché la duttilità del potere impeditivo così definito rischia di trasfigurare completamente il tradizionale ruolo della posizione di garanzia nel nostro ordinamento. La facile plasmabilità del concetto, infatti, soprattutto quando si trova ad essere correlata a situazioni d'obbligo aperte e indeterminate, tramuta il garante nella figura di un soggetto "onnipotente", esponendolo al pericolo di una scontata responsabilità, dal momento che egli tutto può fare o, comunque, tutto avrebbe potuto fare per impedire la verificazione dell'evento<sup>48</sup>.

Proprio tale consapevolezza sembra porsi alla base delle più caute posizioni emerse da

<sup>45</sup> In questi termini, G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento*, cit., p. 197.

<sup>46</sup> Cfr., segnatamente, Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2010 (dep. 3 maggio 2010), n. 16761, P.G. in proc. Catalano, est. C.G. Brusco, in *Ced*, rv. 247015, con nota di A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 101 ss., secondo cui i poteri impeditivi possono essere limitati anche ad un mero obbligo di attivarsi; sulla stessa scia, in virtù di un richiamo espresso delle medesime argomentazioni giuridiche, si colloca anche Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2010 (dep. 4 novembre 2010), n. 38991, Quaglierini, est. F. Izzo, in *Ced*, rv. 248849; tra le numerose note di commento, cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 185 ss.

<sup>47</sup> Cass. pen., sez. V, 18 febbraio 2010 (dep. 7 maggio 2010), n. 17690, Cassa di Risparmio di Rieti s.p.a., est. G.G. Sandrelli, in *Ced*, rv. 247315, con nota di M. PICCARDI, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4438 ss.

<sup>48</sup> Osserva A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, Aracne, 2011, p. 106-107, che, almeno in certi casi, si ha l'impressione che "il principio per cui «si deve in quanto si può (giuridicamente)» risulti convertito in quello per cui «si può (naturalisticamente), e quindi si deve»".

ultimo in ambito giurisprudenziale. Sebbene attraverso un *obiter dictum*, infatti, la Suprema Corte ha espressamente riconosciuto, con riferimento ad alcuni episodi di bancarotta fraudolenta patrimoniale, che l'equiparazione del mancato impedimento dell'evento alla condotta di chi lo ha cagionato può avvenire solo a condizione che i poteri impeditivi del garante "siano ben determinati, ed il loro esercizio sia normativamente disciplinato in guisa tale da poterne ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l'evento sarebbe stato scongiurato"<sup>49</sup>. Ciò vale, segnatamente, per quelle ipotesi in cui gli obblighi giuridici risultano strutturati in termini generici, come nel caso, ivi direttamente esaminato, dell'art. 2392, comma 2, c.c., il quale sancisce la responsabilità degli amministratori che "non hanno fatto quanto potevano" per impedire il compimento di fatti pregiudizievoli per la società. Se tali soggetti, infatti, sono da intendersi solidalmente responsabili, al pari di chi ha cagionato l'evento, occorre che i loro rispettivi poteri impeditivi siano compiutamente definiti sul piano della tipicità. *En passant*, tuttavia, la Suprema Corte non si esime dal rilevare che ciò "non sembra essere nella legislazione vigente, tanto che discettare di precetti del codice civile che sarebbero stati violati dagli imputati [...] può apparire ai fini penalistici esercizio poco più che accademico, a meno di trovarsi dinanzi ad inosservanze patenti"<sup>50</sup>.

L'identificazione dei poteri impeditivi – va detto – è un'operazione particolarmente complessa, su cui, però, la citata pronuncia giurisprudenziale non si cimenta, ritenendo la questione ultronea rispetto alle necessità di approfondimento della vicenda processuale oggetto di accertamento, dal momento che, in realtà, le condotte contestate dovevano essere inquadrate non come forme di responsabilità omissiva impropria, ma, più correttamente, come situazioni attive, attesa la partecipazione con voto favorevole degli imputati alle deliberazioni di organi collegiali nelle quali veniva a sostanzarsi la distrazione di beni sociali.

Al di là, pertanto, delle considerazioni fatte, da contestualizzarsi in relazione alle peculiarità della vicenda concreta *sub iudice*, resta il fatto che gli spunti offerti dalla sentenza di legittimità in esame rappresentano, comunque, un valido punto di partenza per la selezione dei poteri impeditivi, soprattutto nei contesti che esulano dalle classiche ipotesi di responsabilità commissiva mediante omissione.

La richiesta esplicita di una predeterminazione normativa dei poteri impeditivi, in particolare, blocca ogni loro eventuale deriva sul piano fattuale, restringendo significativamente la categoria degli atti ostativi a corredo della posizione di garanzia. Accedendo alla configurazione del potere normativo di impedimento come potere "tipico" è chiaro, infatti, che, ciò che è penalmente pretendibile dal garante non può oltrepassare, da un lato, la specifica competenza del soggetto obbligato e, dall'altro lato, il fine specifico per cui allo stesso è stato affidato un determinato potere.

È proprio sulla base dei due parametri anzidetti che dovrà valutarsi, come si vedrà meglio nel prosieguo, l'efficacia dell'azione impeditiva del soggetto obbligato, la quale –

<sup>49</sup> Così, Cass. pen., sez. V, 8 giugno 2011 (dep. 2 novembre 2011), n. 42519, P.G. in proc. Bonvino, est. P. Micheli, in *Ced*, rv. 253765, con nota di A. INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in [www.dirittopenalecon-temporaneo.it](http://www.dirittopenalecon-temporaneo.it)

<sup>50</sup> In questi termini, ancora Cass. pen., sez. V, 8 giugno 2011 (dep. 2 novembre 2011), n. 42519, cit.

come ricordato dalla stessa Corte di cassazione nella pronuncia sopra richiamata<sup>51</sup> – esige la certezza della mancata realizzazione dell’evento a fronte del tempestivo e corretto esercizio dei poteri nella sua disponibilità.

### 10. Una verifica sul campo: i poteri impeditivi in ambito societario

Il diritto penale economico è il settore che, più di ogni altro, negli ultimi anni, ha registrato la massima responsabilizzazione soggettiva sul fronte dell’omesso impedimento dell’evento. È questo, dunque, un campo di osservazione privilegiato per testare la tenuta dei parametri definitori dei poteri normativi di impedimento, tanto più che, in tale ambito, il garante è chiamato ad avversare situazioni che nulla hanno a che fare con il verificarsi di eventi naturalistici, ma che, il più delle volte, consistono nell’impedimento di reati altrui; si pensi, tra i vari casi riscontrabili, al mancato impedimento di fatti di bancarotta fraudolenta o di altri reati fallimentari.

La crescita esponenziale della responsabilità omissiva impropria nel contesto societario è in gran parte dovuta alla tendenza giurisprudenziale a sopravvalutare gli effettivi poteri impeditivi del soggetto qualificato<sup>52</sup>. In non poche occasioni, infatti, l’esistenza dei poteri anzidetti è stata presunta in ragione delle funzioni formalmente ricoperte dall’obbligato. Si inserisce qui, in particolare, il filone di pronunce che riconosce l’amministratore di diritto, ossia il soggetto investito ufficialmente della carica, sempre responsabile degli illeciti commessi da chi abbia la gerenza di fatto della società<sup>53</sup>. Portato all’estremo, siffatto orientamento giunge, addirittura, ad ammettere la responsabilità anche in difetto della concreta

<sup>51</sup> Nonostante l’affermazione di principio, tuttavia, nella specie, la Suprema Corte ha rigettato la doglianza del sindaco ricorrente di non essere stato assolto per carenza dell’elemento oggettivo del reato, confermando la sua assoluzione in punto di elemento soggettivo. Al riguardo, in particolare, si è osservato – in termini tutt’altro che convincenti – che se il sindaco avesse espresso le sue riserve all’assemblea dei soci, “non si sarebbe (quanto meno, con apprezzabile grado di probabilità) giunti all’approvazione del bilancio, quanto meno non in quei termini ed in quel momento”. Sul punto, cfr. A. INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, cit., p. 5-6.

<sup>52</sup> F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in *Le Società*, 2012, p. 556.

<sup>53</sup> Cass. pen., sez. V, 9 febbraio 2010 (dep. 26 marzo 2010), n. 11938, Mortillaro, est. A. Nappi, in *Ced*, rv. 246897, con nota di M. BENDONI, *La responsabilità dell’amministratore in carica per i reati commessi dall’amministratore di fatto*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 693 ss. e di I. MERENDA, *Reati fallimentari e responsabilità dell’amministratore di diritto per la gestione “di fatto” della società*, in *Giust. pen.*, 2011, II, c. 225 ss.; ID., 26 gennaio 2006 (dep. 27 febbraio 2006), n. 7208, Filippi, est. A. Nappi, in *Ced*, rv. 233637; ID., 10 dicembre 2003 (dep. 16 febbraio 2004), n. 6114, Polignino, est. A. Amato, in *Ced*, rv. 227452; ID., sez. III, 9 aprile 1997 (dep. 26 giugno 1997), n. 6208, Ciciani, est. P. Onorato, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 1392-1393; ID., sez. V, 28 giugno 1993 (dep. 6 settembre 1993), n. 8419, Trovero, est. G. Ciuffo, in *Ced*, rv. 195154; ID., 7 luglio 1992 (dep. 19 settembre 1992), n. 9536, Boccolini, est. G. Ciuffo, in *Ced*, rv. 192255; ID., 26 giugno 1990 (dep. 29 novembre 1990), n. 15850, Bordoni, est. F. Marrone, in *Ced*, rv. 185886, con nota di M. ANGELINI, *Responsabilità per bancarotta fraudolenta dell’amministratore assente*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1606 ss. e di G. DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1145 ss.

esplicazione dei poteri riconducibili alla carica sociale, circostanza ritenuta irrilevante ai fini della responsabilità dell'amministratore legale per l'operato dell'amministratore di fatto<sup>54</sup>. Dal momento che, però, il potere impeditivo, al pari della disposizione che fonda l'obbligo di intervento, è componente essenziale della posizione di garanzia, sembra opportuno introdurre, rispetto a queste situazioni, indistintamente accomunate, alcune differenziazioni.

Nello specifico, vanno isolate quelle ipotesi in cui difetti integralmente la titolarità di un potere impeditivo in capo al soggetto pure investito sul piano formale. Qui, infatti, il ricorso allo schema dell'art. 40, comma 2, c.p., finisce per apparire come una evidente forzatura concettuale per attrarre nelle maglie punitive situazioni che, per la verità, non vi potrebbero risultare comprese. Si pensi al caso dell'amministratore di diritto che, in quanto mero prestanome, rimanga completamente estraneo alle vicende che interessano la gestione societaria, accentrata, invece, nelle mani dell'amministratore di fatto. Ebbene, nelle ipotesi in cui l'amministratore formale non disponga di alcun potere di ingerenza sul piano gestionale difficilmente potrà essergli riconosciuta una responsabilità per non aver impedito l'illecito eventualmente posto in essere dall'amministratore di fatto. È, in realtà, quest'ultimo ad assumere le vesti di "intraeus", rispondendo autonomamente e direttamente per la violazione commessa, posto che, si tratterebbe altrimenti di una responsabilità da posizione.

#### 11. *L'interpretazione estensiva dell'art. 2639 c.c. e la lettura penalistica degli artt. 2392, 2394, 2403, 2407 e 2489 c.c.*

Quando si verte di reati societari, l'equiparazione summenzionata rinviene una precisa copertura normativa nell'art. 2639, comma 1, c.c., secondo cui, al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è assimilato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Siffatta parificazione, dunque, trovando applicazione per tutte le qualifiche soggettive previste dal titolo XI del codice civile, identifica il vero centro di responsabilità. Semmai si potrà discutere se l'assunzione della carica possa giustificare una responsabilità a titolo di concorso del prestanome; perché ciò accada, però, occorre che sia data prova del previo accordo criminoso tra il soggetto di diritto e il soggetto di fatto rispetto all'attività illecita realizzata da quest'ultimo e, più in generale, che sia data dimostrazione del complesso dei requisiti sottesi all'operatività dell'art. 110 c.p., ivi compresa la consapevolezza di contribuire, con

<sup>54</sup> Cass. pen., sez. V, 27 maggio 1996 (dep. 18 aprile 1996), n. 580, Perelli, est. G. D'Urso, in *Ced*, rv. 205058. Più di recente, sulla responsabilità dell'amministratore di diritto, ancorché estraneo alla gestione dell'azienda, esclusivamente riconducibile all'amministratore di fatto, cfr. Cass. pen., sez. V, 23 giugno 2009 (dep. 4 agosto 2009), n. 31885, Mazzara, est. R.L. Calabrese, in *Ced*, rv. 244497, con nota di G. FALOTICO, *In tema di responsabilità del prestanome per concorso nel reato mediante omissione*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 437 ss.

la propria inerzia, alla realizzazione di un reato di cui si abbia contezza<sup>55</sup>.

Non è mancato, peraltro, in dottrina chi ha auspicato una riformulazione “*ad usum penale*” delle qualifiche soggettive nell’ambito dei reati di impresa, in modo da fugare definitivamente ogni traccia di responsabilità da posizione nell’individuazione dei soggetti responsabili nelle società complesse<sup>56</sup>. In questa prospettiva, si è sostenuto che l’approccio funzionale dell’art. 2639 c.c. sarebbe suscettibile di applicazione al di fuori delle fattispecie incriminatrici societarie<sup>57</sup>; la disposizione civilistica anzidetta, infatti, conterrebbe la codificazione di un principio generale estensibile anche ad altri settori dell’ordinamento<sup>58</sup>.

A prescindere dalla questione inerente ai limiti di applicabilità dell’art. 2639 c.c., resta il fatto che, ai fini della responsabilità commissiva mediante omissione del soggetto qualificato, non basta che questi abbia la possibilità materiale e contingente, per il ruolo ricoperto, di impedire l’evento in essere. Poiché a venire in rilievo nel settore in esame sono situazioni diverse dalle fattispecie causalmente orientate con evento naturalistico, l’azione impeditiva presuppone, indubbiamente, il reale esercizio delle competenze funzionali riferibili alla qualifica. È su questa base, pertanto, che si dovrà procedere alla compiuta identificazione dei poteri impeditivi di matrice normativa, al fine di ravvisare correttamente l’esistenza di una posizione di garanzia.

L’operazione anzidetta è tutt’altro che agevole, attesa la genericità del contenuto degli obblighi di attivazione e controllo dalla cui violazione viene fatta discendere la responsabilità omissiva impropria di talune figure societarie. Il riferimento è, segnatamente, all’art. 2392 c.c. che pone per gli amministratori, ma anche per i liquidatori che, nella fase della liquidazione, hanno i loro stessi poteri e obblighi ai sensi dell’art. 2489 c.c.<sup>59</sup>, il dovere di svolgere l’attività di gestione nel pieno rispetto della legge e dello statuto, nonché il dovere di porre in essere ogni possibile condotta per impedire eventi dannosi per la società, tra cui quelli inerenti alla conservazione del patrimonio a tutela delle pretese creditorie (art. 2394 c.c.). Ancora, in questa prospettiva, vengono in rilievo le prescrizioni di cui agli artt. 2403 e 2407 c.c. che pongono, per i membri del collegio sindacale, il dovere di vigilanza e di controllo in ordine alla corretta gestione della società, controllo che non è meramente formale e non è esclusivamente contabile, spettando ai sindaci anche un potere surrogato-

<sup>55</sup> Sulle difficoltà probatorie del concorso di persone in questa specifica ipotesi, cfr. F.M. IACOVELLO, *La prova della responsabilità dell’amministratore di diritto e dell’amministratore di fatto nella bancarotta fraudolenta*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 639-640.

<sup>56</sup> Così, F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, cit., p. 561.

<sup>57</sup> F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, cit., p. 559, ivi con ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>58</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. III, 28 aprile 2011 (dep. 10 giugno 2011), n. 23425, Ceravolo, est. C. Petti, in *Ced*, rv. 250962, con nota di E. AMATI - M. BELLI, *Responsabilità dell’amministratore di fatto per il reato di omessa dichiarazione dei redditi*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 421 ss.

<sup>59</sup> Cass. pen., sez. V, 14 giugno 2011 (dep. 7 ottobre 2011), n. 36435, Scuoppo, est. A. Demarchi, in *Ced*, rv. 250939, con nota di G. PALMIERI, *La responsabilità del liquidatore*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2252 ss.; *Id.*, 8 novembre 2007 (dep. 22 febbraio 2008), n. 8260, Pirro, est. G. Marasca, in *Ced*, rv. 241749.

rio delle funzioni gestorie finalizzato a supplire all'eventuale inerzia degli amministratori.

Ebbene, tale ampia cornice normativa, non di rado, è stata utilizzata per caricare oltre misura la posizione d'obbligo dei soggetti qualificati, con una automatica traduzione dei doveri civilistici in altrettanti poteri impeditivi in ambito penalistico<sup>60</sup>. Per escludere ogni addebito ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., in particolare, viene fatto gravare su tali soggetti l'incombenza di dimostrare la totale dissociazione dall'operato di quanti si sono resi direttamente responsabili della commissione di attività illecite<sup>61</sup>. Così, dunque, il potere impeditivo dell'evento è stato ravvisato, ad esempio, nella possibilità di opporsi con il voto all'approvazione di determinati atti deliberativi o, ancora, mediante l'annotazione del proprio dissenso per escludere la solidarietà nell'obbligazione *ex delicto* (art. 2392, comma 3, c.c.)<sup>62</sup>.

Senonché siffatte modalità, se per un verso hanno un indubbio valore probatorio perché attestano l'interruzione del legame concorsuale con gli altri autori del reato, per altro verso non hanno alcuna valenza sul piano impeditivo, specialmente quando si tratta di "prerogative meramente reattive", che risultano "cronologicamente e logicamente successive al fatto illecito posto in essere da altri"<sup>63</sup>.

Il potere impeditivo, invero, radica la propria essenza nell'attitudine a paralizzare *in itinere* l'evento lesivo<sup>64</sup>, ostacolandone la concretizzazione o, al limite, evitando che la sua protrazione possa portare a ulteriori conseguenze negative.

<sup>60</sup> M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di R. Bartoli, Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 382-383. In giurisprudenza, ad esempio, è stata riconosciuta la responsabilità penale del presidente di un collegio sindacale per il delitto di peculato perché, non effettuando controlli analitici, aveva sistematicamente omesso di rilevare le frodi che emergevano dalla contabilità sociale, così consentendo agli amministratori della società di dilatare artificiosamente i costi di gestione di una discarica; cfr., al riguardo, Cass. pen., sez. II, 12 febbraio 2009 (dep. 15 maggio 2009), n. 20515, F., est. F. Monastero, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 190 ss., con nota di G. GIORDANENGO - F. RESTANO, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e penale dei sindaci di società per azioni*, *ivi*, p. 1095 ss.

<sup>61</sup> Cfr. Cass. pen., sez. V, 3 giugno 2005 (dep. 5 dicembre 2005), n. 44279, Ambrosin, est. P.A. Bruno, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 17, p. 105 (s.m.), consultabile per esteso nella banca dati DeJure, che, in sede di motivazione, ha valorizzato la condotta dell'imputato che aveva chiesto di provare di essere stato dissenziente, di aver proposto nei confronti degli amministratori di fatto denuncia-querela e di avere reso, nel corso del consequenziale giudizio, dichiarazioni a loro carico poi utilizzate ai fini della relativa pronuncia di responsabilità.

<sup>62</sup> Cass. pen., sez. V, 5 novembre 2008 (dep. 9 dicembre 2008), n. 45513, cit.; Cass. pen., sez. V, 18 febbraio 2010 (dep. 7 maggio 2010), n. 17690, cit.

<sup>63</sup> F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, cit., p. 556 e 557. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. V, 10 febbraio 2009 (dep. 3 marzo 2009), n. 9736, Cacioppo, est. G. Ferrua, in *Ced.*, rv. 243023, con nota di I. MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.* 2011, p. 1182 ss.

<sup>64</sup> Sul carattere determinante, ai fini dell'imputazione per omesso impedimento dell'evento, della "conoscenza di circostanze che precedano la consumazione della condotta illecita", cfr. Cass. pen., sez. V, 16 aprile 2009 (dep. 22 settembre 2009), n. 36595, Bossio, est. G. Marasca, in *Ced.*, rv. 245138, con nota di P. CHIARAVIGLIO, *La responsabilità dell'amministratore delegante fra "agire informato" e poteri di impedimento*, cit., p. 886 ss.

## 12. *Le diverse forme dei poteri impeditivi di matrice normativa.* *Il potere di blocco e la collegialità dei poteri impeditivi*

Il carattere risolutivo del potere normativo di impedimento è un aspetto che rimane spesso in ombra – quando non viene del tutto bypassato – nell'accertamento giurisprudenziale, che, difatti, soprattutto per esigenze di semplificazione probatoria, tende a spostare il baricentro della responsabilità commissiva mediante omissione dal piano oggettivo a quello psicologico<sup>65</sup>. Poche sono le pronunce che sono giunte ad un epilogo assolutorio in ragione della mancanza di un approfondimento sul comportamento impeditivo che avrebbe dovuto tenere il garante nella vicenda *sub iudice*<sup>66</sup>.

Specie nel contesto societario, mentre vengono puntualmente richiamate, in termini finanche sovrabbondanti, le disposizioni civilistiche dalle quali è possibile enucleare l'esistenza di posizioni d'obbligo rilevanti ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., difetta pressoché totalmente una speculazione sul tratto maggiormente qualificante la responsabilità commissiva mediante omissione, ossia la finalità realmente impeditiva dei poteri normativi nella disponibilità del garante.

Siffatta attitudine, per la verità, è innegabile rispetto all'esercizio tempestivo di alcuni poteri, il cui immediato effetto paralizzante avrebbe certamente scongiurato il verificarsi dell'evento lesivo. In questa categoria vi rientrano, segnatamente, i poteri di blocco dell'attività di terzi<sup>67</sup>, ossia quei poteri che sono in grado di arrestare l'attività illecita in essere, privando l'autore della capacità di agire in nome e per conto della società o, comunque, privandolo delle competenze funzionali che gli avrebbero consentito di potere portare a compimento determinati atti pregiudizievoli.

L'attitudine interdittiva di questa tipologia di poteri risulta già *ex ante*: posto di fronte alla necessità di intervenire per impedire la realizzazione dell'evento di cui ha piena consapevolezza, il garante sa che facendo ricorso ai poteri di blocco può, con una probabilità elevata, prossima alla certezza, impedirne il compimento. E questo perché all'esercizio di

<sup>65</sup> Si inserisce in tale contesto la valorizzazione giurisprudenziale dei c.d. "segnali di allarme"; sul punto, cfr. F. GIUNTA, *La responsabilità penale dei sindaci per omesso impedimento della bancarotta*, in *Dir. prat. soc.*, 2010, fasc. 2, p. 48 ss. In giurisprudenza, *ex plurimis*, cfr. Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2007 (dep. 19 giugno 2007), n. 23838, P.M. in proc. Amato, est. G.G. Sandrelli, in *Ced. rv.* 237251; tra le numerose note di commento, cfr. F. CENTONZE, *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 109 ss.; D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, p. 902 ss.

<sup>66</sup> Cfr., in particolare, Cass. pen., sez. V, 16 aprile 2009 (dep. 22 settembre 2009), n. 36595, cit., che ha censurato la pronuncia di merito in quanto non era stato "indicato con precisione quale comportamento concreto avrebbero dovuto adottare i sindaci per impedire agli amministratori di commettere i fatti illeciti loro contestati". Analoghi rilievi si rinvencono in Cass. pen., sez. V, 19 ottobre 2010 (dep. 22 novembre 2010), n. 41136, G., est. G. Marasca, in *www.penalcontemporaneo.it*, ivi con nota di G. MERCONE, *L'obbligo di garanzia degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*, la quale, tuttavia, si è pronunciata sulla vicenda ai soli fini civili, essendo i reati contestati estinti per intervenuta prescrizione.

<sup>67</sup> F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., p. 608.

tale tipologia di poteri, inquadrabili nello schema delle "potestà", sono correlati doveri di conformazione da parte del destinatario, il quale, pur non essendo privato della sua sfera di autonomia e indipendenza, vede, comunque, vincolata la propria attività<sup>68</sup>.

Per quanto si tratti di ipotesi circoscritte, nel contesto societario è possibile ipotizzare l'esistenza di poteri impeditivi direttamente paralizzanti l'attività illecita in essere, esercitabili individualmente dal garante. Si pensi ad una società in nome collettivo, costituita da due soli soci con uguale partecipazione agli utili e con amministrazione disgiunta, nell'ambito della quale, quindi, ciascuno dei due componenti può compiere, da solo, tutte le operazioni che rientrano nell'oggetto sociale, senza necessità del consenso dell'altro e senza alcun obbligo di comunicazione preventiva. In questi casi ha un indubbio effetto di blocco l'opposizione prevista dall'art. 2257, comma 2, c.c., secondo cui "ciascun socio amministratore ha il diritto di opporsi all'operazione che un altro voglia compiere, prima che sia compiuta"<sup>69</sup>. L'opposizione attivata a fronte della realizzazione di un'operazione illecita o, più in generale, pregiudizievole per la società di cui si è a conoscenza, consente di paralizzare la scelta decisionale, posto che a decidere sull'opposizione, ai sensi dell'art. 2257, comma 3, c.c., è la maggioranza dei soci, che qui, però, porta ad una situazione di stallo, stante l'esistenza di due posizioni contrapposte.

Al di là di ipotesi isolate, certamente di difficile riscontro pratico, tuttavia, a ben guardare, nell'ambito delle società commerciali, assai più facilmente le prerogative di blocco sono il risultato di valutazioni collegiali piuttosto che di azioni individuali. È il caso del potere di revoca e della conseguente sostituzione dagli incarichi ricoperti degli amministratori nelle società per azioni. La titolarità del potere in questione, infatti, il cui esercizio può avvenire in qualunque tempo, anche senza giusta causa (salvo il diritto dell'interessato al risarcimento del danno), spetta, di regola, nell'ambito del sistema di amministrazione tradizionale, all'assemblea (art. 2383, comma 3, c.c.), mentre, nel caso in cui si sia optato per il modello monistico o dualistico, tale prerogativa è riconosciuta, rispettivamente, al consiglio di amministrazione rispetto ai componenti del comitato del controllo sulla gestione (art. 2409-*octiesdecies*, comma 4, c.c.), e al consiglio di sorveglianza rispetto ai consiglieri di gestione (art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. a, c.c.).

Ebbene, tale circostanza, ossia il necessario esercizio collegiale di alcuni poteri di intervento non esclude, di per sé, la responsabilità per omesso impedimento dell'evento in capo al soggetto obbligato. Al pari dei poteri naturalistici (cfr., *retro*, § 1.2.), infatti, anche i poteri normativi di impedimento possono essere azionati in via mediata dal garante.

<sup>68</sup> N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 69-71; cfr. anche p. 82. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. IV, 19 febbraio 2008 (dep. 5 giugno 2008), n. 22614, P.G. in proc. Gualano, est. F. Marzano, in *Ced*, rv. 239899, che, in un'ipotesi di disastro aviario colposo, ha escluso la titolarità in capo al direttore dell'aeroporto di una posizione di garanzia in ordine alla regolamentazione e alla vigilanza sulla sicurezza dei movimenti degli aeromobili nello scalo aeroportuale, in mancanza, all'epoca dei fatti, di una norma giuridica attributiva al medesimo di specifici poteri "dispositivi-impositivi" nei confronti dell'Enav o "sostitutivi" in caso di inadempienza o ritardo da parte di tale ente nella predisposizione dei presidi necessari per la gestione in sicurezza del traffico aereo a terra.

<sup>69</sup> Ravvisava in tale disposizione normativa una modalità impeditiva del compimento di atti societari pregiudizievoli anche C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 295.

### 13. La “comunicazione” come contenuto precipuo del potere impeditivo giuridico

La questione della portata di poteri impeditivi mediati è un punto molto delicato, posto che, in genere, si tende ad ampliarne il raggio operativo. Parte della dottrina, in particolare, spostando l'attenzione sulla “*questio facti* della prova della responsabilità”, finisce per qualificare come impeditivo “ogni potere giuridico che può astrattamente (secondo un modello di causalità generale) impedire, agendo su una o più fasi del processo di realizzazione del reato, il verificarsi dell'illecito”, fermo restando la subordinazione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento alla prova che, nel caso concreto, il loro esercizio avrebbe bloccato, oltre ogni ragionevole dubbio, il processo di realizzazione dell'operazione criminosa<sup>70</sup>. Ancora, nella stessa prospettiva, si è osservato che “il potere decodifica uno schema di azione coincidente con un segmento di una procedura nella quale il titolare del potere stesso è immesso” e che detto potere “contribuisce a determinare la previsione legale della fattispecie omissiva, selezionandone modalità di realizzazione alla stregua delle quali il fatto storico sarà, *eventualmente*, giudicato tipico *anche* perché *ex post* rivelatosi causale”<sup>71</sup>.

L'impostazione anzidetta muove da innegabili constatazioni empiriche: da un lato, la carenza o, comunque, la difficile praticabilità di poteri individuali direttamente impeditivi di atti gestori e, dall'altro lato, la complessità dei meccanismi decisionali e operativi all'interno delle strutture societarie che non sempre consentono di modulare a priori l'azione impeditiva. Siffatti rilievi, tuttavia, per quanto veritieri, non possono portare ad uno snaturamento della responsabilità commissiva mediante omissione; in particolare, lo sbilanciamento in favore dell'accertamento concreto *ex post* non può precludere la possibilità di riuscire a orientare già *ex ante* la condotta impeditiva del garante a fronte delle innumerevoli possibilità di azione che gli vengono offerte dagli strumenti giuridici a sua disposizione.

Tale rischio assume contorni ben definiti proprio in campo societario ove, in particolare, è stato caricato oltre misura il criterio dell'agire informato alla base del mandato gestorio (art. 2381, comma 6, c.c.). L'obbligo in questione, infatti, ha come correlato non soltanto il potere di attingere, in ossequio al dovere di diligenza fissato dall'art. 2392, comma 1, c.c., notizie utili allo svolgimento del mandato<sup>72</sup>, ma anche l'obbligo del ragguaglio informativo da parte degli organi delegati, nonché, più in generale, il potere di informare gli organi competenti, segnatamente a fronte della percezione di segnali di pericolo o di situazioni patologiche in relazione alle operazioni da compiere. L'esercizio della potestà di richiedere informazioni agli organi delegati – com'è stato osservato – “sebbene sia espressamente

<sup>70</sup> Da ultimo, F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 334; ID., *La “partnership” pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio e il problema della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo societari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, Jovene, 2011, p. 1784-1785; più in generale, ID., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 165 ss.

<sup>71</sup> A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, Bononia University Press, 2009, p. 294 (corsi dell'Autore).

<sup>72</sup> Cass. pen., sez. V, 16 aprile 2009 (dep. 22 settembre 2009), n. 36595, cit.

configurato come *individuale*, ha come sbocco un *flusso informativo diretto al consiglio*<sup>73</sup>.

L'inerzia rispetto all'adempimento di obblighi comunicativi, tuttavia, non si traduce, automaticamente, nella responsabilità per omesso impedimento dell'evento. A tal fine, infatti, acquistano rilevanza soltanto quelle modalità operative in grado di attivare gli organi legittimati all'adozione degli opportuni provvedimenti impeditivi. Il potere impeditivo, dunque, anche quando attivato in via mediata, deve già astrattamente apparire risolutivo<sup>74</sup>. Conseguentemente, per poter funzionare rispetto alla responsabilità omissiva impropria, l'attivazione dell'intervento altrui deve produrre un effetto inabilitante dell'evento lesivo o dell'attività illecita di terzi.

L'effetto anzidetto non si riscontra in relazione a quei poteri normativi che profilano una mera attività dissuasiva dell'agire di terzi, come nel caso di diffide dal portare a compimento determinati atti pregiudizievoli o comunicazioni inerenti ad irregolarità riscontrate, volte a sollecitare gli organi competenti ad un maggiore controllo o a verifiche più approfondite<sup>75</sup>. Così, dunque, non è in grado di impedire l'attività penalmente illecita degli amministratori la segnalazione, da parte dei sindaci, di irregolarità contabili nella relazione sulla proposta di bilancio *ex art. 2429, comma 3, c.c.*<sup>76</sup>.

Invero, in questo modo, non si realizza alcuna delega dell'intervento ostativo. Perché ciò accada devono ricorrere alcune imprescindibili condizioni. Segnatamente, l'attivazione dell'organo competente deve conseguire all'esercizio di un potere individuale del garante, a sua volta assistito da obbligo. Non può darsi luogo, infatti, alla ben più grave responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento nel caso della mancata attivazione di prerogative che sono considerate meramente facoltative in ambito civilistico.

Non solo. L'organo chiamato ad intervenire in via surrogatoria deve essere in grado di prevenire la concretizzazione del risultato lesivo in essere e, come tale, deve essere fornito di quei poteri di blocco il cui esercizio individuale è, invece, precluso.

#### 14. *Per un ripensamento della natura impeditiva della denuncia e del potere di impugnativa*

Sulla base delle coordinate così tracciate devono, quindi, essere reconsiderati gli strumenti operativi che, usualmente, vengono annoverati tra i poteri normativi di impedimento

<sup>73</sup> M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, cit., p. 385 (corsivi dell'Autore).

<sup>74</sup> In questi stessi termini, L. MANDELLI, *I "sindaci" di s.p.a. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, p. 451 ss. che considera come impeditivi soltanto i poteri "direttamente" risolutivi.

<sup>75</sup> Si tratta di atti che difficilmente possono configurarsi anche solo "astrattamente" come idonei ad impedire l'evento; così, con riferimento specifico a "sollecitazioni, atti di sensibilizzazione, diffide, ecc.", F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 754.

<sup>76</sup> Così F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., p. 609; diversamente, F. STELLA - D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, cit., p. 562.

nel contesto societario.

Nessuna valenza impeditiva nei termini poc'anzi precisati può essere riconosciuta, in particolare, alle diverse forme di denunce sia endosocietarie che extrasocietarie. Si pensi alla denuncia di fatti ritenuti censurabili da parte dei soci al collegio sindacale (art. 2408 c.c.) o, ancora, al Tribunale (art. 2409, comma 1, c.c.), anche su richiesta del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, del pubblico ministero (art. 2409, comma 7, c.c.). In queste specifiche ipotesi, previste dalla normativa civilistica come facoltative, non si realizza alcuna surroga dei destinatari delle denunce nella realizzazione di interventi immediatamente impeditivi che, al più possono conseguire dal coinvolgimento di ulteriori organi (l'assemblea nel caso dell'art. 2408, comma 2, c.c.) o, comunque, dallo sviluppo dell'*iter* procedurale che, soltanto come mera eventualità, anche nel caso di attivazione tempestiva, è in grado di portare ad interventi drastici, quali la revoca degli amministratori e dei sindaci e la nomina di un amministratore giudiziario (art. 2409, comma 4, c.c.)<sup>77</sup>. Senza contare, poi, che, di regola, la denuncia ha una funzione repressiva di fatti già accaduti, che, dunque, mal si concilia con lo schema preventivo dell'omesso impedimento dell'evento delineato dall'art. 40, comma 2, c.p.<sup>78</sup>.

Un discorso analogo vale per il potere di impugnare le delibere assembleari e consiliari contrarie alla legge o allo statuto (artt. 2377, comma 2, c.c. e 2388, comma 4, c.c.), nonché le delibere adottate con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi (art. 2391, comma 3, c.c.). Pur non mancando opinioni contrarie in dottrina<sup>79</sup>, è sufficiente rilevare che, nelle ipotesi prese in considerazione, l'organo investito dell'annullamento non è titolare di un potere inibitorio rilevante ai sensi della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p.<sup>80</sup>, anche quando si tratta di delibere propedeutiche ad un reato non ancora consumato o i cui effetti non sono ancora giunti a compimento.

<sup>77</sup> Ravvisa, invece, nella denuncia *ex art.* 2409 c.c. un efficace strumento impeditivo, se presentata tempestivamente, G. MINNITI, *Questioni aperte in tema di responsabilità omissiva di amministratori e sindaci nella gestione della crisi d'impresa*, in *Riv. dott. comm.*, 2009, p. 331.

<sup>78</sup> F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., p. 610. Negli stessi termini, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., p. 298.

<sup>79</sup> Cfr. A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 518 ss., ora in *Studi di diritto penale societario*, 2<sup>a</sup> ediz., Milano, Giuffrè, 2010, p. 75 ss. e, in particolare, p. 80; cfr., altresì, se pure con posizioni diverse, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 351, che limita l'utilità dello strumento dell'impugnativa alle ipotesi in cui il reato non si sia già perfezionato con l'assunzione della delibera o con la dichiarazione di voto dell'amministratore, nonché F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, cit., p. 757-758, che considera l'impugnativa uno strumento efficace limitatamente ai casi in cui la delibera non sia *self-executing*.

<sup>80</sup> L. MANDELLI, *I "sindaci" di s.p.a. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, cit., p. 464. Diffusamente, sul punto, N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., p. 226 ss.

## 15. I poteri di revoca e di avocazione

Diversa è la situazione che si registra nel caso dell'attivazione, in via mediata, di organi a cui spetta il potere di procedere direttamente alla revoca o all'avocazione degli incarichi gestori, i quali, dunque, sono in grado di frapporre, ragionevolmente, un ostacolo alla verifica di eventi pregiudizievoli per la società.

Rispetto a queste situazioni, tuttavia, un problema si pone semmai nelle ipotesi in cui l'attivazione degli organi titolari dei summenzionati poteri impeditivi può avvenire soltanto a seguito di deliberazione collegiale, rispetto alla quale, al più, ciascun membro può svolgere un ruolo di impulso. È il caso, ad esempio, del "potere-dovere" del collegio sindacale di convocare l'assemblea dei soci (abilitata alla revoca dall'art. 2383, comma 3, c.c.)<sup>81</sup>; detto potere, in particolare, è previsto dalla disciplina civilistica sia come obbligo proprio, qualora nell'espletamento dell'incarico si ravvisino "fatti censurabili di rilevante gravità", per cui vi sia "urgente necessità di provvedere" (art. 2406, comma 2, c.c.), sia come potere sostitutivo, nei casi di inadempimento o ritardo ingiustificato dell'organo amministrativo (art. 2406, comma 1, c.c.).

Poiché l'incombenza anzidetta è esercitata dai sindaci collegialmente, qualora uno dei membri abbia sicura contezza del compimento di fatti illeciti, può (e deve in virtù dei propri doveri professionali) certamente sollecitare l'organo collegiale, ma da tale comportamento non può scaturire alcuna responsabilità per omesso impedimento dell'evento, essendo lo stesso titolare soltanto di un potere pre-impeditivo. Tutt'altro accade all'interno del consiglio di sorveglianza, ove, infatti, la segnalazione fatta dal singolo componente investe direttamente l'organo collegiale di cui fa parte e che è abilitato alla revoca degli incarichi dei componenti del consiglio di gestione a norma dell'art. 2409-terdecies c.c.

Le considerazioni anzidette, naturalmente, hanno una ragione d'essere allo stato attuale della disciplina, dove, infatti, l'esercizio di poteri di blocco, per espressa scelta legislativa, è in grado di trovare applicazione soltanto in casi marginali. È innegabile, però, l'esigenza di intervenire per cercare di presidiare in modo adeguato la materia, ponendo un argine alle derive giurisprudenziali che cercano di sopperire, in via di fatto, alle carenze della disciplina, facendosi carico di un ruolo che non gli compete. Paradossalmente in questa materia, la giurisprudenza procede in modalità accelerata, anticipando, sul versante penale, la regolamentazione e la conseguente punizione di fenomeni che sono, invece, sguarniti di tutela o, al più, forniti di una tutela non adeguata in ambito extrapenale. È evidente, in tale ambito, l'inversione di ruolo del criterio della sussidiarietà, che vuole il diritto punitivo logicamente conseguente alla disciplina civilistica e amministrativa.

In questa prospettiva, ove non si intendesse percorrere la via della previsione di fattispecie incriminatrici *ad hoc*, precludendo il ricorso alla clausola di equivalenza *ex art. 40*, comma 2, c.p. attraverso la previsione di reati omissivi propri per l'inosservanza dei doveri

<sup>81</sup> Così S. AMBROSINI, *Collegio sindacale: doveri, poteri e responsabilità*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. IV, tomo I, *Le Società per azioni*, a cura di N. ABRIANI - S. AMBROSINI - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI, Padova, Cedam, 2010, p. 778-780.

civilistici che hanno arrecato un pregiudizio alla società, una valida soluzione potrebbe essere ricercata nel potenziamento legislativo degli strumenti impeditivi. Ciò, peraltro, non soltanto prevedendo specifici strumenti risolutivi in capo ai soggetti incaricati della gestione o del controllo societario, ma anche potenziando la possibilità di attivare individualmente organi collegiali a cui già compete tale tipologia di poteri.

MARIO PISANI

SULL'ESPERIENZA INVESTIGATIVA ALL'ESTERO  
DI GIOVANNI FALCONE

1. L'antefatto, in qualche modo occasionale, della breve corrispondenza che andiamo a riprodurre è costituito da un resoconto giornalistico da Rio de Janeiro, apparso (senza firma) su *il Giornale* del 23 novembre 1984, p. 8, sotto il titolo: *Falcone dal Brasile: una svolta per tutte le inchieste di mafia il «prestito» di Buscetta agli USA*.

Se ne riporta il testo, per la parte che qui rileva:

“Dietro agli arresti di Vito Ciancimino e dei cugini Nino ed Ignazio Salvo ci sono cose molto più grosse di quelle finora rivelate in Italia: il trasferimento temporaneo di Tommaso Buscetta negli Stati Uniti può dare una svolta decisiva all'inchiesta sulla mafia, le rogatorie in Brasile hanno permesso di fare interessanti riscontri e raccogliere nuovi importanti elementi. Sono queste le valutazioni del giudice Giovanni Falcone e dei suoi collaboratori, secondo quanto è trapelato durante la loro missione in Brasile conclusasi oggi.

La più importante riguarda l'affermazione secondo la quale gli arresti di Ciancimino e dei Salvo sono solo una tappa, anche se importante, nella battaglia contro la mafia e, soprattutto, nella lotta per scoprire le alte sfere. I magistrati sono convinti di avere a disposizione dati che permetteranno loro di fare altri grossi passi in avanti.

L'ottimismo è stato ora rafforzato dalla decisione del ministero brasiliano della Giustizia di permettere l'extradizione temporanea di Tommaso Buscetta negli Stati Uniti. Per gli investigatori italiani questa trasferta offre allettanti prospettive. È in primo luogo possibile che «don Masino», sulla base delle indagini svolte dai magistrati nordamericani, fornisca altre importanti informazioni, apra cioè nuovi capitoli che permettano di raccogliere prove e dati sul settore internazionale della mafia, i suoi traffici ed i suoi legami di cui tanto si parla, ma che spesso è difficile provare.

C'è poi un altro elemento di straordinaria importanza per Falcone ed i suoi collaboratori. Negli Stati Uniti si trova attualmente anche Gaetano Badalamenti, presunto boss mafioso che, è stato confermato nelle rogatorie brasiliane di questi giorni, ha avuto profondi legami con «don Masino». È possibile che vicino a Buscetta, anche Badalamenti decida di parlare. I magistrati siciliani, sulla base dell'esperienza fatta, ci sperano e per questo hanno accolto l'autorizzazione brasiliana alla trasferta di «don Masino» con evidente entusiasmo(...).”

2. Il 30 novembre 1984 lo scrivente inoltrava la seguente missiva a Giovanni Falcone, giudice istruttore presso il Tribunale di Palermo:

Ogg.: Rapporti giurisdizionali con autorità straniere

*Avendo avviato, dal 1981, una rubrica d'ugual titolo sulla nostra rivista – L'Indice Penale<sup>1</sup> – sono molto interessato – ma lo sono anche molti lettori, e non solo italiani – ad acquisire atti, documentazioni ed esperienze in un settore che, oltre ad essere poco esplorato, lascia ben poche tracce, rischiando di nascere e di annegare nei rispettivi fascicoli di causa.*

*Ad evitare ciò, e in qualche modo nell'interesse comune, mi permetto di chiedere se non Le sia possibile raccogliere in qualche pagina i risultati delle Vostre singolarissime e preziose esperienze all'estero di questi ultimi mesi.*

*Ovviamente non mi prefiggo di fissare termini di sorta, anche se il termine breve può forse trar vantaggio dalla freschezza dei dati.*

*Lieto e grato se potrà dare riscontro alla presente (e va da sé che non interessano, in questa sede, le risultanze concrete, e quindi non viene in gioco il segreto istruttorio) formulo i più vivi saluti.*

*(Mario Pisani).*

3. Nonostante i numerosi e gravosissimi impegni del destinatario di quella missiva, non tardava un generoso riscontro alla medesima:

*Tribunale Civile e Penale*

*Palermo*

*Il Giudice*

*(...)*

*Palermo, li 10.12.1984*

*ho letto con attenzione la Sua cortese lettera del 30 novembre u.s. e convengo con Lei circa l'opportunità di raccogliere in qualche modo i risultati delle nostre esperienze all'estero che abbiamo iniziato a compiere circa quattro anni fa.*

*Il tema è abbastanza complesso, poiché riguarda tutta una serie di questioni in materia di assistenza giudiziaria e di estradizione che abbiamo dovuto affrontare e risolvere con le Autorità di diversi Paesi (U.S.A., Svizzera, Francia, Spagna, Belgio, Canada, Brasile, Grecia, Egitto, Thailandia, Inghilterra, Olanda, Germania); spesso le soluzioni sono state di compromesso, data la diversità degli ordinamenti giuridici, ed ispirate dal comune intento di cooperazione.*

*Forse sarebbe opportuno, anche al fine di stabilire se e quali delle nostre esperienze possano presentare aspetti di interesse per la Sua attività scientifica, un nostro incontro nel quale io possa chiarirvi meglio le idee.*

*Le faccio presente, in proposito, che per la mia attività mi sposto spesso a Roma e a Milano, per cui potrebbe essere agevole incontrarci.*

*Il mio numero di telefono dell'ufficio è: 091-(...).*

*Cordiali saluti.*

*Giovanni Falcone.*

<sup>1</sup> Più tardi, nella stessa rubrica (in *Ind. pen.*, 1987, p. 611 ss. e, poi, nel volume *Italia-Stati Uniti – Cooperazione in materia penale*, 2007, p. 183 ss.) apparirà un contributo dal titolo: *Italia-Stati Uniti d'America: gli «accordi» per Buscetta e Contorno e le trasferte dei giudici siciliani.*

La risposta di Falcone, datata come sopra riferito, è significativa sotto diversi profili: l'inizio dell'attività investigativa all'estero in tema di mafia; l'ampia platea dei Paesi dove essa, a suo tempo, si era dispiegata; l'accorgimento pragmatico, se del caso, del "compromesso", nel "comune intento di cooperazione".

4. Per contingenze varie, l'incontro auspicato non ha avuto luogo, e nel frattempo la materia delle indagini all'estero era venuta aumentando a dismisura. Ho incontrato Falcone – ma il nostro argomento non fu più ripreso – soltanto qualche anno dopo, a Roma, in occasione della cerimonia svoltasi, all'interno del Ministero della giustizia, per la conclusione della stesura del testo di codice 1988. Fu, per così dire, il nostro primo incontro di persona, ma, purtroppo – a prescindere da un successivo incontro di tipo epistolare<sup>2</sup> –, anche l'unico ed ultimo<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Si è trattato della corrispondenza relativa alla pubblicazione, nell'*Ind. Pen.* del 1989, pp. 248-259, del saggio di FALCONE, *Lotta alla criminalità organizzata e processo penale*.

<sup>3</sup> Pur collegato al nome e al sacrificio di Falcone – il 24 maggio 1992 ne aveva celebrato la memoria il neo-presidente della Repubblica O.L. SCALFARO (v. *Ind. pen.*, 1992, p. 505) – un ben diverso incontro è toccato in sorte a chi scrive, tra i doveri d'ufficio: l'esame di Procedura penale, nel carcere milanese di San Vittore (luglio 2003), al giovane accusato d'aver approntato il *timer* della strage di Capaci. Le cronache avevano riferito che lo stesso (tre anni dopo) aveva conseguito a Torino la laurea in giurisprudenza, come ergastolano detenuto a Cuneo, presentando una tesi in tema di "art. 41 bis" (!).



**L'angolo dei classici**

*Il mestiere del giudicare.  
Traendo spunto dalla riedizione  
dell'Opera di Dante Troisi*



ETTORE RANDAZZO

IL MESTIERE DEL GIUDICARE.  
TRAENDO SPUNTO DALLA RIEDIZIONE DELL'OPERA  
DI DANTE TROISI:  
"DIARIO DI UN GIUDICE", SELLERIO, 2012

*Parole introduttive*

Il libro quasi introvabile, di cui avevo sentito l'eco ma che non avevo letto, mi fu regalato nel 2007 da Luigi Montanelli, presidente dell'Ordine forense di Cassino e orgoglioso di vantare la presenza di Dante Troisi nei suoi uffici giudiziari. Sellarlo non aveva ancora curato la riedizione. Le poche copie in circolazione erano edite da Mephite e stampate a Cava dei Tirreni. Lo divorai in due o tre giorni. Mi piacque e mi sorprese molto. Lo rilessi senza fretta. Lo cito spesso pregustando la sorpresa di chi non lo conosce.

Perché Dante Troisi, con il suo "diario", ebbe tanto successo? Un successo addirittura prolungato, tanto da venire, come i classici, ristampato a più di sessant'anni dalla prima pubblicazione.

Un po' provocatoriamente potrebbe risponderci che ciò dipende da una overdose di sincerità del tutto inconsueta all'epoca, nonché di umanità di solito mascherata dalla sacralità della funzione. Ma non solo. Troisi, così schietto da esser sanzionato disciplinarmente con la censura per l'accusa sconcertante di aver difamato la magistratura, fu certamente un precursore: primo, e con lo stile asciutto ed efficace di uno scrittore di rango appassionato del suo lavoro, racconta senza ipocrisie e senza fronzoli l'esperienza di un giudice, la sua vita non solo giudiziaria. Il che fece scandalo. Almeno nella magistratura dell'epoca, e comunque nei competenti organi disciplinari.

L'affascinante naturalezza delle sue riflessioni sulle difficoltà e sulle insidie del suo ruolo, mentre i suoi colleghi non "esternavano" ancora alcunché, diede una scossa alla società civile. Eppure la sua non era una denuncia, almeno non lo era consapevolmente. "Solo" il diario rigorosamente franco di un giudice di provincia nell'Italia postbellica. Le sue parole, però, sono taglienti e universali, insolite e inequivocabili.

Il giudice è severo con se stesso, ma l'uomo Troisi non se la perdona: "*mia moglie s'è infastidita... la sua insofferenza s'è insinuata nei bambini nei quali, d'altro canto, c'è un'antica rancore per me, a causa del mio mestiere che finora mi ha impedito di partecipare spensieratamente alla loro vita ...*". Ciò vale ancora per i rimorsi di tanti magistrati, di tanti avvocati, e più in generale di quanti svolgano attività

lavorative troppo assorbenti, talora “prepotenti”.

Qua e là si colgono i dubbi del giudice. Per le decisioni, certo, ma anche per l'opportunità dei suoi scritti: *“Frugo nelle nostre miserie, forse inevitabili, con l'accanimento di un colpevole alla ricerca di un alibi. E mi sento vile, una spia tra giudici”*.

Troisi è attratto dal mistero della sentenza, dal bisogno di conoscere l'imputato, le parti in genere, dal tentativo di saperne di più delle loro pulsioni umane, altrimenti sommerse dalle carte del processo e inaccessibili al magistrato. Sa però di non fare sempre giustizia, constata spesso come la giustizia non sia dell'uomo, e se ne soffre. L'avvocato ha una conoscenza più ricca, il privilegio di conoscere direttamente sofferenze e speranze dei suoi assistiti; e spesso la gioia di vincere, di restituire serenità al suo simile ingiustamente accusato. Il giudice no. Il giudice non vince. È tutt'al più soddisfatto quando non ha dubbi, quando riesce a decidere senza portarsi a casa una sorta di angoscia indefinita, un rimorso silente e ingiustificato per un errore solo possibile, sempre possibile, assolutamente fisiologico.

Ho detto “il giudice”. Avrei dovuto specificare “il giudice senza aggettivi”, come a volte finisco con l'augurarmi di poter dire di ogni giudice, quasi fosse quell'entità astratta e infallibile, *super partes* e perfetta, che immaginavamo un po' tutti prima di frequentare i tribunali. Invece, la giustizia è amministrata dall'uomo-giudice, che inevitabilmente e spesso inconsciamente lascia che i suoi sentimenti si intromettano sull'asettica applicazione della norma. Non sono affatto convinto che ciò sia un male, anche se non vorrei essere frainteso: tutto dipende dalla quantità. Il Paracelso diceva che è la dose a fare il veleno. E il modo peggiore di fare il giudice, a mio parere, è la sostituzione – specie se consapevole – del proprio senso di giustizia a quello, ben più solido e rasserenante, che la nostra civiltà giudiziaria ha tradotto in legge. La sentenza giusta insomma, non è quella che assolve l'innocente e condanna il colpevole in base al fiuto del decidente, bensì quella resa nel rispetto delle regole.

Se mi si chiedesse di concentrare in un paio di citazioni il senso del “Diario di un giudice”, mi ribellerei, obietterei che non è possibile, che sarebbe troppo riduttivo. Ma se proprio fossi costretto, prima di godermi il dibattito, a cui partecipano relatori di grande esperienza e straordinario valore, citerei queste due:

*Terminato il lavoro in ufficio, specie dopo un'udienza, rimango come assente; cessata la tensione, dentro si spalanca un vuoto e la famiglia, le parole che non sono del gergo, le cose che non hanno legame col mestiere, paiono distanti, estranee. E allora mi occorre tornare di nuovo in tribunale, cercare un collega e discutere di ciò che abbiamo fatto sin a poco prima e faremo domani, parlare della carriera, dei superiori. Il risentirmi nella funzione serve da tonico; è lo stesso impulso che spesso porta me e gli altri a passeggiare intorno all'edificio del tribunale, come a montarvi di sentinella, per paura di perderlo.*

*Forse in città è diverso: uno esce e se ne scorda sino a domani; qui, in paese, ovunque è tribunale e ovunque incontri i parrocchiani.*

E poi:

*Oggi è esplosa la bomba H, ma noi ti condanniamo ugualmente, giovanotto, anche se hai raccontato di aver rubato la lega per riscaldarti. Più facile che te la saresti cavata se la tua causa non fosse stata chiamata per ultima. Ora è tardi, non abbiamo tanta volta di discutere e ci accodiamo al presidente che ha molto rispetto per la proprietà privata. E poi nella mente occupata dalle immagini di sterminio suggerite da quell'esplosione non piglia rilievo la tua sorte.*

*Sospetto di essere strumento di vendetta, a volte della vendetta di un uomo contro un altro uomo, a volte del cosiddetto stato contro il resto degli uomini, inermi.*

\* \* \*

La recente riedizione di “Diario di un giudice” è l’occasione per tornare sulla perdurante attualità di un capolavoro della nostra letteratura che come pochi altri affronta, nella complessità dei suoi tanti risvolti, l’esperienza umana del giudicare. Abbiamo chiesto di rileggere l’opera di Dante Troisi a un magistrato, Alessandro Centonze, e a un avvocato, Titta Madia. Di seguito, riportiamo i loro contributi.



ALESSANDRO CENTONZE

LA SOLITUDINE DEI GIUDICI DI DANTE TROISI  
E IL PESO INSOSTENIBILE DELLA BUROCRAZIA GIUDIZIARIA:  
LUNGIMIRANZA CULTURALE O SENSIBILITÀ D'AUTORE?

Quando per la prima volta, un decennio addietro, ho letto il “Diario di un giudice” di Dante Troisi, in una riedizione della Einaudi pubblicata nel 1997 sulla collana “Nuovi Coralli”, a quarantadue anni dalla sua prima edizione della stessa casa editrice, sono rimasto profondamente colpito dallo sguardo, apparentemente impietoso, con cui l’Autore guardava al mondo della giurisdizione al quale apparteneva e agli uomini che, dalla parte più sacrale, lo rappresentavano. La lettura di questo straordinario volume mi era stato consigliato da un vecchio avvocato nisseno di vasta cultura umanistica, con il quale, durante una delle tante pause di un maxiprocesso che ci vedeva contrapposti quali parti processuali in un’aula bunker di Caltanissetta, mi capitava di fermarmi a parlare, più di libri e di letteratura che di giudici e di Giustizia.

Confesso, fin da subito, che quella prima e occasionale lettura del “Diario di un giudice”, conseguente a un’occasionale scambio di battute originato da un mio commento appassionato su un libro di un altro giudice, Salvatore Mannuzzu<sup>1</sup>, ha cambiato il mio modo di vedere i giudici e la Giustizia. In occasione di quella prima lettura del “Diario”, sono rimasto soprattutto colpito dal senso di isolamento che i giudici descritti da Dante Troisi – almeno quelli consapevoli delle proprie responsabilità morali e professionali – vivevano nell’esercizio della propria attività giurisdizionale, in quel microcosmo giudiziario che era la Cassino del secondo dopoguerra; solitudine interiore che, per pochi di loro, era isolamento professionale e straniamento interiore, per la gran parte di loro, un’altrettanto drammatica indifferenza, umana ed etica.

Per questo, quando Fausto Giunta ed Ettore Randazzo, che conoscono la mia insana passione per il “Diario di un giudice” di Dante Troisi, mi hanno proposto di analizzare – dal mio punto di vista di giudice periferico – la fortuna e le ragioni di attualità di quest’opera letteraria, pur consapevole della difficoltà di affrontare

<sup>1</sup> La conversazione che richiamo nel testo nasce da uno scambio di battute con un illustre principe del Foro nisseno, da tempo deceduto, sul romanzo di ambientazione giudiziaria di Salvatore Mannuzzu, intitolato “*Procedura*” del 1988, pubblicato dalla Casa editrice Einaudi nella collana “Supercoralli”.

un tema così complesso in una compagnia così eccelsa, ho accettato con grande entusiasmo la sfida che i due illustri amici mi hanno proposto, impegnandomi ad affrontarla senza alcun pregiudizio professionale o culturale.

Devo aggiungere che, nel corso degli anni, ho riletto il “Diario di un giudice” di Dante Troisi diverse volte e la sua lettura ha finito per costituire una presenza che ha accompagnato la mia vita di magistrato, prima requirente e adesso giudicante, al punto da suggerirne la lettura a quanti – e non solo colleghi – operano nel mondo della giurisdizione, con serenità, con curiosità e con spirito critico. Il “Diario” di Troisi, nel frattempo, da libro di culto pressoché sconosciuto alla mia generazione di magistrato poco più che quarantenne ha finito per diventare un vero e proprio classico letterario, tanto da meritare, nella primavera scorsa, una riedizione da parte della Casa editrice Sellerio di Palermo, con una bellissima postfazione di Andrea Camilleri che giustamente considera quest’opera una riflessione esistenziale resistente al tempo.

Questa recente riscoperta letteraria mi ha fatto rileggere con entusiasmo il “Diario di un giudice” di Dante Troisi. Mi sono così riavvicinato all’inimitabile galleria di ritratti umani appena accennati, quasi epigrafici, del “Diario”, che mi ha lasciato ancora una volta incantato, per la profondità con cui l’Autore si avvicina – riecheggiando le atmosfere memorialistiche e rurali tipiche di George Bernanos<sup>2</sup> – agli imputati inconsapevoli della sua Cassino giudiziaria. Questo sguardo acuto ma pietoso, a mio avviso, costituisce il primo e probabilmente principale motivo di interesse del libro di Dante Troisi, che lo fa ritenere un’opera unica nel panorama nostrano, facendole acquistare, con il passare degli anni, una dimensione letteraria che prescinde dai temi giudiziari affrontati, per acquisire i caratteri di un classico del Novecento italiano.

A questo primo motivo di interesse, in tempi recenti, se ne è aggiunto un altro, che ha finito, se non proprio per soppiantare, quantomeno per affiancare quello principale, costituito dal fatto che lo sguardo con il quale Dante Troisi osserva il mondo della giurisdizione, enucleandone impietosamente i difetti, nonostante i decenni trascorsi dalla prima edizione del volume, risalente al lontano 1955, appare di straordinaria attualità. Di più, la descrizione di una magistratura italiana schiacciata da una gerarchia implacabile e da un’insostenibile pressione burocratica oggi risulta straordinariamente attuale, quasi che Dante Troisi, con la sua sensibilità artistica o con la sua lungimiranza culturale, ne avesse prefigurato – o forse solo temuto – gli sviluppi ordinamentali.

Invero, il peso della burocrazia giudiziaria che per Dante Troisi era soprattutto un retaggio culturale del passato, oggi è ridiventato certezza normativa, a partire

<sup>2</sup> Ci si riferisce, principalmente, a G. BERNANOS, *Diario di un curato di campagna* (1936), trad. it., Mondadori, Milano, 2002.

dalla riforma legislativa del 2007 che ha rivoluzionato l'Ordinamento giudiziario, modificando l'antropologia dei magistrati italiani e spingendoli verso una deriva statistico-quantitativa che ne snatura l'identità, omologandoli. Ed è proprio questa analisi della pressione burocratica, che Troisi avvertiva come il peggiore nemico del giudice e che negli ultimi anni si è concretizzata in una serie di riforme ordinarie vissute dalla magistratura con rassegnazione, a rendere il suo "Diario" una riflessione non solo attuale ma quasi profetica.

In questa prospettiva, non possiamo non constatare che il quadro ordinamentale – e il clima plumbeo che ne conseguiva – descritto con toni a volte amari a volte ironici da Dante Troisi nel suo "Diario di un giudice" è stato nella sostanza restaurato, se solo si considera la visione burocratica che ha orientato i rapporti tra il legislatore, l'apparato ministeriale e il corpo giudiziario, a partire dall'ultima riforma dell'Ordinamento giudiziario, varata nel 2007 dall'allora Ministro della Giustizia Clemente Mastella<sup>3</sup>. Il "Diario" di Troisi, per la verità, non costituisce, se non indirettamente, una riflessione sul funzionamento *latu sensu* amministrativo della giurisdizione, perché i riferimenti alla burocrazia giudiziaria che vi sono contenuti mirano esclusivamente a introdurre spunti di riflessione esistenziale finalizzati a sottolineare come la solitudine del giudice è accentuata dalla presenza di una gerarchia dis-umana e invasiva.

Tuttavia, non possiamo fare a meno di riflettere sul fatto che quelli che, nel "Diario" di Troisi, erano elementi di una riflessione solo indiretta sul funzionamento dell'apparato giurisdizionale sono diventati realtà legislativa, accettata e talora gradita dalla stessa magistratura. A ben vedere, nel considerare la pressione burocratica incombente sulla magistratura italiana non possiamo fare a meno di osservare che, sul piano semantico, la realtà ha abbondantemente superato la fantasia letteraria e più che Dante Troisi dovremmo richiamare George Orwell<sup>4</sup>, se solo si considerano alcuni degli strumenti ordinamentali da ultimo varati per monitorare l'attività giurisdizionale, nei quali si parla di "commissione flussi", "carichi esigibili", "standard di rendimento", con l'evocazione involontaria di una burocrazia opprimente e appunto orwelliana.

Mi sono ripromesso, nell'accingermi a commentare il "Diario", di non utilizzare un gergo per addetti ai lavori, allo scopo di non mortificare la grandezza dell'opera letteraria di cui stiamo parlando, ma il richiamo testuale di un passaggio della recente circolare sulle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti varata dal Consiglio Superiore della Magistratura per il biennio 2012-2014, ci fa compren-

<sup>3</sup> Ci si riferisce alla riforma dell'Ordinamento giudiziario attualmente in vigore introdotta dalla legge 30 luglio 2007, n. 111, fortemente voluta dall'allora Ministro della Giustizia Clemente Mastella.

<sup>4</sup> E soprattutto il suo G. ORWELL (1947), trad. it., *La fattoria degli animali*, Mondadori, Milano, 2001.

dere quanto attuali sono le paure di Troisi, attraverso l'evocazione dell'organismo orwelliano per antonomasia – e purtroppo involontariamente allegorico – della magistratura italiana attuale: la Commissione Flussi (il sostantivo Flussi nella circolare è scritto icasticamente in maiuscolo!).

Nel descrivere, in particolare, la procedura attraverso la quale il Presidente della Corte di Appello deve provvedere alla redazione della proposta di tabella, che è lo strumento organizzativo finalizzato a regolamentare i rapporti interni ed esterni agli uffici giudicanti, la circolare in esame, all'art. 3.2, gli impone, attraverso una farraginoso procedura amministrativa, di «consultare la Commissione Flussi di cui al par. 9 per una più approfondita lettura dei dati relativi ai flussi ed alle pendenze, e i Comitati Pari Opportunità, nell'ambito delle loro competenze istituzionali»<sup>5</sup>.

In questa cornice, è bene ricordare a quanti non lo sapessero che, dopo la pubblicazione del “Diario”, Dante Troisi veniva sottoposto a un procedimento disciplinare per avere diffamato l'intero corpo giudiziario dall'allora Ministero di Grazia e Giustizia on. Aldo Moro. In quella occasione, Dante Troisi vedeva schierarsi dalla sua parte alcuni tra i più autorevoli esponenti del mondo giuridico del tempo come Piero Calamandrei, Arturo Carlo Jemolo e Alessandro Galante Garrone – che lo difendeva nel procedimento disciplinare attivato nei suoi confronti – ma non riusciva a evitare la sanzione della censura che all'epoca a molti sembrava ingiusta, ma che oggi riacquista un sapore di amara attualità.

A ben vedere, è proprio questo approccio intimistico e antiburocratico a farci comprendere le ragioni della fortuna del “Diario” di Troisi che costituisce una riflessione ineguagliabile sulla solitudine del giudice, sulle difficoltà della sua professione e sullo scollamento quasi irreversibile tra la giurisdizione e gli imputati, che però il nostro Autore guarda sempre con comprensione.

Nel suo “Diario”, infatti, Dante Troisi descrive un imputato inconsapevole culturalmente, convinto della correttezza della propria condotta e incapace di cogliere il significato dalle regole giuridiche funzionali alla regolamentazione dei rapporti sociali che ha violato. Questa inconsapevolezza dell'imputato, a sua volta, viene fronteggiata da una magistratura parimenti inconsapevole, sia pure sotto il versante etico-comportamentale e comunque incapace di valutare le ragioni delle condotte delittuose dei propri giudicati e unicamente preoccupata dai condizionamenti burocratici impostigli dai propri vertici, con un approccio alla propria attività giurisdizionale che, dopo la riforma ordinamentale del 2007 di cui si è già detto, ha riacquisito un sapore drammaticamente attuale.

Questo approccio, tuttavia, non possiede i toni anch'essi incomparabili ma sar-

<sup>5</sup> Si veda, in proposito, la Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il biennio 2012-201, in [www.csm.it/circolari](http://www.csm.it/circolari).

castici utilizzati da Piero Calamandrei nel suo “Elogio”<sup>6</sup> – di cui rappresentano un aggiornamento mirabile le riflessioni deontologiche di Ettore Randazzo<sup>7</sup> – privilegiando Dante Troisi una dimensione interiore dei suoi ritratti umani, perseguita ponendo al centro della sua riflessione, in una drammatica contrapposizione esistenziale, quasi epica, l'imputato e il suo giudice.

Esemplare, da questo punto di vista, è un passaggio del “Diario” in cui Dante Troisi descrive l'approccio umano che ogni giudice dovrebbe avere nei confronti degli imputati che giudica: «Si dovrebbe imporre ai giudici di osservare quanto accade mentre gli altri giudici sono in camera di consiglio. Almeno una volta al mese, mescolarsi alla folla dietro la transenna, guardare gli imputati, i testimoni, gli avvocati; soprattutto guardare gli imputati quando suona il campanello che annuncia il ritorno del collegio per la lettura del dispositivo della sentenza. Non dimenticheranno gli occhi sul crocefisso o sul difensore che pare possa ancora aiutarli, la mano sulla spalla della madre o della sposa, l'espressione di fiducia, di rimorso, la silenziosa promessa di ravvedimento»<sup>8</sup>.

Questi aspetti, a mio parere, finiscono per rendere il “Diario” di Troisi, a più di un cinquantennio dalla sua pubblicazione, l'opera letteraria che, con maggiore efficacia, descrive la difficoltà di esercitare la giurisdizione nella società moderna, proponendo una figura non oleografica di magistrato che è angosciato, allora come oggi, da una burocrazia giudiziaria che privilegia il dato quantitativo al dato qualitativo. Basti pensare, per comprendere la grandezza del “Diario”, alla distanza che separa i giudici tormentati di Troisi dai giudici eroici di un'opera quasi coeva, come “Piccola pretura” di Giuseppe Guido Lo Schiavo<sup>9</sup>, che oggi ci appare irrimediabilmente datata e di sapore ottocentesco.

Mi piace concludere questo commento al “Diario di un giudice” di Dante Troisi, richiamando un passaggio nel quale si sintetizza il timore reverenziale del magistrato collocato in una posizione apicale – in questo caso il presidente del suo tribunale di Cassino – di fronte alla burocrazia giudiziaria e ai propri superiori, descritto con un'incomparabile ironia. Timore reverenziale che, in tempi recenti, è ricomparso con rinnovato vigore nei “presidenti” nostrani, in conseguenza dell'introduzione della procedura di conferma quadriennale da parte del Consiglio Superiore della Magistratura dei magistrati che svolgono funzioni direttive e semidirettive prevista dagli artt. 45 e 46 del D. Lvo 5 aprile 2006, n. 160, a sua volta conseguente al prin-

<sup>6</sup> Ci si riferisce a P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici. Scritto da un avvocato* (1935), Ponte delle Grazie, Milano, 1999.

<sup>7</sup> Ci si riferisce a E. RANDAZZO, *L'avvocato e la verità*, Sellerio, Palermo, 2003; ID., *La giustizia nonostante*, Sellerio, Palermo, 2006.

<sup>8</sup> Così D. TROISI, *Diario di un giudice* (1955), Sellerio, Palermo, 2012, p. 77.

<sup>9</sup> Ci si riferisce all'opera di G.G. LO SCHIAVO, *Piccola Pretura*, Colombo, Roma, 1948.

cipio di temporaneità delle funzioni dirigenziali medesime<sup>10</sup>.

Ancora una volta, dunque, torna di attualità la riflessione letteraria di Dante Troisi e la sua visione quasi profetica del mondo della giurisdizione italiana.

A proposito dell'inizio di una giornata di lavoro del suo presidente, Dante Troisi racconta magistralmente: «Appena arriva in ufficio, il presidente si precipita in cancelleria; gli tremano le mani mentre fruga nella posta per accertarsi se vi sono lettere dei "superiori". Noi attorno gli sorvegliamo il viso e quando un afflusso di sangue gli imporpora le guance è segno che non ha trovato nulla e tira il fiato; se invece serra le mandibole e le braccia gli si irrigidiscono, vediamo le dita stringere la busta con una repulsione a stento dominata dalla riverenza: adagio adagio la cava dalle altre e dilata le narici come per fiutarne il contenuto. Vive infatti con una paura continua non già di non saper fare il giudice, ma di non riuscire in qualche cosa gradito al superiore»<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Per inquadrare questi profili ordinamentali, con particolare riferimento al principio di temporaneità delle funzioni direttive e semidirettive previsto dagli artt. 45 e 46 del D. Lvo 5 aprile 2006, n. 160, sconosciuto alla maggioranza degli stessi operatori del diritto, è indispensabile rinviare al Testo Unico sulla dirigenza giudiziaria approvato dal Consiglio Superiore della Magistratura con delibera del 30 luglio 2010, in [www.csm.it/delibere](http://www.csm.it/delibere).

<sup>11</sup> Così D. TROISI, *Diario di un giudice*, cit., pagg. 52 e 53.

TITTA MADIA

RILEGGENDO “DIARIO DI UN GIUDICE” DI DANTE TROISI

Forse proprio con “*Diario di un Giudice*” – libriccino scritto da un ignoto e giovane Magistrato di provincia negli anni '50 – iniziò quella, non indolore, rivoluzione giudiziaria e culturale che ha portato il processo penale ad occuparsi anche di ricchi e potenti (insieme agli “*ultimi*” della nostra comunità) ed a rendere reale e concreto il precetto costituzionale secondo il quale “*la legge è uguale per tutti*”.

E non stupisca che tale perentoria affermazione – che rende un merito storico al Giudice – scrittore Dante Troisi – provenga dal nipote ed anche omonimo di quel Signore, citato a p. 233 del volume edito da Sellerio, in una nota del “*grande*” Andrea Camilleri il quale ricorda che “*un anno dopo la pubblicazione, e precisamente il 12 luglio 1956, durante una seduta in Parlamento, il noto avvocato e deputato fascista Titta Madia accusò Troisi d'aver scritto un libro diffamatorio sulla Magistratura.*”

Non ho memoria di questo episodio che fu l'inizio del procedimento disciplinare che condusse la vicenda professionale del Giudice Troisi prima alla sanzione e – dopo alcuni anni – al prematuro abbandono della Magistratura, Ordine che aveva manifestato – con chiarezza e durezza – di volersi liberare di una cellula indisciplinata che si era annidata al suo interno.

Qui il commentatore lascia il posto al testimone, perché ho conosciuto Dante Troisi, sia personalmente, sia attraverso il racconto di mio Padre, Nicola Madia, Avvocato penalista sommo, senza infingimenti appartenente alla medesima fede politica del suo illustre genitore Titta Madia.

E ricordo benissimo che Nicola Madia aveva una stima speciale per Dante Troisi, con il quale conversava spesso, senza reciprocamente celarsi le divergenti opinioni e senza nascondere l'ammirazione per il coraggio di un'autonomia di pensiero che gli costava il sacrificio della “*carriera*”, ma che lo rendeva un “*giudice*” senza padroni e senza paure.

E ricordo benissimo – scusate se mi dilungo nella testimonianza, ma credo che non sia priva di significato – la cortesia, la sorridente accoglienza con la quale mi costituì a verbale come difensore (ero proprio alle prime armi) di un povero “*diavolo*” imputato di furto di autoradio e l'attenzione che prestò alle mie ardite tesi giuridiche sulla ricorrenza delle multiple aggravanti contestate (allora il furto di autoradio poteva costare 3 o 4 anni di reclusione, tutti da scontare) che, in qualche parte, furono pure accolte.

Io – Titta Madia jr – nipote di quel suo iniziale persecutore (a dire il vero qualcosa avevo sentito da mio Padre, ma non in termini così precisi come rievocato da Camilleri) posso testimoniare che Dante Troisi non solo non usò nei miei confronti alcun trattamento discriminatorio o semplicemente e subdolamente distante, ma fu sempre gentile ed accogliente, come colui che vola più in alto dei sentimenti comuni, che comuni sono agli uomini di ordinaria sensibilità.

Perché, con certezza, Dante Troisi era un rivoluzionario e come tutti coloro che sentono, prima degli altri e contro tutti gli altri, i grandi cambiamenti della storia aveva una sensibilità umana diversa dagli altri.

Vi racconto un episodio – vero – del quale in pochi conservano memoria (neppure Camilleri lo racconta) ma che allora colpì tanti giovani avvocati e magistrati e che fu riportato in qualche trafiletto della cronaca giudiziaria dei primi anni '70.

Nell'aula della VI Sezione del Tribunale, presieduta da Troisi, comparve un giovane imputato di furto aggravato perché, entrato in un negozio di divise da cameriere, aveva indossato, per provarla, una giacca bianca (gallonata e con i bottoni d'oro) e si era allontanato con essa senza pagarla. Al richiamo del negoziante, cui la giacca era stata sottratta, il giovane era stato prontamente fermato ed arrestato per il “grave” reato di furto con destrezza.

Il Giudizio, celebrato con il rito direttissimo, si concluse con una mite condanna e con la sospensione della pena, essendo apparsa del tutto verosimile la versione dei fatti resa dall'imputato: *“avevo trovato un posto di cameriere, che richiedeva però il possesso, da parte dell'assunto, della giacca da lavoro.*

*Non avendo i soldi per acquistarla, ma avendo bisogno del lavoro ho pensato che l'unica possibilità era un 'prestito coatto', che sarebbe stato restituito con il primo stipendio”.*

All'uscita dalla camera di Consiglio il Tribunale presieduto da Troisi (facevano parte di quel Collegio Ciccio Misiani – Giudice ed Avvocato indimenticabile – ed un giovanissimo Biagio La Cava – anch'egli uomo proba e saggio) sorprese tutti.

Dopo la lettura della sentenza, Troisi invitò i presenti ad una ... “colletta” per comprare la giacca bianca a quel giovane condannato, che gli consentisse di assumere l'agognato posto di lavoro.

E così dal P.M. agli avvocati e persino i testimoni di altri processi ed ancora gli imputati che attendevano il loro turno, tutti si misero le mani in tasca (i primi furono i Giudici) fino ad arrivare alla somma necessaria perché la “giacca bianca” potesse restare nella disponibilità del ladro e non del derubato.

Ma sarebbe riduttivo ricordare Dante Troisi solo come un “uomo buono”, perché lui fu un rivoluzionario e il manifesto della sua civile rivoluzione è “*Diario di un Giudice*”.

La Giustizia, negli anni 50 (e – sempre meno – fino ai nostri giorni) era un *instrumentum principis*, usato con la severità della spada nei confronti degli “ultimi”

e con l'equilibrio della bilancia nei confronti di quei rarissimi "amici del principe" che, casualmente, incappavano nelle sue maglie.

Ed il Giudice era il braccio armato di questa Giustizia di "classe".

Le aule erano occupate solo da ladri, ma non ladri di regime, ma ladri *tout court*, perché il reato che popolava la Giustizia era il furto.

Furto di automobili, di portafogli, di autoradio o furto di appartamento (nei casi più gravi – ma con pene anche di sei o sette anni di reclusione, tutti da scontare), ma anche furto di polli o di mele o di generi di prima necessità, insomma le aule di Giustizia erano affollate di "poveri disgraziati".

Perché – ciò è ovvio – chi ruba normalmente ha bisogno di rubare.

Allora non si conosceva la droga, solo ogni lustro scoppiava uno scandalo di regime, non infrequente era il processo al "pappone" della prostituta, ma non la escort che siamo abituati a conoscere oggi e neppure il "play boy" con Ferrari e casa in Costa Smeralda che procaccia le flessuose donnine al potente di turno: no quel pappone era uno sdentato di periferia che non aveva la capacità ed il coraggio di rubare e si nascondeva dietro una malcapitata "battona" di marciapiede.

Troisi vedeva questi disgraziati come "gente che ha sbagliato e bisogna fare Giustizia ... ora sono io la sentinella e l'aula di udienza è la torretta da cui prendo la mira" (p. 22).

Ma è vera Giustizia?

Forte con i deboli e debole con i forti?

Arrivano i primi dubbi, che allora non scalfivano alcuno di quei "mandarini" che, pomposamente, sedevano sull'alto scranno del Giudice.

Il dubbio non era categoria del Giudice, che è bocca di verità, ma il dubbio at-tanaglia il buon Giudice e Troisi cita "un processo letto due volte la prima in ufficio e B.R. è sicuramente colpevole: domani non potrà sottrarsi alla sua pena.

Poi mi sveglio in piena notte, riprendo, in mancanza del giornale, il fascicolo e B.R. è un altro" (p. 449).

È solo il buon Giudice d'allora, è solo ad accusare, a difendere, a giudicare.

Sono così lontani i tempi del contraddittorio, della formazione della prova in dibattimento, della parità delle parti; il giudice è solo, e chissà cosa c'è dietro la povera storia di quel B.R. manoscritto sull'intestazione di un fascicolo.

L'Avvocato è di aiuto, sì, forse, ma è un aiuto da poco.

Non è un tecnico del diritto, che riporta le ragioni ad una norma ed alla sua corretta interpretazione, è un professionista delle astuzie e dei trucchi della professione che "contro queste mura di articoli del codice, si affatica per aprirsi una breccia, una feritoia, tentando di scoprire la natura, le inclinazioni, le tendenze che nel magistrato s'impastano con le norme che applica" (p. 48).

Insomma un altro povero diavolo che deve destreggiarsi tra piccole furberie e costante piaggeria dell'uomo Giudice, dal quale – e solo da lui – dipendono le sorti

del suo cliente (e dei “*robusti profitti che un avvocato ricava da una causa*”. Oh se Troisi avesse saputo quanti avvocati sono morti in povertà assoluta!) (p. 50).

Ed i Magistrati com'erano?

Tanto diversi da quel Giudice di provincia.

Allora valeva il detto – diventato un titolo di un bel volume di un altro Magistrato di quei tempi – che stabiliva che “*La Giustizia è il Giudice*” ovvero non ci sono regole strette, una disciplina complessa che lascia poco spazio all'arbitrio del giudicante e dunque “*la Giustizia penale contiene troppo del caso, dello stato d'animo, perché egli (l'avvocato) si abbandoni alla fiducia nei suoi mezzi*” (p. 50).

La Giustizia degli anni 50 – ed ancora, ma sempre di meno, nei decenni successivi – oscillava tra paternalismo ed autoritarismo, cosicché la causa aveva la sua stella, benigna o maligna, a seconda del Giudice cui capitava.

E d'altronde i “clienti” del Giudice penale erano tutti “poveracci”, carne da cannone, ai quali toccava pietà o rigore a seconda dell'umore del giudicante.

Troisi appartiene alla categoria dei pietosi e come poteva diversamente dinanzi a quella donna che dice “*ho quarantacinque anni, non so leggere e scrivere, ho sei figli.*

*Dichiaro che unitamente ai miei figli Marianna, Antonio ed Angelo, la sera del 18 uccidemmo mio marito a mezzo di strangolamento*”.

*Mio marito esercitava nei confronti di tutta la famiglia trattamento inumano, facendoci mancare financo gli alimenti per il sostentamento.*

Tutto “*Diario di un Giudice*” è un susseguirsi di storie di una povera umanità che monta, in chi dovrà giudicarla, un lento ma inesorabile impulso di ribellione verso una “*casta*” di giustizieri insensibili all'ingiustizia di fondo che si nasconde sotto l'abito buono della sentenza pronunciata “*in nome del popolo italiano*” (p. 58).

Ed è qui che Troisi sbotta, nelle sue storie di Giudice del quotidiano di paese, che lo tormentano (e con lui tormentano la famiglia che della sua inquietudine avverte il disagio) e lo conducono al “*je accuse*” contro la sua stessa “*casta*”: “*La Magistratura è ancora tabù; i giudici debbono essere considerati gli intangibili ministri della divinità e soltanto a membri dello stesso ordine è permesso, con le cautele necessarie perché la voce non giunga all'esterno, muovere non dico critiche, ma esprimere sommessi pareri*”.

Insofferenza all'appartenenza ad un organismo castale, che di sacerdotale ha la “*retorica difesa della dignità, del decoro e simili attributi: astrazioni che unitamente alle smodate ambizioni di carriera svuotano di umanità la funzione*” (p. 77).

Queste, insieme ad episodi di miserie umane – non più dei giudicabili, ma dei giudicanti – queste riflessioni costarono a Troisi la carriera e la funzione di Magistrato.

Diritto di opinione?

Dovere di critica?

Espressioni di un diffuso sentire?

“Ma mi faccia il piacere” avrebbe detto Totò; allora era impensabile accusare “*la casta*”, perché come tutti i rivoluzionari Troisi parlava bene, ma parlava troppo presto.

I tempi non erano ancora quelli giusti.

Il Giudice di paese (Troisi era a Cassino che faceva “*Giustizia*”) denuncia alla Nazione un’arretratezza culturale e giuridica da far paura, proprio lui, quel piccolo Magistrato che giudicava il furto di un’oca e le relative indagini dei carabinieri con annesso rapporto di P.G.

È sferzante con tutti il giovane Giudice di paese: con l’avvocato che al passaggio del Magistrato “*si scosta, quasi piegato in due per cedervi il passo*” (p. 113) e con i suoi colleghi “*trovano il terreno spianato dalle tradizioni di famiglia, dalle conoscenze, dagli intrighi con le forze politiche .... Oggi si ha bisogno della protezione di un Cardinale o almeno di un Vescovo ... per essere promossi*” (p. 118).

E c’è qualcuno che rimpiange quei tempi e quella Giustizia!

Dante Troisi era comunista, così lo vedevano i suoi colleghi, gli avvocati ed anche gli imputati che a lui chiedevano una benevolenza di “*classe*”.

Ed anche questa sua scelta di campo era antesignana di un tempo – che sarebbe arrivato almeno dopo dieci anni – in cui la Magistratura si sarebbe differenziata per categorie ideologiche di appartenenza, dove quella di sinistra o apertamente marxista avrebbe introdotto nella Giustizia tutto il bene e tutto il male che ancora ci portiamo addosso.

E del comunista, duro e puro, confessa, involontariamente, l’intolleranza per la libertà della professione forense, che talvolta bonariamente irride, talvolta violentemente accusa con il “*disgusto delle mani che gli avvocati agitano senza posa e che tu vedi sporche di soldi intascati poco prima di parlare*” (p. 195).

Il contraddittorio è inutile perché “*le arringhe dei difensori non hanno alcuna influenza nella sua convinzione (del Giudice) formatasi in anticipo con la lettura del fascicolo*” (p. 196).

Santo art. 431 del nuovo codice di procedura penale!

E qui qualche riflessione di chiusura.

\* \* \*

Dante Troisi è stato un rivoluzionario e, come tutti quelli che hanno anticipato i tempi ed i sommovimenti culturali, lanciò un vento di aria pulita ed insieme un germe malefico.

La sua rivendicazione di autonomia ed indipendenza era considerata ribellione, ma oggi costituisce il conquistato ed insopprimibile presidio della nostra Magistratura, non obbediente a ordini o soggiacente a nascoste collusioni con alcun potere.

Non ci possono essere nè Cardinali, nè Banchieri, nè Senatori né Presidenti che

condizionino il Magistrato, chè la sua professione è, per Legge, separata (e così indifferente) da qualsiasi esterno condizionamento.

Garanzia assoluta per i più deboli ed anche per i più forti quando la ruota gira e si trovino ad esser diventati, essi stessi, dei deboli.

Ma il cattivo germe della Giustizia ideologica non deve essere miscelato in una incondizionata esaltazione dello spirito libero di Troisi, annacquando il ricordo di una malattia della quale ancor oggi non si vede completa guarigione.

Troisi vedeva in sè il Giudice paladino della Giustizia ideale, anzi no ideologica, che giudicava il “chi sei” e non il “cosa hai fatto”, dividendo il mondo in buoni o cattivi a seconda del ruolo sociale ricoperto.

Al centro del processo c'è il Giudice, che rende inutili le parti, superflue le regole, asservita all'ideale la Legge.

E gli ideali sono etici e quindi politici, risolvendosi prevalentemente nella guerra al potente, nella difesa del debole, in una visione di lotta di classe che deve sopraffare il gioco democratico della rappresentanza parlamentare.

Lotta al sistema, Giudice protagonista della rivoluzione politica, sentenze strumento di realizzazione ideologica dei precetti etici, insomma tutto quello che oggi ci fa inorridire e che ieri era pane quotidiano della cronaca giudiziaria.

La degenerazione assoluta del sistema giudiziario si riscontrò con i cosiddetti “pretori d'assalto” che inventavano leggi inesistenti secondo i principi dell'interpretazione evolutiva; ed ancora in processi politici, per reati eversivi, gravissimi, da Corte d'Assise, che miravano ai nemici politici dell'epoca; ed ancora ai Giudici del lavoro che rendevano ingovernabili le fabbriche con il predicare la lotta costante del lavoratore contro il “padrone”; ed anche con il perdonismo indiscriminato nei confronti dei facinorosi violenti e provocatori che in piazza attaccavano le Forze dell'Ordine, spesso qualificate fasciste solo perché tentavano di mantenere l'ordine pubblico.

Una degenerazione insopportabile dello Stato democratico, dove il Giudice politico usava la manipolazione dei fatti e della Legge per imporre violentemente un'ideologia settaria ed autoritaria.

Il tutto dissimulato dietro una sorta di missione sacerdotale e salvifica.

Ecco Troisi era anche questo, ed anche in questo ha anticipato la successiva storia della Giustizia italiana.

Che per fortuna non si è realizzata come “quei Magistrati” sognavano.

Ed oggi la malattia del Magistrato politico non è guarita, ma è certamente attenuata.

Oggi al centro del processo vi sono le regole e la logica, non più il Giudice con i suoi umori caratteriali o ideologici.

Il contraddittorio è essenziale e la prova la formano le parti dinanzi ad un Giudice muto (o quasi) in luogo di quello straripante di allora.

Le legalità e la logica sono i beni del processo che i vari gradi di giudizio sono chiamati rigorosamente a controllare.

Insomma esiste il Giudice buono o cattivo, quello ideologico o imparziale, quello preparato o sciatto e certo il Giudice è importante per le sorti del processo, ma non più importante delle norme e della logica, protagoniste assolute del dibattito giudiziario e sbarre di una gabbia dalla quale è difficile evadere.

Sì, certo, ancora oggi sopravvive la figura del Giudice politico, epigono ritardatario di un tempo antico e dimenticato, popolato dagli eredi del romantico Giudice di Cassino.

Ma sono pochi, oggi, per fortuna, e sempre più isolati da una corporazione che ha rivalutato l'imparzialità quale attributo qualificante, anche e solo per la sopravvivenza dei privilegi ancora detenuti.

Insomma Troisi che riteneva di rendere buone sentenze perché era "buono" e "comunista" oggi è stato riesumato da un archivio polveroso, così come si riascolta una vecchia canzone la cui melodia appartiene ad un passato lontano: quel passato che Faulkner diceva "*non è mai morto, anzi, forse, neppure passato*".



# **La biblioteca del penalista**



ANTONIO VALLINI

IL GUIDATORE CONTROMANO E IL GUARDIANO DEL FARO

Recensione a Winfried Hassemer, Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale

(*Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*,

trad.it., note e cura di Domenico Siciliano, il Mulino, 2012)

1. «Da moltissimi anni coltivo il desiderio di rendere il diritto penale più accessibile a lettori che osservano con attenzione il loro mondo, seppure non attraverso la lente del diritto [...]. E mi sono sempre meravigliato che non esistesse una tale trattazione della natura delle pene e del diritto penale. Tanto più che il diritto penale – a differenza di molti altri ambiti giuridici – non è un ambito asettico, ma un’istituzione ricca di risvolti stimolanti. Il diritto penale è in stretto rapporto con la nostra esperienza quotidiana».

Dando credito alla prefazione, il volume che siamo chiamati a recensire sarebbe poco più d’una “chiacchierata” intavolata da «uno dei più influenti penalisti viventi» (così in quarta di copertina) con il lettore “non addetto ai lavori”. O forse – suggerisce il sottotitolo originale – un’arringa volta a suggestionare una giuria popolare. O forse, addirittura, soltanto un’opera divulgativa.

Pecca un po’ di civetteria, questa dichiarazione di intenti, eppure c’è del vero. Di certo possiamo dire che Winfried Hassemer non parla come lo studioso blasonato, in fase conclusiva di una luminosa carriera, che istruisce il pubblico sulle verità attinte da una pluridecennale riflessione ed esperienza. Se questo volume è una lezione, è, prima di tutto, una impareggiabile lezione di modestia. In essa si manifesta una rara capacità di mettersi in discussione; mettere in discussione, in particolare, la dimensione “iniziatica” delle proprie competenze, ricorrendo a un linguaggio colloquiale, condito di interiezioni, modi di dire, metafore che si ispirano a un immaginario quotidiano, punti di domanda che danno al discorso l’andamento di un flusso mentale spontaneo, aperto e dubitativo (non deve essere stato semplice il lavoro di traduzione).

Non per questo, tuttavia, si può parlare di un’opera divulgativa. Tutt’altro: la divulgazione non è l’occasione per verifiche critiche e problematiche, per un atteggiamento interlocutorio. Semmai, per ben funzionare, pretende l’esposizione di poche acquisizioni certe (o che si fanno passare per tali), tradotte in nozioni circoscritte.

Al contrario, questo è un contributo profondamente scientifico. Proprio in quanto lezione di modestia, è lezione di metodo. Lo specialista si spoglia, nei limiti del possibile, della toga weberiana dello scienziato che può “approfittare” di una superiorità culturale e tecnica, rispetto ad un uditorio non altrettanto attrezzato,

per indossare gli abiti *casual* dell'interlocutore non viziato dalle precomprensioni che la cultura specialistica impone. In questo modo, egli riesce a porre a se stesso quesiti schietti ed incisivi (ricordano, a tratti, quelle domande che capita di ricevere da certi studenti, che proprio per la loro ingenua essenzialità fanno vacillare le nostre certezze di docenti); si costringe a una forma perplessa; colloca lungo il percorso argomentativo molteplici premesse per una possibile falsificazione di quel che va dicendo, procedendo a sua volta per falsificazioni di idee che si crederrebbero consolidate. Non a caso, la "Scuola di Francoforte" – di cui Hassemer, è noto, costituisce una delle punte di diamante – si è affermata più come ginnasio di libero e variegato pensiero, che non come l'ennesimo fortino adibito alla difesa di una qualche dogmatica.

Pertanto, "Perché punire è necessario" si rivolge anche e soprattutto ai tecnici, proponendo testi e sottotesti apprezzabili da letture colte. A simili interlocutori Hassemer propone, prima di tutto, un esercizio di metodo, e non solo per quanto scrivevamo poc'anzi. Il volume rinnova, infatti, quell'approccio che ha reso unico il pensiero dell'illustre autore: multidisciplinare, sensibile alla dimensione reale – "sociologicamente" rilevabile – del fenomeno punitivo; fenomeno che si intende governare, muovendo da principi di ispirazione liberale e costituzionale, da declinare in proposte di regolamentazione orientate alle conseguenze; misurate, queste ultime, con lo strumentario del criminologo. Una strada che conduce – con qualche curva – verso una mediazione costruttiva, senza compromessi al ribasso, tra il diritto penale "classico" (quello dei principi, dei limiti, e degli istituti che da essi si possono trarre, secondo un procedimento mentale quasi deduttivo) e il diritto penale "moderno" (quello, cioè, attento alla necessità di governare fenomeni non immediatamente offensivi, però disfunzionali rispetto a lati programmi di tutela e prevenzione, tipici della società della complessità e del rischio).

2. Quanto, poi, ai contenuti, sembra cogliersi a un primo approccio un condensato e una sintesi del pensiero di Hassemer: la teoria del bene giuridico e della prevenzione positiva, la critica al diritto penale del nemico e della "sicurezza", il diritto penale inteso come controllo sociale formalizzato e irretito da procedure, l'alternativa dei sistemi extrapenali di gestione dell'illecito e della devianza. Non fosse che la nozione di sintesi evoca una rappresentazione conclusa di un processo meditativo, mentre le pagine di questo *plaidoyer* propongono ben poco di definito (giusto alcuni "paletti" oltre i quali nessuna accezione di diritto penale può permettersi di andare, se non a costo di modificare le strutture più profonde della nostra convivenza civile: si pensi, ad esempio, alla proibizione della tortura *in ogni caso*, o alla dignità umana quale fonte di un divieto di "cosificazione" di *qualsiasi* individuo). Esse, al contrario, contengono una ampia sequela di domande, cui cor-

rispondono risposte che a loro volta anticipano programmaticamente altre domande, quasi che lo scienziato alla fine di un percorso di riflessione durato un'intera vita potesse trarre dai suoi archivi molte ipotesi di ricerca, poche soluzioni.

Ma, in fondo, come altro potrebbe apparire, il fenomeno punitivo, se non sfaccettato e irriducibile, allo sguardo di chi ha la possibilità di cambiare varie paia di lenti (quelle del sociologo, del criminologo, del teorico, del sostanzialista, del processualista, del costituzionalista – e del giudice costituzionale), sì da poter intravedere la genesi multifattoriale del fenomeno medesimo, le tensioni opposte che ne modellano le forme, sino a renderle per niente geometriche? L'importante è saper distinguere quali occhiali offrono una visione *descrittiva* dei moti che storicamente determinano le opzioni del potere punitivo, quali, invece, consentono visuali *pre-scrittive*, che focalizzano il “dover essere” della giustizia penale, cui quel potere *bisogna* che s'adegui. Sovrapposizioni ottiche sarebbero deleterie, ed Hassemer – proseguendo nella metafora – è uno dei migliori oculisti sulla piazza. Deleteria, nella sua portata riduttiva e mistificatoria, l'illusione che il dover essere senz'altro corrisponda all'essere, che le astratte teorie della pena, le dogmatiche del reato e i principi del “giusto” processo interamente esprimano l'essenza del potere punitivo; deleteria, altresì, per le sue implicazioni illiberali, in quanto abdicazione da un ineludibile impegno critico, la convinzione che quel potere non possa che corrispondere a quello che “naturalmente” tende ad essere, a quello che storicamente, di volta in volta, viene proposto.

Tentiamo, a questo punto, una rielaborazione e un riepilogo degli argomenti proposti da Hassemer, che non seguirà l'ordine dei capitoli e dei paragrafi, e neppure proverà a dar conto della ricchezza delle suggestioni, delle esemplificazioni, degli *excursus* (alcuni dei quali aprono scenari di tale ricchezza tematica da meritare una recensione a parte: come il capitolo XIV, dedicato alla giustizia minorile, ove si propone un diritto penale che ancora si dibatte tra le istanze della sicurezza e del personalismo, ma che risponde a logiche significativamente differenti, persino in contraddizione con quelle sino a quel momento trattate, stante la peculiare, indefinita, cangiante personalità dei destinatari dei precetti e del processo). Né rievocheremo, nel dettaglio, le molte norme dell'ordinamento tedesco chiamate in causa, il cui testo è accuratamente riportato in appendice (sicché – merita segnalarlo – questo libro è anche un utile supporto per il comparatista).

L'“arringa” dello studioso di Francoforte si apre con un'analisi volutamente superficiale e intuitiva dei nessi tra diritto penale e “senso comune”. E col senso comune immediatamente viene a compromessi, proponendo un parallelo persino scontato: tutti si sentono “esperti” e in grado di fornire indicazioni sul diritto penale, in virtù di una pseudo-comprensione istintiva, tanto quanto tutti si atteggiano a tecnici di una partita di pallone vista alla tv. Ma come è ben altra cosa il calcio vissuto sul campo, rispetto a quello trasmesso sullo schermo, così questa classe diffu-

sa di intenditori improvvisati giudica i processi punitivi per quel che ne percepisce da dietro una cortina mediatica, senza una reale comprensione di certe dinamiche specifiche, delle ragioni di principio e delle implicazioni fattuali. Il *quivis de populo* è, al contempo, un *esperto* e un *estraneo* del diritto penale. Questo settore di attività umana gli è, o gli appare, tanto familiare, quanto arcano.

Tale constatazione anticipa una ben più complessa analisi delle sinergie e sinergie tra diritto penale e cultura diffusa, da condurre con gli strumenti della sociologia del diritto. Il diritto penale altro non è se non una espressione, una gemmazione, di forme di *controllo sociale*, connaturate a qualsiasi tipo di consorzio umano (solo Robinson Crusoe appena dopo il naufragio viveva al di fuori d'ogni controllo sociale, finché un giorno si presentò Venerdì...), e attuate sulla base di premesse valoriali da cui discendono orientamenti normativi. Si spiega, così, quel diffuso senso di vicinanza: ciascuno di noi è immerso in un controllo sociale che già conosce la sequenza norma-trasgressione-punizione; di conseguenza, partecipa *anche* del diritto penale. L'impressione di estraneità, per altro verso, può originare da quello che di peculiare distingue il diritto penale da altre forme di controllo sociale: vale a dire la formalizzazione dei suoi presupposti, dei suoi esiti e delle sue dinamiche operative. Il diritto penale, in effetti, è un «ambito settoriale formalizzato di controllo sociale» (p. 123).

Formalizzazione che non è strettamente funzionale al buon risultato del controllo, bensì ad una diversa esigenza, non altrettanto intuitiva (per quanto non ignota ad altri sistemi di orientamento impositivo delle condotte umane, che hanno il senso del limite e si attuano mediante procedure). L'esigenza, cioè, di contenere uno strumento *altamente invasivo, stigmatizzante, doloroso e pericoloso*, che se fuori controllo rischia d'essere peggio di ciò che è teso a contrastare.

Detta formalizzazione implementa, in primo luogo, logiche di *giustizia*, verso le quali si orientano le regole del diritto sostanziale. In secondo luogo, esigenze di *verità*, quale presupposto necessario della giustizia.

Alla verità – diciamo subito – si ispirano le garanzie e le regole del procedimento penale, specificamente volte ad assicurare un'*assistenza* al soggetto della cui responsabilità penale si discute (diritto di difesa, diritti di informazione, diritti di effettiva partecipazione, diritto di presentare e discutere prove), così da permettergli di confrontarsi efficacemente con i “tecnici” che impersonano l'accusa, di poter sostenere l'impatto del potere penale processuale. In questo modo, gli si consente altresì di “immischiarsi” efficacemente, e dialetticamente – secondo i canoni dell'oralità e del contraddittorio – nelle procedure di accertamento della verità, che altrimenti rischiano di cedere a fisiologiche precomprensioni. Perché ciò funzioni, non devono derivare pregiudizi, né conseguire forme di subordinazione, dalla *opportuna* intraprendenza dell'indagato/imputato – opportuna non solo in quanto rispondente all'interesse soggettivo ed al valore della dignità della persona

coinvolta, ma perché funzionale all'interesse collettivo a un corretto accertamento della responsabilità. Vale, dunque, il divieto di *reformatio in peius*, ed opera il principio del *nemo tenetur se ipsum prodere*.

3. Orbene, queste interazioni socio-culturali appaiono particolarmente accentuate, al confronto con altre branche dell'ordinamento. Proprio per questa loro valenza decisiva e caratterizzante il senso e gli scopi del diritto penale, si tratta di nessi problematici, nell'essere a un tempo *necessari*, potenzialmente *virtuosi* in certe loro espressioni, virtualmente *deleterii* e *critici* in altre espressioni ancora.

Profili *necessari*. Dicevamo, poc'anzi, che il potere punitivo non è il frutto di un qualche progetto a tavolino, ma semplicemente *esiste*, quale manifestazione fisiologica di controllo sociale. Il diritto penale *dà atto* di quel potere come fenomeno che lo precede e che deve dunque essere regolamentato, e proprio in questa esigenza di regolamentazione trova una prima legittimazione (qui e altrove il pensiero istintivamente corre al *Diritto e Ragione* di Luigi Ferrajoli). Se questo è vero, tra l'altro, ne deriva che la risalente e irresolubile contrapposizione tra *deterministi* e *indeterministi*, di recente vivificata dall'apporto delle neuroscienze, e da cui tradizionalmente si fa dipendere la stessa ragion d'essere del giure punitivo, costituisce in fondo un falso problema: il diritto penale postula l'autodeterminazione per l'ottimo motivo che sua funzione è quella di interagire proficuamente con dinamiche sociali che, *di fatto* (e per necessità), muovono dal medesimo postulato.

Profili *virtuosi*: le istanze e i riscontri socio-culturali da un lato forniscono una *legittimazione* al diritto penale (secondo i canoni di una teoria della prevenzione positiva), dall'altro lato ne strutturano il *limite*. Da individuarsi, il limite, oltre che nelle stesse logiche della prevenzione positiva, in primo luogo nella funzione critica del "bene giuridico", quale coefficiente influenzato di volta in volta dalla mutevolezza delle più rappresentate istanze di tutela. In secondo luogo, nel principio di legalità (nelle sue varie declinazioni): precipitato del principio democratico, procedura di traduzione in norma giuridica di espressioni di consenso sociale, presupposto di un dialogo continuativo, chiaro ed effettivo con la "coscienza diffusa" e la percezione individuale. In terzo luogo, nella colpevolezza (cui è dedicato un intero capitolo) e nella logica della rieducazione e del reinserimento sociale: istituti che pretendono, rispettivamente, una comunicazione efficacemente avvenuta prima del reato, e un prolungamento costruttivo di quella comunicazione nel momento esecutivo.

*Critici* sono, infine, taluni gravi incidenti nei processi comunicativi sottesi alla politica criminale e alla prassi penalistica. Si considerino, ad esempio, certe interazioni negative tra diritto penale e controllo sociale, dovute al fatto che questo secondo opera diversamente per sottoculture. La norma incriminatrice, giocoforza

destinata a selezionare alcuni orientamenti valoriali tra i molti disponibili, può creare conflitti intervenendo in sottoculture che da quegli orientamenti si distanziano: da simili tensioni origina il problema dei c.d. “delitti culturali”.

È altra però l'aporia che più preoccupa Hassemer. Si può partire, volendo, dalla già segnalata esposizione della nostra disciplina a strumentalizzazioni mediatiche, che raccolgono ed elaborano la portata emotiva del crimine e della reazione penale, e al tempo stesso costituiscono esse stesse un fattore emotigeno, conformemente agli scopi specifici dell'informazione. Le reciprocità perverse con processi politici per loro natura orientati alla ricerca (e alla produzione) del consenso, e la tendenza, altresì, di questa politica a farsi politica criminale, quindi legislazione e prassi penale, possono determinare cortocircuiti anche nell'elaborazione di categorie giuridiche, in specie riguardo alla funzione preventiva della pena, e alla dogmatica del bene giuridico.

La “sicurezza”, per vero, si presta ad essere intesa come *bene giuridico* (per la sua rispondenza a un “interesse”) e d'altronde può atteggiarsi ad evoluzione naturale ed estrema di una *concezione pragmatica e preventiva della funzione del diritto penale*. In questo modo, nel mentre sembra implementare categorie penologiche fondamentali, oltretutto rispondenti ad aspettative garantiste, produce invece un illiberale capovolgimento di prospettive. Il «diritto fondamentale alla sicurezza» è paragonato a un *Geisterfahrer*, «un automobilista che guida contromano in autostrada e che si comporta come se procedesse nella stessa direzione degli altri diritti fondamentali» (pp. 77-78). Aggiunge, in nota, il traduttore: «la metafora del *Geisterfahrer* rende bene anche l'autoreferenzialità e la “pericolosa” ingenuità [...] del diritto alla sicurezza nel suo (non) dialogo con gli altri diritti fondamentali. Chi imbocca al contrario l'autostrada è convinto di “guidare bene” e secondo le regole, e ritiene gli altri partecipanti al traffico autostradale da lui fatti carambolare fuori carreggiata dei pericolosissimi “pazzi furiosi”, che guidano contromano e cercano di ucciderlo. In realtà, il vero pericolo è lui».

4. Tanto constatato, la proposta vien da sé: occorre valorizzare e enfatizzare le sinergie *virtuose*, nella consapevolezza disincantata delle implicazioni *necessarie*, per contenere i rischi di certi sviluppi *negativi*.

Necessita prima di tutto uno sforzo di depurazione concettuale, che precisi senso e contenuti delle categorie, sì da renderle davvero strumentali al dover essere del diritto penale. Una precisazione di quale idea di prevenzione sia necessaria, come fondamento e scopo legittimante la pena; di quale idea di bene giuridico sia realmente capace di arginare le tentazioni del potere punitivo.

Quanto alla funzione della pena, Hassemer si spende in una rielaborazione critica del dibattito tra teorie assolute o retributive e teorie utilitariste o preventive.

Le prime vengono definite, addirittura, indegne, nel momento in cui – assorbite nella ricerca di astratte corrispondenze – distolgono lo sguardo da dati empirici assai imbarazzanti, quali la sofferenza delle vittime, e del reo; da esse, però, merita recuperare i criteri di adeguatezza, proporzione e personalizzazione del rimprovero. Delle dottrine della prevenzione si apprezza l'orientamento pragmatico e relativistico. In questo pregio sta, però, anche il loro limite, perché la capacità preventiva della pena non può essere empiricamente falsificata (troppi i fattori di disturbo), sicché simili impostazioni, tradendo la loro missione, offrono in realtà solo asserzioni intuitive, inadatte a misurare concretamente gli spazi di legittimità dell'intervento punitivo (anzi, l'idea preventiva è per sua natura destinata ad avallare amplificazioni estreme di quegli spazi). Più in generale, entrambe le visuali si connotano per uno spirito autoritario, in quanto non insistono sulla necessità di una rispettosa comunicazione tra sistema penale, individui e cultura diffusa: da un lato declinano idee di giustizia astratte e trascendenti, dall'altro lato valorizzano una forma unidirezionale, impositiva e mortificante di comunicazione, quale è l'intimidazione.

Esiste, però, un'idea "positiva" di prevenzione, che in questo ultimo contributo sembra ben depurata da certe discutibili parentele con l'idea di prevenzione "integratrice" che invece si coglievano in precedenti interventi dello stesso autore. Essa considera, in particolare, due fattori: la costruzione della *fiducia* (quale elemento, tra l'altro, che induce al rispetto della norma nel quadro di una compartecipazione a un progetto comune, dunque di una comprensione, se non addirittura di una convinzione); la salvaguardia della *dignità umana* (intesa come divieto di trattare i soggetti coinvolti nella vicenda penale come mere cose). La prevenzione positiva suggerisce processi di elaborazione delle fattispecie e regole applicative che metabolizzino diffuse *Kulturnormen* (tra le quali rientrano anche sentimenti di giustizia *verso il reo*), e meccanismi applicativi che consentano, razionalmente, l'accertamento della *verità*, comunemente avvertito quale presupposto necessario della giustizia. Per operare secondo una logica di prevenzione positiva, insomma, la giustizia penale non deve agire in termini grettamente *intimidatori* (verso il reo, o l'imputato), né preoccuparsi troppo di rassicurare indefiniti *timori* o transeunti *istanze vendicative* (molte pagine sono dedicate al valore del monopolio statale punitivo quale superamento delle dinamiche della vendetta, e dunque al ridimensionamento del ruolo della vittima nel diritto e nel processo penale, in larga misura opportuno e fisiologico, anche se meritevole di accorto ripensamento).

Questa impostazione, di indubbio fascino, coglie senz'altro "intuitive" realtà, eppure si espone, forse, a quella obiezione di non falsificabilità empirica che essa stessa avanza contro le dottrine della prevenzione negativa. Come si dovrebbe stimare questa "fiducia" della "popolazione"? Fiducia di chi ("popolazione" è concetto astratto), rispetto a che cosa in particolare? Davvero gli strumenti della socio-

logia consentono precisazioni al riguardo? E come stabilire se e quanto questa “fiducia” sia realmente garanzia di un operare “mite” e razionale del diritto penale?

L'impressione è che una simile teoria, alla fine, usi una fascinosa circonlocuzione per focalizzare un'esigenza esprimibile in termini più lineari: l'esigenza, lo ribadiamo, di contenere un fenomeno punitivo che esiste e sempre esisterà, in quanto espressione di governo sociale di condotte devianti ritenute “particolarmente” meritevoli di contrasto, i cui eccessi – questo sì è un dato di fatto incontestabile, storicamente verificabile – sono peggiori, e socialmente ben più disfunzionali, del crimine stesso. Asserire che il Leviatano desti maggiore “fiducia” nei cittadini e meglio si proponga alla loro comprensione, quando e perché irretito e reso più mansueto, appare un eccesso argomentativo forse non necessario, in certa misura vago, persino pericoloso. Lo stesso Hassemer in altri passaggi riconosce che, nella temperie della postmodernità, s'avverte una serpeggiante simpatia per un Leviatano, invece, capace di nuotare liberamente per molte miglia, perché trattenuto da catene più lunghe, o più elastiche; quelle catene che gli erano state strette fermamente al collo, in altri tempi, per rispondere a timori allora di opposto segno. Ad ogni modo, vivida e appassionante rimane, nel messaggio di Hassemer, la tensione deontologica; la *sollecitazione*, cioè, a tener accesi tutti i canali di dialogo tra opzioni dell'ordinamento penale e cultura diffusa, non solo implementando in tal senso le dinamiche democratiche, ma anche approfittando in modo più accorto e strategico delle opportunità offerte dall'attuale sistema dei *media*. Insistendo, infine, su una pena orientata alla responsabilizzazione, non all'annichilimento.

5. Alla politica criminale si può imprimere un moto virtuoso, altresì, precisando la nozione di “bene giuridico”, in particolare ribadendone la funzione critica. I contenuti del singolo bene giuridico, quali che siano, oltre che mutuati da un'attenta disamina di diffusi orientamenti culturali (ancora una volta), dovranno essere utilmente strumentali a quella funzione. Dovranno, perciò, essere dotati di *concretezza*, ché altrimenti non si potrà constatare, né misurare, quell'offesa che dovrebbe legittimare l'incriminazione della condotta. Nel pensiero di Hassemer – che argomenta dalla logica personalistica delle moderne costituzioni – concretezza significa essenzialmente corrispondenza a interessi individuali, sia pure mediata. La tutela di valori astratti, o collettivi (l'ambiente, la fede pubblica), può consentirsi nella misura in cui costituisca uno strumento e una sintesi concettuale di progetti di salvaguardia di legittime esigenze di singole persone reali. Di quei beni si dovrà poi riscontrare un qualche riflesso nelle pur vaghe disposizioni della Costituzione, o comunque la consonanza con “certezze normative” che costituiscono il minimo comun denominatore di un ordinamento “delle nostre latitudini” (per cui, alterate simili certezze, ci troveremmo in tutt'altro contesto giuridico: il divieto di riduzio-

ne in schiavitù, di giustiziare un innocente, di un uso sistematico della tortura).

All'interno di questi confini, la definizione contenutistica del bene giuridico penalmente rilevante è fisiologicamente cangiante, perché dipendente da influssi culturali e contingenze politico-criminali. Bisogna, perciò, imparare a convivere con una indeterminatezza a priori degli oggetti di tutela. Quel che tuttavia non muta, e che è destinato a incidere sui *processi di selezione* di quei contenuti, sono certi parametri rispondenti a logiche auto-evidenti e connaturati a qualsiasi idea di giustizia.

In primo luogo il principio di *proporzionalità* tra importanza del bene e intensità/gravità degli strumenti di tutela; proporzione che, di per sé, presuppone misure, dunque impone quella esigenza di concretezza del bene e dell'offesa di cui si diceva poc'anzi. Dalla proporzione figliano il principio di *adeguatezza e necessarietà*: sta al legislatore dimostrare – dati criminologici alla mano – che nel singolo caso il ricorso allo strumento penale è in grado di incrementare e rendere maggiormente rispondente a pressanti esigenze la salvaguardia di un dato interesse, mentre non sono sufficienti interventi, ad esempio, di carattere amministrativo; così come sta al giudice, tra più mezzi disponibili (ad esempio misure cautelari), optare per quello che meno negativamente incide sulle prerogative della persona, tra i tanti egualmente efficaci rispetto alle legittime esigenze che si intendono salvaguardare.

Ultimo, problematico ma ineludibile corollario della proporzionalità, della adeguatezza e della necessarietà – ma al tempo stesso *limite* rispetto ai risultati che si potrebbero ottenere in virtù di detti criteri – è il parametro della *esigibilità* (da non confondersi con quella *esigibilità* soggettiva che rinvia ad altro terreno di riflessione). Di difficile definizione, e di arduo fondamento (pur trattandosi di principio coltivato dalla Corte costituzionale tedesca), esso viene espresso nei seguenti termini: «vi sono ambiti in cui, anche con mezzi adeguati e addirittura miti, lo Stato *non può entrare*» (p. 160). Insomma, ci sono manifestazioni della persona *indisponibili a priori* da parte anche della più accorta politica criminale. L'esemplificazione di Hassemer tradisce un afflato liberale e personalista a favore di una sfera individuale di “privatezza” e piena autodeterminazione, e per altro verso è tesa a ribadire divieti tanto categorici quanto, talora, contro-intuitivi, come – ancora una volta – il divieto di tortura.

Il principio di *esigibilità* è un «faro nella notte»; Winfried Hassemer uno dei più indefessi guardiani di quel faro.

6. In conclusione, dunque: *Warum Strafe sein muss*.

Dopo la lettura dell'intero contributo, la frase che dà il titolo sembra suonare come un quesito: perché mai punire? È il quesito, lo abbiamo constatato, che sorregge il formidabile impianto *assiologico* e problematico di questa ricchissima riflessione.

Quel titolo, però, assume prima di tutto un'intonazione assertiva (specie nella versione italiana, che traduce il sottotitolo con “difesa del diritto penale”). Non-

stante il costante appello a una riduzione e a un contenimento dell'intervento penale, la riflessione di Hassemer rimane, nel complesso, una ferma sconfessione d'ogni ipotesi abolizionista. Fare a meno dello strumento penale significherebbe compiere un pretenzioso e sconsiderato salto nel vuoto. Perché si può, forse, chissà, abolire il diritto penale, ma *non il controllo sociale*. Quest'ultimo continuerebbe dunque ad operare in qualche modo rispetto ai fatti etichettabili come criminosi, senza più, però, quella utile e meditata formalizzazione. Le esemplificazioni proposte suscitano inquietudini (e motivi di vergogna) che, di per sé, sono un argomento conclusivo: si rievocano i «pogrom che scoppiano all'improvviso in Italia contro i rom», alla pari dei «fatti di violenza esplosi nell'estate 2008 in Sudafrica contro i migranti dello Zimbabwe», allorché «viene regolarmente addotta la circostanza che le persone colpite avrebbero violato delle norme, soffiando il lavoro ai nativi o derubandoli»; e, ancora, le atrocità commesse «nelle pieghe delle missioni militari in Iraq», o quelle dei nazisti «nella relativa informalità dei campi di concentramento».

Ci piace, infine, cogliere tra le righe dell'illustre autore – che pure dimostra una volta di più d'essere fine sociologo del diritto, attento criminologo, giudice pensoso, il meno dogmatico degli accademici – un tentativo (in controtendenza?) di nobilitare la dimensione *speculativa* del diritto penale, del ruolo e della missione dello “scienziato” criminalista, proponendo un esemplare esercizio di teoria quale argine culturale alle insidie di una politica criminale ispirata dal contingente. Neppure troppo tra le righe: a pagina sessantotto si legge: «la scienza del diritto penale è libera [...], non è la serva della prassi del diritto penale, né il suo fornitore, né il bacino da cui essa attinge i propri giudizi. La scienza determina da sé i suoi metodi e gli oggetti della sua indagine. Dal momento che il suo ambito è il diritto penale, non distoglierà lo sguardo da ciò che le succede intorno, magari al solo scopo di restare aggiornata con le sue domande, i suoi esempi e le sue tematiche centrali, o semplicemente per curiosità. Tuttavia, decidere dove volgersi e che cosa approfondire è di sua esclusiva competenza».

Spero ci venga perdonata la scelta di chiudere la recensione enfatizzando un passaggio forse marginale. Da un volume tanto ricco di variegate suggestioni, è comprensibile, se non lecito, che ogni lettore selezioni lo spunto che – chissà poi perché – più lo gratifica.

## HANNO COLLABORATO AL VOLUME

MANUEL J. ARROBA CONDE – Professore ordinario nella Pontificia Università Lateranense

ROCCO BLAIOTTA – Magistrato della Corte di Cassazione

RENATO BRICCHETTI – Presidente del Tribunale di Lecco

CARLO BRUSCO – Magistrato della Corte di Cassazione

EVA CANTARELLA – Professore emerito nell'Università Statale di Milano

ALESSANDRO CENTONZE – Magistrato del Tribunale di Catania

GIOVANNI CANZIO – Presidente della Corte d'Appello di Milano

GIULIA CHECCACCI – Perfezionanda in diritto penale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

ALESSANDRO CORDA – Hauser Global Scholar presso la New York University School of Law

CRISTIANO CUPELLI – Ricercatore nell'Università di Roma Tor Vergata

FRANCESCO D'ALESSANDRO – Professore associato nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

MIRJAN R. DAMAŠKA – Professore emerito nella Yale Law School

OMBRETTA DI GIOVINE – Professore ordinario nell'Università di Foggia

ALBERTO DI MARTINO – Professore associato nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

GIOVANNI FIANDACA – Professore ordinario nell'Università di Palermo

LOREDANA GARLATI – Professore straordinario nell'Università Milano-Bicocca

GAETANO INSOLERA – Professore ordinario nell'Università di Bologna

SALVATORE LIOTTA – Avvocato del Foro di Catania

TITTA MADIA – Avvocato del Foro di Roma

ANGELO MARLETTA – Dottorando di ricerca nell'Università di Bologna  
OLIVIERO MAZZA – Professore ordinario nell'Università Milano-Bicocca  
DARIO MICHELETTI – Professore associato nell'Università di Siena  
SERGIO MOCCIA – Professore ordinario nell'Università di Napoli Federico II  
CARLO ENRICO PALIERO – Professore ordinario nell'Università Statale di Milano  
CATERINA PAONESSA – Assegnista di ricerca nell'Università di Firenze  
MARIO PISANI – Professore ordinario dell'Università di Milano  
ETTORE RANDAZZO – Avvocato del Foro di Siracusa  
FRANCESCA RUGGIERI – Professore ordinario nell'Università dell'Insubria  
FILIPPO SPIEZIA – Magistrato della Direzione Nazionale Antimafia  
ANTONIO VALLINI – Professore associato nell'Università di Firenze  
VITO VELLUZZI – Professore associato nell'Università di Milano  
JOHN A.E. VERVAELE – Professore di diritto penale nell'Università di Utrecht  
NICOLÒ ZANON – Professore ordinario nell'Università Statale di Milano

## Criteri per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato di direzione di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni ai quali sono inviati, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Ogni scritto pubblicato è stato valutato favorevolmente da due Revisori che lo hanno giudicato l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) i contributi richiesti a studiosi o esperti di comprovata competenza e pubblicati nelle rubriche intitolate "*Opinioni a confronto*", "*Tavola rotonda*" o similari.  
La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata all'unanime parere positivo del Comitato di Direzione.
3. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di Direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

## Revisori

Elio Belfiore	Roberto Guerrini	Vito Mormando
Marta Bertolino	Giulio Illuminati	Vania Patanè
Alberto Cadoppi	Gaetano Insolera	Paolo Patrono
Giampaolo Demuro	Sergio Lorusso	Massimo Pavarini
Alberto di Martino	Enzo Maiello	Davide Petrini
Vittorio Fanchiotti	Ferrando Mantovani	Carlo Piergallini
Giovanni Fiandaca	Luca Marafioti	Tommaso Rafaraci
Giovanni Flora	Enrico Marzaduri	Lucia Risicato
Luigi Foffani	Oliviero Mazza	Placido Siracusano
Desiree Fondaroli	Nicola Mazzacuva	Luigi Stortoni
Gabriele Fornasari	Alessandro Melchionda	Paolo Veneziani
Alberto Gargani	Sergio Moccia	





Edizioni ETS

www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

# Criminalia

*Annuario di scienze penali*

www.edizioniets.com/criminalia

*Direttore* Fausto Giunta

*Comitato di direzione*

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie, Luciano Eusebi,  
Fausto Giunta, Renzo Orlandi, Michele Papa, Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

Periodicità annuale	
Abbonamento 2012	€ 40,00
Abbonamento 2013	€ 45,00
Arretrati	€ 55,00
Abbonamento per l'estero 2012 e 2013	€ 60,00

Da rispedire a: Edizioni ETS, Piazza Carrara, 16-19 I-56126 PISA  
tel. (+39) 050-29544-503868 - fax. (+39) 050-20158

**Desidero sottoscrivere un abbonamento alla rivista per l'anno**

VII (2012)     VIII (2013)

**Desidero ricevere numeri arretrati**

I (2006)     II (2007)     III (2008)  
 IV (2009)     V (2010)     VI (2011)

Il pagamento sarà effettuato:

- Contrassegno
- Versamento sul Conto Corrente Postale n. 14721567 intestato a  
Edizioni ETS, Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
- Bonifico bancario banca C.R. Firenze  
IBAN IT 97 X 06160 14000 013958150114 – BIC/SWIFT CRFIIT3F
- Carta di credito:     EuroCard     Master Card     VISA

Numero

Codice di sicurezza       Data di scadenza .....

Nome e cognome .....

I volumi devono essere inviati a:

Nome e Cognome .....

e-mail: .....

Indirizzo .....

Eventuale fattura da intestare a: .....

cod. fisc. ....

Data .....

Firma .....

Edizioni ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di giugno 2013