

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2014

●
primo piano

Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità, una relazione da scoprire

Aspetti del precedente giudiziale

La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato

Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo

●
i grandi temi

Garanzie e garantismo

Il discorso di Papa Francesco all'Associazione internazionale di diritto penale

●
tavola rotonda

Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice

●
opinioni a confronto

I molti volti del disastro

●
il punto su...

Problematiche penali della sicurezza sul lavoro

Segretezza della camera di consiglio e diritto all'informazione

●
dibattito

Il vilipendio al capo dello Stato, oggi

●
diritto vivente

Il luogo pubblico e aperto al pubblico "virtuale"

●
Antologia

Edizioni ETS

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

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

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Dario Micheletti,
Daniele Negri, Caterina Paonessa
Vito Velluzzi

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

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

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2014



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2015
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884674304-6
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

MARTA BERTOLINO
*Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità,
una relazione da scoprire* 15

MICHELE TARUFFO
Aspetti del precedente giudiziale 37

DIRK VAN ZYL SMIT
La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato 59

THOMAS WEIGEND
Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo 75

I grandi temi *Garanzie e garantismo*

ALBERTO DI MARTINO
Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte 91

LUIGI FERRAJOLI
Cos'è il garantismo 129

FRANCESCO MORELLI
*Le garanzie processuali nella morsa dell'ambiguità:
contro la giurisprudenza delle interpretazioni mancate* 143

GIORGIO PINO
L'insostenibile leggerezza della legalità penale 167

I grandi temi *Il discorso di Papa Francesco
all'Associazione internazionale di diritto penale*

FILIPPO MAGGI
Una convergenza (laica) tra sacro e profano 187

LUCIANO VIOLANTE
Populismo e plebeismo nelle politiche criminali 197

Tavola rotonda

Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice
Nota introduttiva di Renzo Orlandi 211

Ne discutono:

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

Opinioni a confronto

I molti volti del disastro
Nota introduttiva di Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI
Il disastro populistico 254

STEFANO CORBETTA
*Il "disastro innominato": una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli
costituzionali ed esigenze repressive* 275

GAETANO RUTA
Problemi attuali intorno al disastro innominato 293

Il punto su... Problematiche penali della sicurezza sul lavoro

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC
*La responsabilità colposa per gli infortuni sul lavoro
 nell'ordinamento penale spagnolo* 307

DARIO MICHELETTI
*La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio.
 Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo* 323

OSCAR MORALES
*Questioni fondamentali riguardo al trattamento
 degli infortuni sul lavoro nel diritto penale spagnolo* 365

CARLO PIERGALLINI
Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole" 387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ
I reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro nella legislazione spagnola 401

Il punto su... Segretezza della camera di consiglio e diritto all'informazione

RENATO BRICCHETTI
La segretezza della camera di consiglio tornata d'attualità 421

MARGHERITA CASSANO
Il segreto della camera di consiglio 425

Dibattito Il vilipendio al Capo dello Stato, oggi

ANTONIO GULLO
*Eguaglianza, libertà di manifestazione del pensiero e tutela differenziata
 dell'onore: un equilibrio ancora sostenibile?* 435

CATERINA PAONESSA
*Né critiche, né scherzi sul Quirinale? Brevi riflessioni a margine delle
 "offese all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica"* 455

PAOLO VERONESI
*L'offesa all'onore e al prestigio del Capo dello Stato:
sui chiaroscuri di una normativa e di una giurisprudenza da ricalibrare* 483

Diritto vivente *Il luogo pubblico e aperto al pubblico "virtuale"*

GIULIA CHECCACCI
*Facebook come un luogo pubblico:
un caso di "analogia digitale" in malam partem* 503

GIOVANNI TUZET
Luoghi, siti, bacheche. Un caso di interpretazione estensiva 513

Antologia

CRISTIANO CUPELLI
*Equivoci trionfalistici e letture correttive.
Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità in malam partem* 521

OMBRETTA DI GIOVINE
A proposito di un recente dibattito su "verità e diritto penale" 539

FAUSTO GIUNTA
*Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali
e regole di giudizio* 561

GIANFRANCO MARTIELLO
*L'uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale
esperienza giuridica tedesca* 589

RENZO ORLANDI
*Il metodo della ricerca. Le istanze del formalismo giuridico e
l'apporto delle conoscenze extranormative* 619

MICHELE PAPA
"A chi legge": l'incipit visionario Dei delitti e delle pene 637

MARIO PISANI
La crudeltà: variazioni sul tema 653

TABLE OF CONTENTS

On the front page

MARTA BERTOLINO

*From the organisation to the individual: economic crime and personhood,
a relationship to be discovered* 15

MICHELE TARUFFO

Some aspects of the judicial precedent 37

DIRK VAN ZYL SMIT

Life imprisonment in a globalised world 59

THOMAS WEIGEND

*Where is the criminal law heading toward?
Problems and evolutionary trends in the 21st century* 75

Big themes *Guarantees and guarantism*

ALBERTO DI MARTINO

*A principle of legality for two? Statute monopoly, EctHR legality
and the judge as a source of law* 91

LUIGI FERRAJOLI

What guarantism really is 129

FRANCESCO MORELLI

*Procedural guarantees caught in the grips of ambiguity:
against case law of missed interpretations* 143

GIORGIO PINO

The unbearable lightness of penal legality 167

Big themes *Pope Francis' speech to the delegation
of the International Association of Penal Law*

FILIPPO MAGGI
A (lay) convergence between sacred and profane 187

LUCIANO VIOLANTE
Populism and proletarianism in penal policies 197

Roundtable

*The Italian criminal trial twenty-five years after the reform
of the Code of Criminal Procedure*
Foreword by Renzo Orlandi 211

Discussants:

ANTONELLA MARANDOLA

DANIELE NEGRI

LUCA PISTORELLI

FRANCESCO SBISÀ

FRANCESCO ZACCHÈ

Confronting opinions

The many facets of the crime of disaster
Foreword by Alberto Gargani 251

DAVID BRUNELLI
The populist disaster 254

STEFANO CORBETTA
*The "nameless disaster": a "liquid" offence hanging in the balance
between constitutional restrictions and demands for repression* 275

GAETANO RUTA
Current issues regarding the offence of nameless disaster 293

Focus on... *Current issues regarding the relationship
between the criminal law and workplace safety*

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC
*Liability for criminal negligence regarding workplace accidents
in the Spanish legal system* 307

DARIO MICHELETTI
*The exclusive liability of the worker for his own injury.
A study on 'passive actus reus' in crimes of negligence* 323

OSCAR MORALES
*Fundamental questions on the treatment of workplace injuries
in the Spanish criminal law* 365

CARLO PIERGALLINI
*Criminal negligence and manufacturing activities:
a laboratory of "collapsing" law* 387

CATY VIDALES RODRÍGUEZ
Offences against workplace safety and health in the Spanish legislation 401

Focus on... *The secrecy of the deliberation room and the right to information*

RENATO BRICCHETTI
The revamped attention to the secrecy of the deliberation room 421

MARGHERITA CASSANO
The secrecy of the deliberation room 425

Opinion exchange on *Contempt of the Head of State, today*

ANTONIO GULLO
*Equality, freedom of speech and differentiated protection of honor:
a still defensible balance?* 435

CATERINA PAONESSA
*No criticism or joke on the Quirinal? Brief remarks on the criminal offence
of "contempt of the honor and prestige of the Head of State"* 455

PAOLO VERONESI <i>Contempt of the honor and prestige of the Head of State: on lights and darks of a statutory regulation to be fine-tuned</i>	483
Case law <i>The public space open to the “virtual” public</i>	
GIULIA CHECCACCI <i>Facebook as a public space: a case of extension of the application of the criminal law in malam partem by “digital analogy”</i>	503
GIOVANNI TUZET <i>Sites, websites, and walls. A case of extensive interpretation</i>	513
Anthology	
CRISTIANO CUPELLI <i>Triumphalist misinterpretations and remedial interpretations. Some additional remarks on recent questions of constitutionality in malam partem</i>	521
OMBRETTA DI GIOVINE <i>Observations on a recent debate on “truth and the criminal law”</i>	539
FAUSTO GIUNTA <i>Scientific questions and scientific evidence between categories of substantive criminal law and standards of decision-making</i>	561
GIANFRANCO MARTIELLO <i>The use of firearms by police in the current experience of the German legal system</i>	589
RENZO ORLANDI <i>The research method. The instances of legal formalism and the contribution of extra-legal knowledge</i>	619
MICHELE PAPA <i>“To the reader”: the visionary introduction to On Crimes and Punishments</i>	637
MARIO PISANI <i>Cruelty: variations on the theme</i>	653

Primo Piano

MARTA BERTOLINO

DALL'ORGANIZZAZIONE ALL'INDIVIDUO:
CRIMINE ECONOMICO E PERSONALITÀ, UNA RELAZIONE DA SCOPRIRE ^(*)

SOMMARIO: 1. Dall'organizzazione all'individuo. – 2. Personalità e reato economico. – 3. Questioni di imputabilità: ignoranza colpevole o scusabile incoscienza? – 4. Quale prevenzione.

1. *Dall'organizzazione all'individuo*

«Si afferma spesso che il crimine dovrebbe essere spiegato per mezzo delle caratteristiche psicologiche dei rei ... Attualmente si tende a ravvisare nell'instabilità emotiva l'aspetto in grado di spiegare il comune comportamento criminale e questo tipo di spiegazione viene particolarmente caldeggiato da psichiatri e psicoanalisti. Nemmeno costoro, tuttavia, si sognerebbero di sostenere che i reati delle industrie *Ford* derivino dal complesso di Edipo, quelli della *Aluminium Company of America* da un complesso d'inferiorità, quelli della *U. S. Steel Corporation* da frustrazione e aggressività, quelli della *DuPont* da un'esperienza traumatica o quelli della *Montgomery Ward* da una regressione infantile». Con queste parole Sutherland introduceva l'ultimo capitolo del suo famosissimo libro sul crimine dei colletti bianchi, escludendo in termini perentori, sulla base delle ricerche empiriche da lui svolte su settanta società, che le caratteristiche personali potessero svolgere «una funzione importante nella causazione dei crimini dei colletti bianchi», perché, se così fosse stato, osservava lo studioso, tali caratteristiche avrebbero dovuto «riflettersi particolarmente nella diversa frequenza delle violazioni di legge tra le settanta grandi società»¹.

Preferendo Sutherland una spiegazione del crimine economico come processo di apprendimento, secondo la c.d. teoria dell'associazione differenziale², per lo

^(*) Testo aggiornato della relazione al convegno di studi «Homo oeconomicus. *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*», Padova, 28 novembre 2014.

¹ E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, trad. it. Milano, 1987, p. 327.

² Si tratta di «una ipotesi di spiegazione del crimine che prende in considerazione il processo attraverso il quale un individuo è avviato alla commissione di reati», E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., p. 322. Per questa teoria, infatti, «il comportamento criminale è appreso a contatto con individui che definiscono tale comportamento favorevolmente e in isolamento da altri individui che di esso danno una definizione sfavorevole; nelle condizioni adatte, una certa persona tiene un comportamento criminale soltanto se le definizioni favorevoli prevalgono su quelle sfavo-

studioso le caratteristiche personologiche non entrano nella criminogenesi e nella criminodinamica del comportamento criminale, ma anzi esse vengono considerate piuttosto il prodotto dell'apprendimento³. Sono bastate queste affermazioni di colui che per primo ha richiamato l'attenzione della comunità scientifica, e non solo di essa, sulla criminalità economica per generare un diffuso disinteresse sul criminale dal colletto bianco, disinteresse appagato da una stereotipata ricostruzione di un tipo d'autore, caratterizzato dalla posizione sociale elevata, dallo status economico agiato, dalla particolare competenza professionale⁴. La persona del reo è così rimasta sullo sfondo degli studi in materia di criminalità economica, di una criminalità considerata comprensibile più alla luce dell'organizzazione che l'ha generata, che dell'autore che materialmente l'ha realizzata.

Di una criminalità in cui l'illecito, essendo principalmente di mera trasgressione, si caratterizza per la svalutazione dell'elemento psicologico, per «la dimensione normativa, anziché fattuale, della vicenda costitutiva della punibilità»⁵. Con la conseguenza, sul versante dell'elemento soggettivo dei delitti, di favorire risibili presunzioni di dolo, di un dolo cioè ridotto «a pura coscienza e volontà di un dato naturalistico (*suitas*), con l'aggiunta di una mera *culpa iuris*, cioè della presunzione che dall'autore fosse esigibile un certo grado di cultura giuridica e che il suo "deficit" vada imputato come colpevole ad un agire compiutamente doloso»⁶. Questo perché, quando si tratta dell'attore economico, la responsabilità individuale (la *culpa iuris* già richiamata) è responsabilità per mancato adeguamento alle aspettative derivanti dal ruolo socio-professionale rivestito con riferimento ai programmi di neutralizzazione del rischio e di organizzazione del lecito. Insomma, a questo tipo d'autore non solo si chiede di «apprendere i precetti e di eseguirli», ma si chiede di «aggiornarsi continuamente. Il non farlo è una colpa ulteriore: un difetto di socializzazione»⁷, le cui ragioni sembrano avere ben poca rilevanza ai fini dell'imputazione soggettiva del fatto. Ancora oggi, come è stato giustamente rilevato, «a differenza che per la delinquenza comune, ... v'è infatti una

revoli», E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., p. 305, il quale riconosceva che questa «teoria non è certamente una spiegazione completa del crimine dei colletti bianchi o degli altri reati, pur essendo quella che meglio corrisponde ai dati riguardanti l'una e l'altra forma di criminalità».

³ E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., p. 333.

⁴ In questa prospettiva si parlare di una «connotazione troppo "soggettivata" impressa, già con l'apparizione nel 1939 del celeberrimo lavoro di Sutherland sui *White Collar Crimes*, nell'approccio a tale fenomeno», S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989, p. 343.

⁵ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, p. 79.

⁶ M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti fra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1999, p. 17.

⁷ M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, cit., p. 55.

forte tendenza a valutare i reati economici e il loro disvalore senza riferimento alla persona dell'agente e in modo assolutamente difforme rispetto alle teorie comunemente condivise sulle funzioni della pena»⁸.

Tuttavia, questo autore si inserisce attivamente nella compagine societaria, e in particolare nel c.d. *dark side* dell'organizzazione⁹, nel lato oscuro, patologico, quello del comportamento penalmente illecito. A richiamare l'attenzione su tale lato e in particolare sui soggetti che vi operano sono stati gli scandali societari, le crisi finanziarie, le *global financial crisis*, i gravissimi disastri ambientali, e ci si è resi conto che la verifica di tali eventi può dipendere in larga misura anche dai processi cognitivi che sono alla base delle decisioni dei singoli partecipanti all'organizzazione. Le modalità operative di tali soggetti si possono infatti insinuare nella rete organizzativa secondo due modelli: della condotta di cattiva amministrazione dettata dal desiderio di perseguire vantaggi personali; ovvero del comportamento realizzato nell'interesse e/o a vantaggio dell'ente, ma a svantaggio degli interessi della collettività e che può rivelarsi alla fine inaspettatamente anche privo dei benefici pronosticati per l'ente. Nel primo caso, come è noto, in capo all'organizzazione non è rinvenibile nemmeno la responsabilità amministrativa di cui al d.lgs. 231 del 2001. Per usare il linguaggio degli economisti si tratta della c.d. *devianza distruttiva*, in quanto il comportamento del singolo «non rientra all'interno né delle norme interne né di quelle esterne»¹⁰. Volendo seguire la classificazione criminologica più diffusa si tratterebbe di *occupational crime*¹¹. Nel secondo invece, per l'art. 5 della normativa del 2001, l'ente verrà coinvolto dalla condotta della persona che agisce nell'organizzazione, presenti le altre note condizioni descritte nella disciplina appena richiamata. In questo caso, prendendo ancora a prestito il linguaggio economico, si può parlare di *conformità distruttiva*¹². Quest'ultima, che, stando all'esperienza di questi ultimi anni, si è rivelata essere la più pericolosa, si manifesta come comportamento individuale conforme alle regole interne, ma che viola «quelle esterne, come nel caso di un'impresa, ad

⁸ S. SEMINARA, *Insider trading*, cit., p. 344, il quale sottolinea come la posizione più diffusa sia stata quella di «sottolineare la funzione generalpreventiva della pena detentiva nei confronti di soggetti non anormali né disadattati e la cui libertà personale o il cui *status* sociale è più prezioso che per la generalità dei consociati».

⁹ Cfr. M. CATINO, *Capire le organizzazioni*, Bologna, 2012, p. 227 s., il quale osserva che solo «dagli anni Ottanta il lato oscuro dell'organizzazione, la devianza organizzativa e le patologie dell'organizzazione cominciano a diventare temi di ricerca importanti per gli studi organizzativi, con l'analisi delle deviazioni dalle aspettative razionali del modello della burocrazia di Weber».

¹⁰ Cfr. M. CATINO, *Capire le organizzazioni*, cit., p. 244, mentre si parla di conformità costruttiva quando la condotta è conforme alle norme generali etiche e giuridiche esterne di comportamento societario, ma non a quelle interne devianti dalle regole generali esterne.

¹¹ Cfr., fra gli altri, S. MENARD, R.G. MORRIS et al., *Distribution and Correlates of Self-Reported Crimes of Trust*, in *Deviant Behavior*, 2011, 32, p. 882 ss. e ivi la bibliografia.

¹² V. ancora M. CATINO, *Capire le organizzazioni*, cit., p. 244 e ivi la bibliografia.

esempio, dove le persone seguono gli ordini di vendere un prodotto non sicuro»¹³ e dove, quindi, la devianza rappresenta la normalità della vita economica dell'organizzazione e, per quanto qui di interesse, anche del soggetto che esegue o impartisce quegli ordini¹⁴. È quello che in criminologia viene di solito definito il *corporate* o *organizational crime*¹⁵.

Sia la devianza distruttiva sia la conformità distruttiva sono forme di devianza organizzativa, crimini d'impresa la seconda, crimini del singolo la prima, ai nostri fini comunque crimini dei colletti bianchi. Questi ultimi vanno intesi dunque secondo una definizione ampia di delinquenza economica, che – seguendo un approccio di tipo funzionale, attento all'autore del fatto illecito – è comprensiva anche del reato commesso da un individuo che riveste un ruolo in un contesto economico-organizzativo¹⁶. Tuttavia, è sempre dalla prospettiva del soggetto attivo del reato che si precisa che la nozione di reato economico in realtà ha una portata ancora più ampia, poiché sulla base del criterio oggettivo del tipo normativo di illecito è possibile far rientrare nella categoria reati come quelli di contrabbando, di frode fiscale, di intermediazione finanziaria abusiva, di usura per superamento del limite legale, di truffa nelle sovvenzioni, per la cui configurabilità «non occorre sempre avere come riferimento un soggetto dotato di una “qualifica”, o comunque di una qualifica significativa in termini sociali, criminologici, sul modello dei colletti bianchi»¹⁷. Ma è ancora la stessa dottrina a notare, giustamente, che se «*il richiamo ai soggetti* non è quindi decisivo per delimitare l'area dei reati contro l'economia, rispetto al tema dell'elemento soggettivo e della colpevolezza è *im-*

¹³ *Ibidem*. Cfr. anche C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 276, e ivi la bibliografia, che sottolinea come soprattutto nelle grandi organizzazioni siano adottate «*strategie incentivanti* a far coincidere le ambizioni dei singoli con gli obiettivi della società».

¹⁴ A tale proposito, numerose sono le ricerche sulle ragioni del comportamento illecito di coloro che, pur non rivestendo ruoli apicali all'interno dell'organizzazione, contribuiscono alla illiceità aziendale con la loro azione. Su di essi la cultura e la politica societarie sembrano esercitare un influsso più forte di quello esterno a favore della legalità, che si è cercato di spiegare anche attraverso teorie tradizionali come quella di Sutherland delle associazioni differenziali e quella delle tecniche di neutralizzazione, cfr., N.L. PIQUERO et al., *Examining the role of differential association and techniques of neutralization in explaining corporate crime*, in *Deviant Behavior*, 2005, 26, p. 159 ss. sulla presenza di «*strategie incentivanti* a far coincidere le ambizioni dei singoli con gli obiettivi della società».

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Per un'indagine sul concetto di reato economico, cfr., fra gli altri, M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale nei reati economici*, cit., p. 11 ss.

¹⁷ M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale*, cit., p. 18. Comprensiva quindi anche di quelli che in una prospettiva criminologica si definiscono *entrepreneurial crimes* o *vocational crimes*, cfr. S. MENARD, R.G. MORRIS et al., *Distribution and Correlates of Self-Reported Crimes of Trust*, cit., p. 883. Per una definizione della criminalità dei colletti bianchi genericamente comprensiva di quella commessa nell'esercizio della professione sia essa attività commerciale, esercizio di funzioni pubbliche statali, di libere professioni v. G. KAISER, *Criminologia*, trad. it. Milano, 1985, p. 348.

portante sotto il profilo strutturale». E lo è anche ai nostri fini, poiché occorre registrare una relazione inversamente proporzionale fra attribuzione di una qualifica al destinatario di precetti extrapenali, in particolare di natura economica, e di interesse per le componenti soggettive del reato¹⁸, dalla rilevazione delle quali dovrebbe invece comunque dipendere la valutazione della sua capacità di intendere e di volere, di dolo, di colpa.

Ebbene, volgendo lo sguardo a queste componenti, in particolare dal punto di vista delle caratteristiche personologiche dell'autore materiale delle condotte, sia i crimini d'impresa sia quelli del singolo e, dalla nostra prospettiva, di quello inserito in una organizzazione, sono stati oggetto di studio da parte di chi ha guardato il reato economico con occhi diversi: in particolare con quelli della psicologia cognitiva e sociale e delle neuroscienze. Da questi studi apprendiamo che la personalità è un fattore importante anche nel crimine economico; che, anzi, proprio a causa di essa alcuni soggetti sarebbero più inclini a commetterlo, a parità di opportunità, competenze e posizione rispetto ad altri individui dalla differente personalità¹⁹; che le organizzazioni, non solo possono avere fra il loro personale, ma a

¹⁸ Rileva tale aspetto con particolare riferimento all'errore, come conseguenza di una responsabilizzazione «per difetto di conoscenze tecniche» M. DONINI, *Dolo e prevenzione generale*, cit., p. 18. Cfr. anche F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 72: «Posizione centrale nel consorzio sociale, elevato patrimonio di conoscenze, facilità di accesso alle informazioni, alta capacità di discernimento: sono segno della massima confidenza del soggetto con i meccanismi tecnico-burocratici dell'ordinamento: la condotta trasgressiva manifesta in tale individuo, più che in altri soggetti dotati di minori opportunità, un atteggiamento fortemente manchevole verso l'ordinamento giuridico».

¹⁹ Cfr., in particolare, T. ALALEHTO, *Economic Crime: Does Personality Matter?*, in *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2003, 47, p. 335 ss. V. anche A. RAINE, W.S. LAUFER e altri, *Increasing Executive Functioning, Attention, and Cortical Thickness in White-Collar Criminals*, in *Hum. Brain Mapp.*, 2012, 33, p. 2932 ss., dalla cui ricerca sulle caratteristiche neurobiologiche dei criminali economici sarebbe emerso che le funzioni esecutive e di attenzione di questi soggetti sono migliori, che essi hanno una maggiore capacità di elaborazione delle informazioni e una struttura cerebrale superiore rispetto ai delinquenti comuni esaminati. In particolare sotto il profilo cerebrale rispetto a questi ultimi sarebbe stato riscontrato nei delinquenti economici esaminati un aumento dello spessore corticale, soprattutto nelle aree cerebrali che entrano in gioco nei processi decisionali, dell'attenzione e dell'assunzione della prospettiva sociale, caratteristiche, queste, che possono avvantaggiare il soggetto nei processi di reazione e di adattamento al contesto organizzativo. Più specificamente, l'aumento è stato riscontrato nella materia grigia della corteccia prefrontale ventromediale, del giro frontale inferiore, della corteccia somatosensoriale e della giunzione temporo-parietale. Ma, nel contesto occupazionale, tutte queste caratteristiche neuropsicologiche favorirebbero il soggetto nella commissione del reato economico. Gli Autori concludono che paradossalmente il *white-collar offender* sembra avere un tipo di capacità neurocognitive e abilità tali da porlo in una situazione di vantaggio quanto a *performance* lavorative, un dato questo che porterebbe ad un ampliamento della teoria della scelta razionale a proposito del crimine economico. Sottolinea la necessità di interpretare questi risultati con cautela, onde evitare di arrivare alla conclusione che il comportamento criminale, e non solo quello economico, possa essere spiegato in termini neurocriminologici e che un'alterazione cerebrale debba essere comunque la ragione del comportamento delinquenziale, che, invece, come

volte sono addirittura guidate da individui con tratti di personalità tipici di coloro che sono affetti da psicopatia, e che, se le società vogliono impegnarsi a diminuire i rifiuti che vengono scaricati nell'ambiente, a contenere i danni alla proprietà, le attività ambientali inquinanti, il lavoro illecitamente o pericolosamente svolto, la bassa produzione, ma vogliono anche evitare disfunzioni organizzative interne, come il fallimento del personale dipendente nell'adeguarsi alle istruzioni ricevute, non possono che ridurre la presenza degli "psicopatici societari" al loro interno o impiegarli con prudenza. Insomma, non sembra si possa più ignorare l'esistenza dello psicopatico sul posto di lavoro né che essa può avere effetti negativi dirompenti sul funzionamento delle organizzazioni e conseguenze altrettanto negative sulla collettività²⁰.

Quanto ai riflessi interni, da recenti ricerche emerge che ad essere insidiati sono alcuni fattori chiave da cui dipende la buona reputazione societaria, come l'aver buoni canali di comunicazione, l'assicurare soddisfazione sul posto di lavoro e responsabilità sociale dell'impresa. La presenza dei c.d. *toxic leaders*, cioè di psicopatici che rivestono ruoli direttivi nell'azienda, abbasserebbe notevolmente il livello di apprezzamento di questi fattori, mentre in pari tempo favorirebbe il sorgere di conflitti e di contrasti aziendali. Non solo, ma da questa presenza sembra ci si debbano aspettare effetti negativi anche sulle politiche di marketing, di distribuzione, sulla credibilità, fedeltà e coinvolgimento della classe manageriale nonché sull'etica societaria. Mentre è risaputo che da una buona reputazione societaria dipendono numerosi benefici per l'organizzazione: ad esempio quello di poter stringere accordi con altre società, di assumere e mantenere personale qualificato, di garantire uno sviluppo futuro all'impresa²¹.

2. Personalità e reato economico

Il disturbo di personalità non si manifesta dunque solo nei termini della condotta antisociale, aggressiva e pericolosa, ma può caratterizzare anche il compor-

ogni comportamento umano, va studiato secondo un'ottica integrata, G. ZARA, *Neurocriminologia e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 830 s.

²⁰ C.R. BODDY, *Corporate Psychopaths, Conflict, Employee Affective Well-Being and Counterproductive Work Behaviour*, in *J. Bus. Ethics*, 2014, p. 118.

²¹ Per un'analisi più approfondita, v., da ultimo, C. BODDY, *Corporate Psychopaths, Conflict, Employee Affective Well-Being and Counterproductive Work Behaviour*, cit., p. 107 ss.; ID., *The impact of corporate psychopaths on corporate reputation and marketing*, in *The Marketing Review*, 2012, 12, p. 79 ss. e ivi la bibliografia. Per una questione di infermità ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p. relativa «a disturbo dell'adattamento dipendente da una situazione psichica riconducibile alla condizione lavorativa e compatibile con lo stress da mobbing, ritenuto però non incidente sulla carenza di lucidità e sulla consapevolezza delle azioni delittuose commesse», v. *Cass.* 5 dicembre 2013, CED 258444.

tamento di soggetti socialmente ben adattati e inseriti in un contesto lavorativo. È il caso dello psicopatico c.d. di successo, o *toxic leader*, che nel contesto organizzativo-economico si presenta come persona spesso in posizione apicale o comunque di potere, di elevato stato socio-economico e con un quoziente intellettuale medio, se non a volte anche al di sopra della media. Ma quali sono i tratti di personalità che possono caratterizzare il delinquente economico, al punto da trasformarlo in un soggetto dalla personalità disturbata, se non addirittura in uno psicopatico?

Essi sono stati ormai ampiamente studiati all'estero, mentre in Italia sono ancora pochi i contributi in questo campo²². Non si tratta peraltro di un filone di indagine che è sorto e si è sviluppato nel contesto di questioni di *insanity defense*, quanto piuttosto di prevenzione, allo scopo cioè di meglio conoscere il criminale per meglio controllare e prevenire il crimine economico. Anzi, si chiarisce che l'errore di Sutherland sarebbe stato proprio di confondere e di equiparare le questioni di personalità con quelle di sanità mentale. Infatti, – si osserva – se i delinquenti economici, di regola, non mostrano i difetti di natura psichica o sociale che caratterizzano invece gli assassini, i serial killers o i rapinatori, sarebbe comunque frutto di un serio equivoco sostenere che la personalità dei criminali in materia economica non conta, giusto perché essi non sono malati mentali²³.

D'altra parte, sarebbe stata la stessa teoria della razionalità dell'agire economico²⁴ ad aver favorito questo disinteresse verso approfondimenti circa la sfera sog-

²² Cfr. A. CERETTI, I. MERZAGORA, *Criminalità dei colletti bianchi e medicina*, in *Rass. it. crim.*, 1993, p. 19 ss.; L. FERRARI, S. RANDISI, *Psicologia fiscale. Illusioni e decisioni dei contribuenti*, Milano, 2011, *passim*; A. PENNATI, I. MERZAGORA, G.V. TRAVAINI, *Carneade, lo psicopatico aziendale e le sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 573 ss.; I. MERZAGORA e al., *Psychology and Psychopathology of White Collar Crime*, in S. CANEPPELE, F. CALDERONI (eds.), *Organized Crime, Corruption and Crime Prevention*, New York, 2014, p. 169 ss.; L. SAMMICHELI, *Psicologia dell'evasione fiscale e valutazione dell'elemento soggettivo. Un ruolo per lo psicologo forense?*, in R. BORSARI (cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova, 2014, p. 237 ss.; F. ZONA, M. MINOJA, V. CODA, *Antecedents of Corporate Scandals: CEOs' Personal Traits, Stakeholders' Cohesion, Managerial Fraud and Imbalanced Corporate Strategy*, in *J. Bus. Ethics*, 2013, p. 265 ss.

²³ T. ALALEHTO, *Economic Crime: Does Personality Matter?*, cit., p. 336.

²⁴ Come è noto, tale teoria afferma la perfetta razionalità del comportamento economico, nel senso che l'agire individuale sarebbe strategicamente razionale, in quanto costantemente orientato a perseguire la massima efficienza. «Questa applicazione del postulato della razionalità ipotizza quindi stabilità e costanza del sistema delle preferenze individuali, e conseguentemente, la prevedibilità del comportamento umano, a parità di condizioni fattuali e conoscitive. Essa costruisce un modello stilizzato ed astratto di *Homo oeconomicus*, che si ispira ad una logica costante e generalizzata, e quindi prevedibile», M.B. MAGRO, *Manipolazioni dei mercati finanziari e diritto penale*, Milano, 2012, p. 43. Osservano A. PENNATI, I. MERZAGORA, G.V. TRAVAINI, *Carneade*, cit., p. 578: «Sembrirebbe che spiegare in chiave di particolarità psicologiche, o peggio psicopatologiche, un comportamento che solitamente viene definito razionale sia perlomeno arduo, se non proprio logicamente impossibile. Dovremmo ricorrere ad una contraddizione in adjecto: "la razionalità patologica"».

gettiva sullo sfondo della personalità dell'autore dal colletto bianco, facendo sì che l'attenzione si focalizzasse sulla componente intenzionale, troppo spesso oggetto di mascherate presunzioni. E, paradossalmente, questo approccio sembrerebbe per un verso trovare conferma nella caratteristica di alcuni psicopatici di successo di agire secondo un atteggiamento basato esclusivamente su un calcolo costi-benefici, peraltro «senza alcuna considerazione per i costi degli altri»²⁵ e in particolare per le sorti della azienda in cui lavorano. Per altro verso, tale approccio sarebbe smentito dal riscontro di un altro tratto di personalità in alcuni classici delinquenti economici: la passione per il rischio²⁶, per decisioni in totale assenza di certezze. Con la conseguenza, in quest'ultimo caso, che, se tale attributo personologico si associa a quello dell'assoluta indifferenza verso le sorti dell'organizzazione, le decisioni assunte in un tale contesto di alea possono rivelarsi pericolosamente azzardate anche per l'azienda²⁷.

Ma non sono solo questi, o meglio, non sono proprio questi i tratti di personalità che prevalgono nei *corporate psychopaths*, e che peraltro sembra siano tipici anche della leadership²⁸. Infatti, come è stato da subito chiarito, il comportamento economicamente illecito non può dipendere da un solo tratto in sé considerato, che peraltro può rappresentare un fattore importante che insieme ad altri, come quelli di opportunità o di contesto e di violazione di fiducia, spingono l'agente verso la illiceità²⁹. Dunque, prendendo in considerazione gli studi più re-

²⁵ I. MERZAGORA e al., *Psychology and Psychopatology of White Collar Crime*, cit., p. 4; cfr. anche J.L. SKEEM et al., *Psychopathic Personality: Bringing the Gap Between Scientific Evidence and Public Policy*, in *Psychological Science in the Public Interest*, 2012, 12, p. 95 ss.

²⁶ «Studi approfonditi hanno evidenziato come gli uomini d'affari che svolgono attività all'interno di un'impresa siano affetti da una sindrome particolare denominata "ebbrezza da rischio" (il cd. "*risky shift*")», così, con riferimento ai dirigenti che operano in gruppo, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 52, alla quale si rinvia per un'approfondita analisi anche comparata sul rapporto fra agire economico ed etica degli affari.

²⁷ D'altra parte, il modello del decisore è meglio descritto dalla teoria della razionalità limitata, «nel senso che l'attore è intenzionalmente razionale ma, nonostante questo, è vincolato da capacità cognitive limitate e da informazioni incomplete», M. CATINO, *Capire le organizzazioni*, cit., p. 234 al quale si rinvia per la bibliografia. Nella letteratura giuridica, cfr. da ultimo, M.B. MAGRO, *Manipolazioni dei mercati finanziari e diritto penale*, cit., p. 43, la quale sottolinea che la «teoria della razionalità limitata evidenzia al contrario che esistono fattori biologici innati che "guidano" istintivamente ciascuno di noi verso la migliore scelta, non sotto il profilo razionale, ma emotivo (cioè quella che per lui è la migliore scelta)» (citazione di p. 47).

²⁸ Cfr. T.A. JUDGE et al., *The bright and dark sides of leader traits: A review and theoretical extension of the leader trait paradigm*, in *The Leadership Quarterly*, 2009, 20, p. 855 ss.

²⁹ Cfr. T. ALALEHTO, *Economic Crime: Does Personality Matter?*, cit., p. 348 ss.; A. CERETTI, I. MERZAGORA, *Criminalità dei colletti bianchi e medicina*, cit., p. 580. Evidenziano come gli scandali societari siano sì dovuti ai comportamenti fraudolenti dei managers, ma come a loro volta questi comportamenti dipendano da tre antecedenti determinanti: dai tratti personologici di colui che froda; dalla strategia squilibrata della società e dalla coesione dei soggetti portatori degli interessi societari, gli *Stakeholders*, F. ZONA, M. MINOJA, V. CODA, *Antecedents of Corporate Scandals*, cit.,

centi, ai nostri fini interessa rilevare che essi confermano il ruolo rilevante della personalità nella genesi del crimine economico quando i tratti di essa sono quelli tipici del disturbo psicopatico. E cioè: narcisismo, egocentrismo, egoismo, cinismo, aggressività, ma anche insicurezza emotiva fino alla mancanza di empatia. Ma gli psicopatici aziendali sono anche competitivi, arroganti, avidi, abili manipolatori, seduttivi se non machiavellici (gli altri sono mezzi per raggiungere i propri fini), con vissuti di onnipotenza e di invulnerabilità e privi di senso morale. In ragione della presenza o meno di una o alcune di queste caratteristiche, si arriva ad individuare due tipi di autore economico: l'estroverso positivo: manipolatore, egocentrico, con basso livello di empatia; l'antipatico: anch'esso quasi privo di empatia, ma privo anche di scrupoli, alla ricerca sempre del proprio interesse, solitario, conservatore, presuntuoso, del tutto indifferente verso gli altri. Tuttavia, come l'estroverso positivo, l'antipatico non riesce a nascondere la sua natura e come il primo è considerato nel suo ambiente un soggetto spregevole. È stata infine individuata una terza tipologia di personalità economica criminale, da ricondurre però ai diversi tratti della nevrosi: quella nevrotica, segnata dall'ansia, da bassa autostima, da rabbia, ostilità e tendenza ad autocolpevolizzarsi e il cui comportamento delinquenziale deriverebbe dalla necessità di bilanciare il senso di inadeguatezza professionale. Tale mancanza di autostima sarebbe stata in particolare riscontrata negli *insider traders*³⁰.

Se dal prevalere dell'una o dell'altra caratteristica personologica dipendono effetti negativi diversi sull'organizzazione e sulla collettività, con riferimento a questi effetti gli studiosi hanno individuato delle costanti comuni, che fanno della presenza dello psicopatico in azienda un problema generale di condotte imprudenti, di fenomeni di corruzione, di condotte di occultamenti e comunque menzognere, che sinergicamente concorrono a produrre quei risultati socialmente negativi³¹, se non addirittura quello più inquietante della *Global financial crisis*, che ha tristemente segnato questi ultimi anni³². Un incidente finanziario, questo, di un

p. 265 ss., sulla base di uno studio condotto partendo dal caso della Banca Popolare di Lodi, che nel 2005 fu travolta da un grave scandalo societario.

³⁰ Cfr. I. MERZAGORA e al., *Psychology and Psychopatology of White Collar Crime*, cit., p. 2 e ivi la bibliografia; A. PENNATI, I. MERZAGORA, G.V. TRAVAINI, *Carneade*, cit., p. 580, e ivi la bibliografia.

³¹ Così A.J. MARSHALL e al., *Corporate Psychopathy: Can 'Search and Destroy' and 'Hearts and Mind' Military Metaphors Inspire HRM Solutions?*, in *J. Bus. Ethics*, 2014, p. 3 e ivi la bibliografia, per i quali i problemi collegati all'imprudenza deriverebbero dalla propensione del *corporate psychopath* ad assumere rischi non ponderati ed eccessivi, quelli alla corruzione per l'ambizione e il desiderio di autoaffermazione smisurati che spingono a tenere condotte disoneste in assenza di una regola morale, quelli alla menzogna e all'occultamento dovuti alla particolare capacità di occultare quei rischi e spesso gli obiettivi personali di breve termine che si pongono in contrasto con quelli a lungo termine della società.

³² Per una recente e attenta analisi degli scandali finanziarie e delle risposte che in particolare il governo statunitense ha ad essi riservato, si rinvia a F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014, spec. p. 5 ss. e 415 ss. e ivi la bibliografia.

sistema organizzativo globale che per essere affidabile avrebbe dovuto preoccuparsi di individuare e di annullare le conseguenze delle decisioni fallibili dei *decision makers*, delle decisioni manageriali fallaci, che tradiscono la fiducia³³. Il modello economico dei fattori latenti equipara queste decisioni a quei fattori (latenti appunto) «le cui conseguenze dannose possono rimanere silenti per lungo tempo, diventando evidenti solo quando si combinano con fattori locali scatenanti che rompono le difese del sistema e determinano l'incidente»³⁴.

Ebbene, proprio a proposito della *Global financial crisis* si è prospettata la tesi che essa sia stata la conseguenza di politiche d'impresa dettate da decisioni di managers senza scrupoli, amanti del rischio, privi di senso morale e di empatia. In breve, soggetti psicopatici, che hanno sfruttato la loro capacità di essere persone affascinanti, carismatiche, pronte ad affrontare le novità e il rischio, apparentemente con una sorta di incoscienza, che in realtà non sarebbe altro che l'incapacità di provare emozioni come paura e ansia per l'incertezza, in soggetti che sono abili manipolatori per arrivare a risultati finanziari dannosi per la comunità, ma vantaggiosi per coloro che li hanno perseguiti³⁵. Se gli «psicopatici considerano gli *status symbol* (soldi, posizioni professionali e sociali, beni di lusso) il modo migliore per raggiungere il livello più alto della catena alimentare (intesa nel senso ampio di acquisizione di risorse energetiche in senso lato) e riproduttiva»³⁶ – si conclude – l'economia postmoderna avrebbe loro offerto facili occasioni per realizzare tutto ciò. Essa, infatti, segnata da «(ruolo dominante della finanza, aumento di volume e di complessità delle grandi corporation), ha generato una pletera di “nicchie ecologiche” per gli psicopatici, quali frequenti cambiamenti di lavoro, l'orientamento a risultati di breve periodo, la depersonalizza-

³³ «Ripagare la fiducia altrui» non è solo una frase fatta, ma un importante aspetto che determina lo sviluppo economico di intere nazioni. È noto che più sono grandi l'indice di fiducia e il livello di cooperazione, maggiore sarà la ricchezza di un paese», M. MOTTERLINI, *Prefazione*, in C. SCHMIDT, *Neuroeconomia. Come le neuroscienze influenzano l'analisi economica*, trad. it., Torino, 2013, p. XVI s. Per uno studio del crimine economico come crimine contro la fiducia, cfr. S. MENARD, R.G. MORRIS, *Distribution and Collateral of Self-Reported Crimes of Trust*, cit., p. 877 ss., spec. p. 881 ss.

³⁴ M. CATINO, *Capire le organizzazioni*, cit., p. 233: «... si assume che i fallimenti latenti (patogeni residenti) abbiano primaria origine in decisioni fallibili (azioni o omissioni) dei *decision makers* e poi siano immessi nei diversi livelli del sistema». Cfr. anche R. ZENTI, *Volatilità, modelli decisionali e complessità dei mercati finanziari*, in *Sistemi intelligenti*, 2014, 2, p. 375 ss: «Il crash del 2008 ha le radici in 30 anni di storia dei mercati finanziari: dalla crisi del 1987, passando per la crisi di Long Term Capital Management del 1988 e la “bolla di internet” nel 2000, si sono creati i presupposti economici, organizzativi, regolamentari e tecnologici che hanno facilitato l'ultimo devastante *crash*».

³⁵ Cfr., in particolare C. BODDY, *The Corporate Psychopaths Theory of the Global Financial Crisis*, in *J. Bus. Ethics*, 2011, 102, p. 255 ss.; nella dottrina criminologica italiana, riportano questi studi A. PENNATI, I. MERZAGORA, G.V. TRAVAINI, *Carneade*, cit., p. 586 ss.; v. anche A. PENNATI et al., *Psicopatici e crisi finanziaria: la Corporate Psychopaths Theory*, in *brainfactor.it*

³⁶ Secondo l'analisi evolutivista, cfr. A. PENNATI et al., *Psicopatici e crisi finanziaria*, cit.

zione delle relazioni professionali ecc.»³⁷. Sia che siano psicopatici acclarati, sia che siano soggetti che presentano caratteristiche comportamentali psicopatiche in misura tale da porsi a metà strada fra la normalità e la malattia vera e propria, c.d. quasi-psicopatici, ai loro occhi il mondo finanziario moderno rappresenta una terra di conquista³⁸. E questo mondo sembra cercare proprio questi soggetti³⁹. Anzi, è stato scritto che, «se consideriamo che il mondo della finanza può reclutare persone con caratteristiche molto vicine a quelle degli psicopatici, è ragionevole sostenere che la percentuale di persone che in questo settore cade nella classificazione di ‘quasi psicopatico’ è almeno del 15%: in altri termini, il numero delle persone predisposte alla frode, all’inganno, alla manipolazione, all’insider trading può essere di molto superiore a quella stima del 10% che aveva attirato così tanta attenzione»⁴⁰.

3. *Questioni di imputabilità: ignoranza colpevole o scusabile incoscienza?*

La “personalità economica”, nonostante tutto ciò, è rimasta invece a lungo fuori anche dall’orizzonte delle teorie economiche, che, sull’assunto della impossibilità di conoscere in maniera sufficientemente dettagliata il modo di operare del cervello umano nelle decisioni economiche, si sono disinteressate dell’autore economico. Ma questa personalità – da quanto fin qui illustrato – si pone oggi prepotentemente all’attenzione del dibattito sulla criminalità dei colletti bianchi, anche grazie al contributo del nuovo sapere neuroscientifico. È noto che alle neuroscienze cognitive si deve lo sviluppo della disciplina più moderna che studia il comportamento economico dalla prospettiva cerebrale, la neuroeconomia⁴¹.

A proposito dei *corporate psychopaths* – come si è visto – è emerso che certe caratteristiche psicologiche della personalità sono risultate fattori di rischio di criminalità economica, e criminali veri e propri possono essere scambiati per *leaders*

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ R. SCHOUTEN, *Psychopaths on Wall Street*, in *Harvard Business Review*, 14 marzo 2012, il quale, pur precisando che si tratta di stime e non di studi scientifici, ritiene che con riferimento al mondo imprenditoriale comunque esse siano forse sovrastimate per quanto riguarda i veri psicopatici e sottostimate per gli psicopatici da ricondurre alla categoria dei quasi-psicopatici.

³⁹ Secondo A.J. MARSHALL et al., *Corporate Psychopathy*, cit., p. 1 ss., verrebbero perfino utilizzati test psicometrici nella selezione del personale da assumere, al fine di individuare e reclutare i soggetti che presentano certi tratti di personalità di tipo psicopatico.

⁴⁰ R. SCHOUTEN, J.D. SILVER, *Almost a Psychopath*, in *Harvard Health Publication*, 2012, cit. in A. PENNATI et al., *Psicopatici e crisi finanziaria*, cit. p. 2, a proposito degli psicopatici acclarati aziendali.

⁴¹ Cfr, ad es., SCHMIDT, *Neuroeconomia*, cit., *passim*; C. CAMERER et al., *Neuroeconomics: How Neuroscience Can Inform Economics*, in *J. of Economic Literature*, 2005, p. 9 ss.

carismatici, visionari, mentre in realtà non si tratterebbe che di «falsi profeti coinvolti in comportamenti illeciti»⁴². Ed è stata proprio la natura psicopatica di queste personalità a richiamare l'attenzione degli studiosi e a far superare lo stereotipo che identificava la delinquenza dello psicopatico nella sola criminalità violenta. Dunque, come per quest'ultima criminalità si pongono interrogativi sulla capacità di intendere e di volere, anche con riferimento a quella economica diventa perciò inevitabile porsi questioni di imputabilità del suo autore, quando questi presenti tratti di personalità tali da consentire una diagnosi di psicopatia.

Se infatti non tutti i narcisisti o non tutti gli psicopatici sono delinquenti economici, che alcuni lo siano sembrerebbe un dato che non può più essere sottovalutato⁴³, ai fini non solo di una corretta politica criminale della prevenzione, ma anche di quella del garantismo, che fonda la responsabilità penale su giudizi di imputabilità personalizzati e scientificamente affidabili per il vincolo di realtà che tale categoria dommatica impone. Questo vincolo rende dunque attuale anche all'orizzonte del crimine dei colletti bianchi il dibattito che si è sviluppato sullo psicopatico e sulla sua inclinazione a delinquere e sulla necessità di diagnosi affidabili di psicopatia⁴⁴. Da tempo oggetto di indagine giuridica e clinico-specialistica, la psicopatia rappresenta una terra di confine fra la normalità e la anormalità, in cui le aree inesplorate sono ancora troppo estese per soddisfare le esigenze di certezza e di garanzia del diritto penale, quando si tratta di valutare il significato di infermità di mente della psicopatia ai fini del giudizio di imputabilità dell'autore del reato⁴⁵. Ma grazie alle indagini neuroscientifiche anche le carat-

⁴² Così F. PERRI, *Visionaries or False Prophets*, in J. *Contemporary Criminal Justice*, 2013, p. 331 ss. D'altra parte, da una ricerca relativamente recente svolta a livello mondiale su più di 5.500 imprese e 2.900 ipotesi di reato emergerebbe che per più della metà (53%) delle organizzazioni oggetto dell'indagine il delinquente economico mancherebbe della consapevolezza della illiceità del proprio comportamento, cfr. K.D. BUSSMANN, M.M. WERLE, *Addressing Crime in Companies. First Findings from a Global Survey of Economic Crime*, in *Brit. J. Criminol.*, 2006, 46, p. 1138.

⁴³ Mettono in guardia da un'eccessiva enfaticizzazione dei risultati a cui è giunta la ricerca sugli psicopatici aziendali, a volte anche definiti «organizational destroyers» e «monsters», S.F. SMITH, S.O. LILIENFELD, *Psychopathy in the workplace: The knowns and unknowns*, in *Aggression and Violent Behavior*, 2013, 18, p. 215 s., i quali sottolineano come a causa di questa enfaticizzazione venga trascurato il fatto che le prove finora raggiunte sul rapporto fra psicopatico e risultati negativi per l'azienda siano solo suggestive e non conclusive. Conclusiva sarebbe solo la constatazione di una correlazione positiva tra psicopatia e uso di tattiche fortemente manipolative, tra psicopatia e forme di bullismo e comportamenti controproducenti per l'organizzazione. Mentre pochi studi evidenziano la possibilità di un doppio effetto, non solo negativo, ma anche positivo della presenza di psicopatici in azienda (*double-edge sword hypothesis*); anche questo effetto andrebbe quindi studiato con più attenzione.

⁴⁴ Sottolinea questo aspetto, in particolare, S. MORSE, *Psychopathy and Criminal Responsibility*, in *Neuroethics*, 2008, 1, p. 205 ss.: «Qualsiasi progresso dipende dalla instaurazione di studi su campioni identificati in maniera affidabile» (citazione di p. 212).

⁴⁵ Il disorientamento della giurisprudenza si manifesta dalle differenti decisioni sulla rilevanza da attribuire alle psicopatie e dalla difficoltà di inquadramento nosografico in tale categoria di alcune pa-

teristiche di personalità psicopatica, quale ad esempio quella frequentemente riscontrata nel *corporate psychopath* della mancanza di senso morale, di empatia sembrano trovare oggi una loro localizzazione cerebrale. In breve, avrebbero una base organica⁴⁶. Si è ad esempio riscontrato un minor volume della sostanza grigia nelle zone prefrontali rispetto ad individui sani e con riferimento al disturbo antisociale di personalità alcuni studi hanno riscontrato un volume prefrontale ridotto nell'emisfero sinistro. Altri studi hanno invece indagato le reti cerebrali, riscontrando che il cervello di soggetti psicopatici avrebbe un volume inferiore delle aree preposte alle decisioni morali (corteccia prefrontale mediale, solco temporale superiore, corteccia temporale anteriore) e dell'insula e una attività quasi assente delle aree cerebrali emozionali, mancanza di sentire empatico, come l'amigdala, la corteccia cingolata anteriore ventrale dorsale, quella posteriore cingolata con lo striato ventrale. Altre ricerche ancora hanno evidenziato la possibile origine genetica della psicopatia⁴⁷.

Grazie alle neuroimmagini sembra dunque oggi possibile la prova oggettiva che anche per i disturbi di personalità, comprese le psicopatie, è possibile rintracciare un correlato neurale, tale da far pensare che sarebbe più corretto definire questi soggetti non più e non tanto *bad* quanto semplicemente *mad*. In realtà, aperta rimane la questione se lo psicopatico sia semplicemente un soggetto amorale (*bad*) o se questa mancanza o deficienza di senso morale rappresenti la sua malattia e quindi sia da considerare un soggetto psichicamente disturbato (*mad*). Per chi opta per la prima alternativa le azioni dello psicopatico non sarebbero che il risultato della sua cattiveria più che della sua pazzia e in quanto tali andrebbero punite. «Conseguentemente – si afferma – l'essere psicopatico non può valere come scusante, altrimenti si trasgredirebbe un principio fondamentale del nostro sistema legale scagionando il cattivo»⁴⁸. Chi opta per la seconda conclude che non essendo lo psicopatico in grado di comprendere il significato di disvalore sociale delle proprie azioni e delle conseguenze ad esse collegate, a questo soggetto potrebbe almeno riconoscersi una capacità grandemente scemata⁴⁹.

tologie psichiche, anche perché i moderni manuali diagnostici, DSM, ICM, hanno sostituito a tale terminologia quella più ampia di disturbo della personalità, includendovi anche quello antisociale. In giurisprudenza v., per tutte, Cass. Sez. un. 8 marzo 2005, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 7, p. 837 ss.

⁴⁶ Per una rassegna di queste basi cerebrali e genetiche, v., fra gli altri, J. PEMMENT, *The neurobiology of antisocial personality disorder: The quest for rehabilitation and treatment*, in *Aggression and Violent Behavior*, 2013, 18, p. 79 ss.

⁴⁷ Per una panoramica su questi studi, nella letteratura italiana, v. A. LAVAZZA, L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Torino, 2012, p. 162 ss.

⁴⁸ H.L. MAIBOM, *The Mad, the Bad, and the Psychopath*, in *Neuroethics*, 2008, p. 182, e ivi la bibliografia.

⁴⁹ Per una sintesi del dibattito in proposito si rinvia a A. PENNATI, I. MERZAGORA, G.V. TRAVAINI, *Carneade*, cit., p. 589 e ivi la bibliografia.

Dal dibattito emerge così che le scoperte neuroscientifiche in realtà non sembrano aver aiutato a dissipare il disagio di fronte al comportamento penalmente illecito dello psicopatico, nel momento in cui per tali ricerche questo soggetto, seppur incapace di provare empatia data l'origine neurobiologica del disturbo, sarebbe comunque in grado di un comportamento razionale e di capire le conseguenze delle sue azioni⁵⁰, mentre per il neurodeterminismo proprio tale origine sarebbe da considerare dimostrazione della ineluttabilità del delitto e della intrattabilità dello psicopatico, autore del reato⁵¹. Insomma, allo psicopatico non potrebbe essere legalmente imputata, ad esempio, l'assenza di senso morale⁵².

Sul fronte del diritto occorre osservare che quello delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 2005 non può essere considerato un intervento risolutore⁵³. Infatti, se per un verso la Corte ha chiarito che nel concetto di infermità di cui agli artt. 88 e 89 del codice penale sono da ricomprendere anche i disturbi di personalità e che all'infermità può essere riconosciuta efficacia scusante solo quando sia di gravità tale da aver compromesso o escluso la capacità di intendere e di volere dell'imputato e sia eziologicamente riconducibile al reato commesso, per altro verso la Corte di legittimità ha definitivamente aperto il concetto di infermità mentale anche ai disturbi di personalità e quindi anche alle psicopatie, facendo così ricadere sulla prassi ulteriori impegni di accertamento, ai quali i

⁵⁰ «Qualsiasi scoperta possano fare le ricerche, ai fini del diritto, il comportamento dell'agente rimarrà la pietra di paragone della responsabilità, perché tutti i criteri di responsabilità sono comportamentali. Se l'imputato si comporta razionalmente sarà da considerare responsabile, non interessa ciò che la scansione cerebrale può indicare. E vice versa. Le azioni parlano più forte delle immagini». In questi termini S. MORSE, *Psychopathy and Criminal Responsibility*, cit., p. 212, il quale conclude che non potranno che essere i progressi delle neuroscienze a convincere il legislatore che gli psicopatici sono soggetti da continuare a considerare responsabili o al contrario che per la psicopatia si può invocare la *insanity defense*. Così come potranno essere le nuove tecniche ad aiutare nelle prognosi di pericolosità, rendendole più affidabili e ciò a vantaggio del singolo soggetto psicopatico e della collettività. Con riferimento alla realtà americana, osserva conclusivamente l'A., che attualmente gli psicopatici criminali sono considerati responsabili e non sono soggetti alla ospedalizzazione involontaria solo a causa della loro psicopatia. Tuttavia, una grave psicopatia potrebbe giustificare un verdetto di non responsabilità nel caso in cui l'infermità abbia privato il soggetto della capacità di raziocinio, che è presupposto fondamentale per una giusta condanna.

⁵¹ Su empatia e psicopatia, v. S. BARON-COHEN, *La scienza del male. L'empatia e le origini della crudeltà*, Milano, 2012, *passim*. Emblematico è dunque il dibattito che si è sviluppato a proposito della capacità di responsabilità penale del soggetto psicopatico, della sua inclinazione a delinquere anche in forma violenta e della necessità di diagnosi affidabili di psicopatia.

⁵² A tale proposito non si è mancato di osservare che per gli scopi della giustizia penale lo psicopatico deve essere considerato responsabile delle proprie azioni, dato che la responsabilità legale non presuppone necessariamente quella morale, potendo la legge godere di una certa autonomia sotto tale profilo, H.L. MAIBOM, *The Mad, the Bad, and the Psychopath*, cit., p. 167 ss.

⁵³ Cass. Sez. un. 8 marzo 2005, cit.

giudici fino alla sentenza potevano sottrarsi, affermando che simili disturbi non rientravano nel concetto codicistico di infermità⁵⁴.

In questo concetto la giurisprudenza *post* Sezioni Unite ha così fatto rientrare anche il disturbo di personalità, e in particolare anche quello antisociale, che è stato ritenuto in grado di «incidere, escludendola o scemandola grandemente, sulla capacità di intendere o di volere»⁵⁵. E anche laddove il disturbo della personalità è stato ritenuto «non rientrante nel concetto di infermità mentale», si è affermato che esso, «a differenza delle anomalie del carattere, può essere preso in esame ... quando si traduca in uno stato patologico in grado di escludere o scemare grandemente la capacità» di intendere o di volere⁵⁶.

Oggi dunque la diagnosi di psicopatia, in particolare se sorretta da riscontri cerebrali o genetici, potrebbe avere rilievo ai fini della verifica della capacità di intendere e di volere del soggetto attivo anche nel settore del reato economico, ma in che termini?

Alla luce delle considerazioni svolte risulta che dare una risposta al momento non sembra possibile. Ciò che invece si può fare è volgere lo sguardo dove il confronto con la prova neuroscientifica sembra ormai far parte dell'esperienza quotidiana dei giudici e cioè l'esperienza americana, e in particolare quella relativa all'impatto del sapere esperto neuroscientifico sulla decisione circa la sanità mentale dell'autore del reato, specialmente se psicopatico.

La questione è stata posta all'ordine del giorno da alcune ricerche sperimentali⁵⁷, dalle quali sarebbe emerso che i giudici arriverebbero a decisioni meno severe quando si tratta di condannare, in particolare se alla pena capitale, un soggetto psicopatico, la cui infermità ha trovato riscontro in prove neurogenetiche o neurobiologiche, ma nello stesso tempo la prova di una sua predisposizione genetica al crimine favorirebbe anche decisioni in funzione di difesa sociale, determinate da una prognosi di pericolosità sociale del soggetto.

⁵⁴ Come, ad esempio, per Cass. 9 aprile 2004, CED 227926 «la capacità di intendere e di volere non è esclusa dal fatto che il soggetto sia affetto non da infermità mentale in senso patologico, ma solo da anomalie psichiche o da disturbi di personalità»; Cass. 17 giugno 1997, CED 207825: «Le cosiddette “abnormità psichiche”, quali le nevrosi o le psicopatie, non indicative di uno stato morboso a differenza delle psicosi acute o croniche, e che si concretano in anomalie del carattere o della sfera affettiva, non sono annoverabili tra le infermità mentali anzidette e non sono rilevanti ai fini dell'applicazione degli artt. 88 e 89 del codice penale».

⁵⁵ Cass. 9 febbraio 2006, CED 233228.

⁵⁶ Cass. 22 gennaio 2006, CED 233278: «Tale può essere anche uno stato emotivo e passionale, dovuto allo stress coniugale conseguente alla crisi del rapporto coniugale, che determini una compromissione della capacità di volere e si associ ad uno status patologico anche se di natura transeunte».

⁵⁷ Sull'influenza delle prove neuroscientifiche sulle decisioni dei giudici americani con riferimento a studi meno recenti, si rinvia a M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 927 ss.

Le prove neuroscientifiche potrebbero così rivelarsi un'arma a doppio taglio⁵⁸ anche sul fronte del crimine dei colletti bianchi. Se per un verso, infatti, per la valutazione della capacità di intendere e di volere la diagnosi di psicopatia, suffragata da riscontri neuroscientifici, così come per il delinquente comune anche per il criminale economico dovrebbe significare una maggiore attenzione al versante soggettivo del reato, onde quantomeno vincere presunzioni di colpevolezza e garantire risposte sanzionatorie adeguate, proporzionate alle reali condizioni psichiche dell'autore del reato, per altro verso tali prove potrebbero favorire prognosi positive di pericolosità sociale. Abbiamo infatti visto come il comportamento criminale dello psicopatico economico sia stato già descritto in termini particolarmente allarmistici per le conseguenze che da esso deriverebbero sia sul terreno

⁵⁸ Secondo la ricerca di L.G. ASPINWALL, T.R. BROWN, J. TABERY, *The Double-Edged Sword: Does Biomechanism Increase or Decrease Judges' Sentencing of Psychopaths?*, in *Science*, 2012, 337, p. 846 ss. Non solo questi risultati hanno trovato ampia risonanza nei media, ma lo studio è stato anche pubblicato in una delle più prestigiose riviste scientifiche. All'interno della comunità scientifica non sono tuttavia mancate critiche a questo studio, per un verso in quanto carente sotto il profilo metodologico e non rappresentativo di come le informazioni genetiche e neurobiologiche possano effettivamente influire sulle decisioni giudiziarie, per altro verso perché si tratterebbe di uno studio incompleto, che potrebbe comunque mettere in cattiva luce l'ingresso delle neuroscienze nel processo penale, diffondendo il mito che grazie alle prove genetiche l'imputato non è più un individuo responsabile delle proprie azioni ovvero enfatizzando in maniera incontrollata la forza persuasiva della testimonianza neurogenetica a scapito delle altre prove presenti nel processo, così D.W. DENNO, *What Real-World Criminal Cases Tell Us about Genetics Evidence*, in *Hastings L. J.*, 2013, p. 1591 ss. Sulla mancanza di una dimostrazione in sede sperimentale della capacità delle sole scansioni cerebrali di influenzare la decisione a favore della infermità di mente, v. anche N.J. SCHWEITZER, M.J. SAKS, *Neuroimage Evidence and the Insanity Defense*, in *Behavioral Sciences and the Law*, 2011, 29, 592 ss., i quali sulla base degli studi sperimentali condotti concludono che le neuroimmagini in sé non avrebbero reso più propensi i giurati a riconoscere l'imputato non colpevole per infermità mentale. Sarebbe invece l'insieme delle prove neuroscientifiche ad avere maggiore forza persuasiva rispetto ad altri tipi di prova, come ad esempio quella clinico-psicologica, quando si tratta di dimostrare che l'imputato al momento del fatto aveva una diminuita capacità di controllo delle proprie azioni. Questo effetto sarebbe leggermente più intenso se fra queste prove sono presenti anche immagini del cervello; v. anche N.J. SCHWEITZER, M.J. SAKS, E.R. MURPHY e al., *Neuroimages as Evidence in a Mens Rea Defense: No Impact*, in *Psychology, Public Policy, and Law*, 2011, 17, 3, p. 357 ss., Una ricerca ancora più recente confermerebbe in parte questi risultati, cfr., M.J. SAKS, N.J. SCHWEITZER, E. AHARONI, K.A. KIEHL, *The Impact of Neuroimages in the Sentencing Phase of Capital Trials*, in *J. of Empirical Legal Studies*, 2014, 11, 1, p. 105 ss. e ivi l'ampia bibliografia. A favore invece di una valutazione selettiva dei dati neuroscientifici in ragione delle predisposizioni individuali, nel senso che la dimostrazione neuroscientifica sarà ritenuta valida se conferma le convinzioni del soggetto e rifiutata se le smentisce, come avviene per le altre tipologie di risultanze scientifiche, sembrano essere studi empirici più recenti, cfr. A. SHNIDERMAN, *The Selective Allure of Neuroscience and Its Implications for The Courtroom*, in *The Jury Expert. The Art and Science of Litigation Advocacy*, 2014, 26, 4, p. 1 ss.; N. SCURICH, A. SHNIDERMAN, *The Selective Allure of Neuroscientific Explanations*, in *PLoS One*, 2014, 9, p. 1 ss.

economico-finanziario interno all'organizzazione⁵⁹ sia su quello dell'economia finanziaria collettiva, come nel caso della *Global financial crisis*⁶⁰. Né, d'altra parte, sembrerebbe una scelta fondata anche empiricamente quella a favore di una pena in funzione di retribuzione, se dalle scoperte neuroscientifiche viene l'indicazione che per determinati delinquenti, come in particolare gli psicopatici, una pena di tal genere non avrebbe alcun senso.

Negli scenari attuali dei giudizi di imputabilità in Italia, non si può quindi escludere che anche nei confronti del criminale dal colletto bianco si possa arrivare ad un verdetto di infermità per psicopatia, alla luce degli ultimi orientamenti della Cassazione a proposito del concetto di infermità mentale di cui agli artt. 88 e 89 c.p. Tuttavia la dottrina mette in guardia contro il rischio di medicalizzazioni anche dello psicopatico aziendale, nel tentativo di trovare le ragioni per le quali un soggetto con disturbi della personalità diventa un manager di successo e non un deviante violento. Secondo questa dottrina «sarebbe erroneo cercare modelli medici di malattia»⁶¹ per questi soggetti, che – come osserva ancora altra dottrina – in effetti «non hanno una “malattia mentale” nel senso comunemente inteso (un disturbo che genera una significativa compromissione del funzionamento sociale), non sono deliranti, e spesso possono risultare più intelligenti e razionali (ma di una razionalità fredda) dei non psicopatici»⁶².

4. Quale prevenzione

Allora, la vera questione non è tanto quella relativa alla capacità di intendere e di volere dei delinquenti economici che, nonostante sia rimasta fino ad ora fuori dall'orizzonte dei giudici, si pone semmai nei termini di quella generale e controversa dell'imputabilità dei soggetti psicopatici, quanto piuttosto quella sui possibili rimedi preventivi. Fra essi, come prima strategia, viene proposto di «individuare i soggetti psicopatici e poi evitare che occupino posizioni apicali e strategiche nelle aziende»⁶³. Uno screening, questo, che sarebbe reso possibile dalla di-

⁵⁹ Cfr., ad es., P. BABIAK, R.D. HARE, *Snakes in Suits. When Psychopaths Go to Work*, New York, 2006, *passim*.

⁶⁰ Cfr., ancora, C. BODDY, *The Implications of Corporate Psychopaths for Business And Society: An Initial examination and A Call To Arms*, in *Australian J. of Business and Behavioral Science*, 2005, 1, p. 30 ss.

⁶¹ B.J. BOARD, K. FRITZON, *Disordered personalities at work*, in *Psychology, Crime & Law*, 2005, 11, p. 28.

⁶² A. PENNATI, M. MOZZONI, I. MERZAGORA, *Psicopatici e crisi finanziaria*, cit., p. 1.

⁶³ I. MERZAGORA, A. PENNATI, G.V. TRAVAINI, *Psychology and Psychopatology of White Collar Crime*, cit., p. 175, i quali osservano che i codici etici di cui si sono dotati le organizzazioni per far fronte ai problemi derivanti dalla mancanza di etica di alcuni managers, seppure importanti, si sono

sponibilità di test ormai corroborati, e che si rivela importante, se è vero – come sembra – che più si sale nell'organizzazione più è probabile incontrare *corporate psychopaths*, poiché grazie alla loro furbizia e alla loro capacità di manipolazione riuscirebbero a tenere il comportamento che fa una migliore impressione sul posto di lavoro e durante i colloqui professionali⁶⁴. Per l'attuazione di tutto ciò diventa fondamentale la propensione delle organizzazioni a cooperare, ma, si osserva, «non sempre ... queste ultime sono particolarmente collaborative»⁶⁵. Sotto questo profilo, indicazioni interessanti potrebbero essere tratte dall'esperienza di quei paesi di *common law*, che già si confrontano con istituti che si basano su modelli a contenuto prescrittivo-negoziale. Si pensi in particolare al Regno Unito e agli Stati Uniti d'America, dove, attraverso i c.d. *Deferred Prosecution Agreements*, è possibile giungere ad un accordo avente ad oggetto l'assunzione e l'adempimento da parte dell'ente di una serie di obblighi, in cambio dell'archiviazione del procedimento penale nei confronti dell'ente stesso. Fra questi obblighi a carico dell'organizzazione spicca in primo piano quello di colla-

infatti rivelati insufficienti. Ma, sotto il profilo che qui interessa, sembra lecito dubitare anche dell'efficacia dei *compliance programs*, se si considera che fra le *Guidelines* emanate nel 1991 dalla *United States Sentencing Commission* per la commisurazione della pena nei confronti delle persone giuridiche è rintracciabile anche quella che prevede che la società adotti un programma di autoregolamentazione, fra i cui elementi compare anche quello di un'attenta selezione dei dipendenti secondo il criterio della "propensione al reato", cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 119 ss.

⁶⁴ Cfr., in particolare, C. BODDY, *The Implications*, cit., p. 34. Conferma il dato relativo alla posizione interna ed elevata dell'autore del reato economico la ricerca già richiamata di K.D. BUSMANN, M.M. WERLE, *Addressing Crime in Companies*, cit., p. 1135 ss., non solo, ma da tale studio sarebbe emerso anche che le perdite finanziarie e i danni collaterali, come la perdita di reputazione, derivanti dal reato economico sono più gravi quanto più alto è lo status dell'autore dell'illecito all'interno dell'organizzazione.

⁶⁵ I. MERZAGORA, A. PENNATI, G.V. TRAVAINI, *Psychology and Psychopatology of White Collar Crime*, cit., p. 175. V. anche K.D. BUSMANN, M.M. WERLE, *Addressing Crime in Companies*, cit., p. 1135 ss., dalla ricerca dei quali sarebbe risultato una sottovalutazione del rischio di reato economico da parte dell'ente, nonostante le ampie strategie di controllo messe in atto da quest'ultimo per impedire il sorgere di tale rischio. Sarebbe inoltre emerso un atteggiamento di copertura dei crimini, la cui scoperta è peraltro principalmente dovuta all'organizzazione (grazie soprattutto ad un sistema di delazione interna, che si è rivelata efficace in particolare per reati come quello di corruzione e non tanto per quelli di riciclaggio e di *insider trading*), che tuttavia nella maggioranza dei casi non denuncierebbero. Insomma, di fronte al criminale dal colletto bianco interno all'impresa, la reazione di quest'ultima sarebbe spesso determinata dall'esigenza di ridurre il danno reputazionale, riservando un trattamento di favore all'autore del reato se appartenente alla compagine societaria e con un elevato ruolo economico. Cfr., anche, R. SCHOUTEN, *Psychopaths on Wall Street*, cit., il quale ritiene che l'unico modo quando si ha a che fare con veri psicopatici aziendali sia quello di estrometterli dall'organizzazione il più presto possibile. Gli psicopatici acclarati infatti non si fanno intimidire dalla paura e non imparano dalla punizione, mentre i quasi-psicopatici sono ancora in grado di capire le conseguenze negative, in termini di sanzioni, a cui si espongono con il loro comportamento illecito.

borare attivamente con l'autorità inquirente alla identificazione delle persone fisiche responsabili del reato⁶⁶.

Un altro rimedio preventivo viene individuato nella «sensibilizzazione della popolazione e – in particolare – di categorie specifiche di professionisti, coinvolgendo le stesse multinazionali che operano nel campo della finanza, delle grandi aziende e più in generale dell'economia di servizio, interessando ogni livello del management, mettendo in evidenza i pericoli reali legati a comportamenti psicopatici ... Occorre quindi un atteggiamento proattivo, che si basi sulla conoscenza diffusa del fenomeno»⁶⁷. Si tratta di interventi fondati su un approccio psicoeducazionale al fenomeno, che fanno leva sulla divulgazione di notizie «relative alla dimensione psicopatica» e che suggeriscono «strategie di coping nei suoi confronti»⁶⁸. Tale approccio potrebbe servire anche a sensibilizzare i giudici sulla questione dell'imputabilità del delinquente economico. Inoltre, con riferimento alle strategie manageriali si stanno sviluppando ricerche che, utilizzando i risultati della neuroscienza comportamentale, hanno portato allo sviluppo della c. d. neurostrategia che potrebbe rivelarsi utile per l'implementazione di strategie comportamentali corrette⁶⁹.

Quanto infine al panorama delle sanzioni per gli autori di reati economici, anche per tali soggetti esso dovrebbe arricchirsi di inediti e interessanti scenari a fa-

⁶⁶ Nel Regno Unito questa possibilità di accordo con la Pubblica Accusa è stata introdotta di recente, il 24 febbraio 2014, nel *Crime and Courts Act 2013*. Sui *Deferred Prosecution Agreements* prima della loro introduzione, cfr. F. MAZZACUVA, *Crime and Courts Bill: verso l'introduzione dei Deferred Prosecution Agreements per i Corporate Offenders nel Regno Unito*, in *Ius17@unibo.it*, 2013, p. 99 ss.

⁶⁷ A. PENNATI, M. MOZZONI, I. MERZAGORA, *Psicopatici e crisi finanziaria*, cit., p. 2.

⁶⁸ A. PENNATI, I. MERZAGORA, *The Corporate Psychopaths Theory of the Big Financial Crisis: implicazioni criminologiche e sanitarie*, Intervento al XXVIII Convegno Nazionale della Società Italiana di Criminologia, *Bad or Mad. Il controverso rapporto fra disturbo mentale e crimine violento*, Bari, 25-27 settembre 2014. Sottolineano l'importanza di interventi educazionali, volti cioè a promuovere il comportamento eticamente corretto, in particolare T.L. TANG, Y. CHEN, *Intelligence Vs Wisdom: The Love of Money, Machiavellianism, and Unethical Behavior across College Major and Gender*, in *J. Bus. Ethics*, 2008, 82, p. 13, a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti e per la bibliografia. Dalla ricerca sperimentale condotta su studenti universitari di economia e di psicologia sarebbe risultato che quelli di economia sono più sensibili alle sollecitazioni a tenere una condotta economica eticamente accettabile. In altre parole, questi studenti, se esposti ad un intervento di sensibilizzazione verso condotte etiche nel campo degli affari, avrebbero significativamente mutato il loro atteggiamento verso il comportamento inaccettabile sotto il profilo etico e avrebbero ridotto la loro propensione a commettere in particolare furti. Non così per gli studenti di psicologia "non trattati", che non avrebbero manifestato simili cambiamenti. Inoltre, l'attitudine al machiavellismo sarebbe risultata favorire la relazione fra amore per il denaro e comportamento non etico da parte degli studenti di economia ma non di quelli di psicologia.

⁶⁹ Cfr. T. POWELL, *Neurostrategy*, in *Strategic Management Journal*, 2011, p. 1484 ss., ad esempio per potenziare l'autocontrollo dell'uomo economico che sembra si comporti come se ritenesse di avere più identità: in particolare, una riflessiva e razionale che programma a lungo termine e una invece impulsiva e irriflessiva, della decisione immediata, incapace di accettare gratificazioni dilazionate.

vore di una risposta penale con finalità di prevenzione speciale, a contenuto trattamentale-riabilitativo⁷⁰, nel rispetto comunque dei principi fondamentali di proporzionalità e di dignità della persona. In tal direzione dovrebbero progredire anche le ricerche delle neuroscienze forensi⁷¹, onde offrire nuove forme di intervento (siano esse di tipo terapeutico, farmacologico, psicoterapeutico o neurologico), così da infondere una nuova speranza contro il pessimismo che governa attualmente le prognosi di recidiva dei soggetti con disturbi psichici, soprattutto se di natura psicopatica⁷².

Fra i dati empirico-fattuali⁷³, anche in tema di criminalità economica quelli più attuali sono sicuramente i risultati offerti dalle neuroscienze, che anche in questo

⁷⁰ A tal fine, soprattutto per lo psicopatico aziendale sembra importante distinguere fra “psicopatico primario” e psicopatico secondario” a seconda che sia presente (psicopatico primario) o meno (psicopatico secondario) un disturbo biogenetico, rappresentato da un’abnorme povertà di connettività dei centri emozionali cerebrali. L’assenza di questo disturbo negli psicopatici secondari, che costituirebbero l’85% degli psicopatici, renderebbe questi soggetti più sensibili ad interventi trattamentali, mirati a far sorgere conflitti morali e rimorso, cfr. A. MARSHALL, D. BADEN, M. GUIDI, *Can an Ethical Revival of Prudence Within Prudential Regulation Tackle Corporate Psychopathy?*, in *J. Bus. Ethics*, 2013, 117, p. 559.

⁷¹ Con particolare attenzione ai disturbi neurocognitivi associati alla condotta delinquenziale, cfr. T. TUOMINEN et al., *Neurocognitive disorders in sentenced male offenders: Implications for rehabilitation*, in *Criminal Behavior and Mental Health*, 2013, p. 36 ss. e ivi la bibliografia, i quali fra l’altro rilevano che alcuni deficit cognitivi possono essere collegati a disturbi della percezione, del giudizio e dell’interazione sociali e che in considerazione di ciò diventa importante prevedere programmi riabilitativi delle capacità cognitive e concludono che ai fini di adeguati e più efficaci programmi di recupero di coloro che hanno commesso un reato, in particolare se recidivi, diventa importante individuare preliminarmente le eventuali lacune neurocognitive nei soggetti destinatari di tali programmi. Richiama l’attenzione sulla necessità di una riflessione particolarmente seria sulle implicazioni per la persona, la sua libertà e autonomia quando si tratta di misure orientate alla prevenzione speciale, in particolare se includono trattamenti neurologici, M. PÉREZ MARZANO, *Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencias*, in *InDret*, 2011, 2, p. 25.

⁷² Pessimismo che sembrerebbe giustificato dai dati sulla recidiva di soggetti psicopatici sottoposti a trattamento, cfr., in particolare, H. BLASCO-FONTECILLA, *Teoría de evolución y psicopatía: Nacidos para delinquir?*, in E. DEMETRIO CRESPO, M. MAROTO CALATAYUD (a cura di), *Neurociencias y Derecho penal*, Madrid, 2013, p. 521 ss. e ivi la bibliografia. V. anche, da ultimo, J. PEMMENT, *The neurobiology of antisocial personality disorder*, cit., p. 82, il quale rileva che le radici organiche del disturbo antisociale di personalità sono da rintracciare in deficienze ed errori del processo evolutivo verso la maturità, verso l’età adulta, che si sono a tal punto consolidati nel tempo che sembra impossibile un programma trattamentale adeguato. Un altro ostacolo al trattamento starebbe nella difficoltà di trovare soggetti che volontariamente accettano di sottoporsi al trattamento. A favore di interventi trattamentali, cfr. J. YAKELEY, *Treating the untreatable? Evolution of a community mentalization-based service for antisocial personality disorder*, in *Forensische Psychiatrie und Psychotherapie*, 2013, 20, 3, p. 247 ss. Evidenzia alcuni profili critici del trattamento neurologico come intervento risocializzante M. PÉREZ MARZANO, *Fundamento y fines del Derecho penal*, cit., p. 26 ss.

⁷³ Cfr. W. FRISCH, *Defizit empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht*, in *Festschrift M. Maiwald, Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht*, Berlin, 2010, p. 239 ss. Per una recente rassegna di questi dati a proposito del crimine economico, v. S. SIMPSON, *White-Collar Crime: A*

settore – come si è visto – sembrano poter fornire fondamentali informazioni sulla incidenza che determinate patologie o funzioni cerebrali possono avere sull'agire economico. Anche se non definitivi⁷⁴, questi dati potrebbero comunque già essere utili per comprendere il delinquente economico ai fini delle valutazioni di imputabilità, di dolo, di colpa, di trattamento sanzionatorio, di prognosi di pericolosità sociale. Comprensione fondamentale per fare sì che la risposta penale rappresenti effettivamente l'ultima risorsa di prevenzione di una criminalità che ci lascia sgomenti, in particolare quando apprendiamo dalle motivazioni delle sentenze che troppo spesso gravi politiche d'impresa sono sorrette da ragioni esclusivamente economiche. In questi termini, esemplare, una recente sentenza, dove si legge che gli imputati «pur non ponendosi come scopo primario quello di cagionare un disastro, erano pienamente a conoscenza della illegittimità delle emissioni della centrale e della loro nocività per l'ambiente e la salute, ciononostante omisero consapevolmente di porre in essere misure necessarie al loro contenimento, al fine di perseguire lo scopo della massimizzazione del profitto a favore di ENEL»⁷⁵. Una piena conoscenza dell'illegittimità del comportamento, della sua nocività per la salute e per l'ambiente tale da aver provocato un gravissimo disastro ambientale e che forse ci avrebbe lasciato meno sgomenti se fosse stata attribuita alla lucidità e alla freddezza di una mente psicopatica⁷⁶.

Review of Recent Developments and Promising Directions for Future Research, in *Ann. Rev. Sociol.*, 2013, 39, p. 309 ss.

⁷⁴ Cfr. S. F. SMITH, S.O. LILIENFELD, *Psychopathy in the workplace*, cit., p. 215 s.

⁷⁵ Trib. Rovigo, 31 marzo 2014, in *Dir. pen. contemporaneo*, 16 ottobre 2014, p. 96: «... il comportamento tenuto dagli imputati ... nell'intera vicenda è stato dettato dalla volontà di contenere i costi di esercizio della centrale e quindi di aumentare gli utili di impresa, omettendo di destinare sufficienti risorse alla salvaguardia della salute pubblica e dell'ambiente circostante l'impianto (di particolare pregio ed interesse naturalistico)» (citazione di p. 92).

⁷⁶ Della quale studi empirici recenti confermano il disimpegno morale, che consente allo psicopatico di successo di assumere decisioni non etiche di fronte alle scelte d'affari moralmente connotate, c.d. dilemmi morali, senza sentirsi personalmente coinvolto da tali decisioni e dalle conseguenze negative che da esse derivano o possono derivare, cfr., in particolare, G.W. STEVENS, J.K. DEVLING, A.A. ARMENAKIS, *Successful Psychopaths: Are the Unethical Decision-Makers and Why?*, in *J. Bus. Ethics.*, 2012, 105, p. 139 ss.

MICHELE TARUFFO

ASPETTI DEL PRECEDENTE GIUDIZIALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Che cos'è un precedente. – 3. Dimensioni del precedente. – 3.1. Pluralità di corti supreme. – 3.2. Precedenti sovranazionali. – 4. Che cosa *non* è un precedente. – 5. Efficacia del precedente. – 6. Universalismo *vs* particolarismo. – 7. Un diverso punto di vista.

1. Introduzione

Da quando si è acquisita consapevolezza del fatto che anche nei sistemi di *civil law talvolta* le decisioni di casi successivi si uniformano a decisioni di casi precedenti, soprattutto se queste ultime provengono da corti supreme o superiori¹, l'invocazione al precedente giudiziale è diventata una specie di *mantra* recitato a ripetizione da dottrina², giurisprudenza, ed anche da qualche legislatore³.

¹ Nell'ampia letteratura in argomento cfr. soprattutto, per analisi di carattere comparatistico relative anche a paesi di *civil law*, le relazioni pubblicate in *Precedent and the law*, a cura di E. Hondius, Bruxelles, 2007, e i saggi raccolti in *Interpreting precedents. A comparative study*, a cura di D.N. MacCormick e R.S. Summers, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, 1997. V. inoltre TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 709 ss. e ID., *Dimensioni del precedente giudiziaro*, *ibidem*, 1994, p. 411 ss., anche per numerose altre indicazioni.

² Con particolare riferimento al diritto penale v. per tutti MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 29 ss. In particolare a proposito del diritto amministrativo cfr. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012.

³ Per limitarci all'Italia, vale la pena di ricordare che nel 2009 viene riformato l'art. 118 disp. att. c.p.c., che riguarda la motivazione della sentenza, nel senso che da allora la motivazione in diritto consiste nella "succinta esposizione delle ragioni giuridiche della decisione, *anche con riferimento a precedenti conformi*" [corsivo aggiunto]. Non è chiaro se per motivare in diritto si possa far riferimento *anche* o *soltanto* a precedenti conformi, e che cosa accada quando vi siano precedenti difformi, o addirittura questi siano la maggioranza (in proposito v. TARUFFO, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 376 ss.). Sul punto il legislatore interviene di nuovo con l'art. 79 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, ove il dubbio viene risolto dicendo che la motivazione in diritto può consistere nell'"esclusivo riferimento a precedenti conformi", con il che la motivazione in diritto viene ridotta sostanzialmente a zero. Per fortuna, in un soprassalto di resipiscenza, questa norma viene soppressa con la legge 9 agosto 2013, n. 98 (anche a questo proposito v. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 378 ss.). Analogamente, l'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., pure introdotto nel 2009, dice che il ricorso in Cassazione è inammissibile se la sentenza impugnata ha deciso questioni di diritto "in modo conforme alla giurisprudenza della Corte" e il ricorso non offre "elementi per confermare o mutare

Le ragioni di questo fenomeno sono varie, e possono avere aspetti diversi nei differenti contesti, ma una di esse si impone al di sopra di tutte le spiegazioni: si tratta della *uniformità* nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, che da tempo costituisce un valore ritenuto fondamentale, una sorta di oggetto del desiderio di quanti si occupano dell'amministrazione della giustizia. Nulla di particolarmente nuovo al riguardo: per limitare il discorso all'Italia basta ricordare il Calamandrei della *Cassazione civile*⁴ o le vicende che hanno portato all'unificazione della Cassazione penale nel 1888 e della Cassazione civile nel 1923⁵, o – ancora – l'art.65 della legge sull'ordinamento giudiziario, tuttora in vigore, ove si dice che la Corte di cassazione “assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge”, oltre a garantire “l'unità del diritto oggettivo nazionale”⁶.

L'uniformità viene dunque considerata come un fine che dovrebbe essere tendenzialmente conseguito in ogni sistema giuridico, e trova varie giustificazioni che vanno dalla necessaria uguaglianza di trattamento di tutti i cittadini quanto alla decisione di casi uguali – o meglio, di casi simili, come si vedrà⁷ – all'opportunità che le decisioni giudiziarie siano prevedibili (anche nella speranza che ciò riduca il numero delle controversie), alla necessità di assicurare la certezza del diritto attraverso la continuità degli orientamenti interpretativi⁸. Ecco che quindi il precedente viene generalmente considerato come lo strumento fondamentale per assicurare la realizzazione di alcuni valori o principi che si considerano essenziali per l'ordinamento giuridico e per la sua coerente attuazione attraverso la giurisprudenza, anche nei sistemi di *civil law* e non solo in quelli di *common law*.

Tuttavia, se si rivolge uno sguardo anche superficiale al complesso panorama dottrinale, giurisprudenziale e normativo che riguarda il precedente, balzano all'evidenza alcuni problemi rilevanti che caratterizzano l'argomento, almeno nelle modalità con cui esso viene solitamente affrontato e discusso. In particolare,

l'orientamento della stessa” (nella ricca letteratura sul punto cfr., anche per riferimenti, CARPI, TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 8ª ed., Padova, 2015, p. 1492).

⁴ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile. II. Disegno generale dell'istituto*, 1920, in ID., *Opere giuridiche*, vol. VII, Napoli, 1976, p. 57 ss.

⁵ Soprattutto sulla seconda vicenda v. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 181 ss., ed anche ID., *Calamandrei e l'unificazione della Cassazione*, in ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, p. 51 ss.

⁶ In argomento v. TARUFFO, *La Corte di Cassazione e la legge*, in ID., *Il vertice ambiguo*, cit., p. 59 ss., 70 ss., e da ultimo RICCI, *Il giudizio civile di Cassazione*, Torino, 2013, p. 32 ss.

⁷ Al riguardo non bisogna dimenticare la leibniziana *legge degli indiscernibili* secondo la quale due fatti uguali non esistono, e se vi sono due descrizioni uguali allora si tratta dello stesso fatto.

⁸ In proposito v. i contributi citati in nt. 1, e TARUFFO, *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 35 ss.

ci si imbatte in una serie di equivoci che rendono vaghi, imprecisi, e non di rado inattendibili, molti dei discorsi che vengono fatti intorno al precedente.

2. Che cos'è un precedente

Un primo equivoco, molto rilevante, riguarda ciò di cui si parla quando ci si riferisce al precedente. L'equivoco nasce dal fatto che la parola "precedente" viene usata per indicare oggetti molto diversi tra loro, alcuni dei quali – come ora si vedrà – non hanno nulla a che fare con il precedente in senso proprio.

Una prima distinzione che va tenuta presente è quella che si impone tra "precedente" e "giurisprudenza". Il "vero" precedente, infatti, è costituito o può essere costituito, da *una* decisione che successivamente viene considerata come una regola che si applica anche in casi successivi. Invece, la giurisprudenza è costituita da un *insieme* di decisioni, che può anche essere numeroso – come nel caso della nostra Corte di cassazione – e può includere centinaia o migliaia di sentenze sulle medesime questioni di diritto. Nulla di strano, allora, se la giurisprudenza può essere – e spesso è – ridondante, variabile, ambigua e contraddittoria, perché sulla stessa questione di diritto si possono verificare orientamenti interpretativi diversi e variabili. Estremizzando il discorso (ma non troppo) si può dire che una giurisprudenza come quella prodotta dalla Cassazione italiana è paragonabile ad una specie di immenso supermercato in cui, con la dovuta pazienza, ognuno può trovare ciò che vuole (ed anche il suo contrario)⁹. Da questo punto di vista norme come l'art. 360-*bis*, di cui si è fatto cenno in precedenza¹⁰, hanno il sapore dell'assurdità. Esse mostrano come il legislatore italiano sia completamente all'oscuro di ciò che è un precedente, e neppure sappia in che cosa consiste la giurisprudenza.

Tornando al precedente in senso proprio, bisogna osservare che esso si definisce essenzialmente in funzione di due fattori. Il primo fattore deriva dal fatto che ciò che "fa precedente" non è tutto ciò che si dice nella decisione in questione, bensì la *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto a cui il giudice ha fatto riferimento per qualificare giuridicamente la fattispecie oggetto di decisione, e – appunto – per decidere su di essa. Non costituiscono invece precedente gli *obiter dicta*, ossia tutte le argomentazioni o considerazioni che la sentenza contiene ma che non sono direttamente rilevanti per la decisione del caso. Nulla esclude che un giudice successivo faccia riferimento anche ad un *obiter dictum*, ma in questo

⁹ Su questi temi v. più ampiamente TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 713 ss.

¹⁰ V. *supra*, nt. 3.

caso non si tratterebbe di un precedente in senso proprio¹¹. Il secondo essenziale fattore è costituito dalla necessaria *analogia tra i fatti* del primo caso e i fatti del caso successivo¹²: perché in quest'ultimo caso si possa applicare la stessa *ratio decidendi* che ha determinato la decisione nel primo caso, occorre che i fatti dei due casi siano *abbastanza simili*, essendo ovvio – in caso di difformità delle situazioni di fatto – che non si giustificherebbe una decisione secondo quella *ratio decidendi*. In questa situazione, il secondo giudice ricorrerà al c.d. *distinguishing*, ossia alla dimostrazione di tale difformità, con ciò giustificando la non applicazione del precedente.

Sotto questo profilo appare ragionevole un'osservazione che a prima vista può sembrare paradossale, ossia che in realtà è il *secondo giudice* che – per così dire – *crea* il precedente adottando la medesima *ratio decidendi* del caso anteriore. Solo in questa ipotesi, infatti, si può propriamente dire che la prima decisione ha efficacia di precedente nei confronti della seconda. È evidente che il primo giudice può adottare una *ratio decidendi* ipoteticamente universalizzabile, e quindi potenzialmente applicabile anche a casi successivi (come accade per le pronunce delle “corti del precedente” di cui si parlerà più oltre), ma il successo di questa previsione, o speranza, dipende comunque da ciò che decideranno i giudici di questi ulteriori casi¹³. Si noti, d'altronde, che il *distinguishing* non è la sola tecnica di cui il secondo giudice dispone per evitare di seguire il precedente, e quindi per giustificarne l'inefficacia: il giudice inglese dispone infatti di un vasto repertorio di modi in cui può “liberarsi” del precedente¹⁴. Il riferimento ai fatti rimane comunque il fattore determinante per l'applicazione o la disapplicazione del precedente nei casi successivi.

Da ciò deriva una conseguenza rilevante nella prospettiva della definizione del precedente in senso proprio. Essa è che non si ha precedente in senso proprio tutte le volte che il secondo giudice non ragiona intorno ai fatti del suo caso, anche perché la stessa cosa *non* ha fatto il primo giudice. Ciò accade tutte le volte in cui la decisione che si assume come ipotetico precedente non si occupa, in realtà, dei fatti, ma si limita ad enunciare una regola di diritto senza che emerga

¹¹ Su questi concetti, fondamentali ed ovvi nella teoria del precedente, esiste una letteratura vastissima, sulla quale qualunque citazione sarebbe casuale ed incompleta. Nella letteratura italiana vale comunque la pena di vedere i saggi raccolti in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di G. Visintini, Padova, 1988, p. 25 ss., 113 ss., 125 ss. V. anche TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 420 ss.

¹² Al riguardo v. ampiamente SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Casistica e giurisprudenza*, a cura di L. Vacca, Milano, 2014, p. 91 ss.; WHITTAKER, *Precedent in english law: a view from the citadel*, in *Precedent and the law*, cit., p. 41 ss.

¹³ Cfr. WHITTAKER, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴ Per un'interessante analisi di queste tecniche cfr. MARSHALL, *Trentatre cose che si possono fare con i precedenti*, in *Ragion pratica*, 1996, fasc. 6, p. 29 ss.

alcuna connessione con i fatti di *quel* caso. Nulla di strano: basta pensare alle *massime* che costituiscono di fatto la gran parte della giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione a cui si fa di regola riferimento, per avere testi di poche righe in cui si enuncia una regola in termini generali ed astratti, senza alcuna connessione o spiegazione fattuale. D'altronde, la funzione istituzionale della Corte *esclude* – come è noto, almeno in teoria – che essa si possa occupare dei fatti della causa, essendo esclusivamente un giudice – il giudice supremo – della nomofilachia. Senza approfondire qui il tema come forse meriterebbe, questa osservazione sembra costituire una ragione sufficiente per dire che in realtà la Corte di Cassazione non enuncia precedenti in senso proprio.

Occorre tuttavia tener conto del fatto che si è ampiamente diffusa l'abitudine di usare la parola "precedente" non tanto nel suo significato proprio ed originario (che si è appena definito), bensì in un significato generico, impreciso, non rigoroso e sostanzialmente diverso. In sostanza, si parla di precedente a proposito di ogni decisione, di qualunque forma e contenuto – ma il riferimento più frequente è alle sentenze di corti superiori o supreme – che in qualche modo influenzi, o possa influenzare, la decisione di casi successivi¹⁵. In proposito vale la pena di sottolineare che in questo uso del termine "precedente" viene meno qualsiasi riferimento ai fatti che sono stati ad oggetto della prima decisione, e anche ai fatti che sono oggetto delle decisioni successive. Ciò spiega come mai il termine venga usato pure a proposito di decisioni – come quelle della nostra Corte di Cassazione – che non si occupano dei fatti, e addirittura anche a proposito delle massime redatte a cura dell'apposito Ufficio del Massimario. Ne discende, allora, che il precedente può essere costituito da qualsiasi enunciazione relativa alla soluzione di una questione di diritto, e nulla esclude che tale enunciazione non corrisponda affatto alla reale *ratio decidendi* che ha determinato la decisione del primo caso, ma possa consistere – come non di rado accade nelle massime – di qualunque cosa che sia stata detta nella relativa sentenza¹⁶.

3. Dimensioni del precedente

Per intendere correttamente il fenomeno del precedente, e i suoi limiti, è opportuno fare qualche sintetica considerazione intorno alle *dimensioni* che esso può avere¹⁷. La dimensione più rilevante, caratteristica in particolare del

¹⁵ Sulle modalità di questa influenza v. *infra*, par. 5.

¹⁶ Si tratta del fenomeno già da tempo segnalato da SACCO: v. ID., *La massima mentitoria*, in *La giurisprudenza per massime*, cit., p. 53 ss.

¹⁷ In argomento, e per ulteriori riferimenti, cfr. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 416.

precedente in senso proprio di cui si è appena parlato, è senz'altro la dimensione *verticale*. Essa si connette con la struttura gerarchica dell'organizzazione giudiziaria, che vede al vertice una corte suprema, e varie corti ai livelli inferiori. Il precedente verticale si ha soprattutto a proposito delle sentenze delle corti supreme, in quanto si ritiene che esse possano influenzare le decisioni di tutti gli altri giudici. Questi, in altri termini, debbono uniformarsi ai precedenti delle corti supreme¹⁸, ed è in questo modo, e per questa ragione, che tali precedenti dovrebbero realizzare l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto nell'ambito dell'intero sistema giurisdizionale. È in questa prospettiva, allora, che si parla di vere e proprie "corti del precedente", per significare che la funzione essenziale di queste corti consiste proprio nell'enunciare decisioni destinate a servire come precedenti, ossia come punti di riferimento per tutte le decisioni successive¹⁹. Il modello per certi versi "puro" di una corte del precedente è senz'altro rappresentato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Questa corte pronuncia ora solo alcune decine di sentenze all'anno (in tutte le materie, incluse le questioni di costituzionalità), e "decide di decidere" nel merito il ricorso (mentre in tutti gli altri casi dice semplicemente "*certiorari denied*", senza alcuna motivazione), in base ad un potere largamente discrezionale che le consente di scegliere i casi in cui ritiene opportuno pronunciarsi su una questione di diritto, per stabilire un precedente nuovo, per risolvere contrasti di giurisprudenza, o per provvedere all'*overruling* di un proprio precedente²⁰. In sostanza, l'attività della corte è orientata essenzialmente a ciò che si potrebbe definire come "governo dei precedenti".

Soprattutto dopo la riforma intervenuta nel 2001, che ha modificato i §§ 543 ss. della ZPO, anche il *Revisionsgericht* tedesco può essere considerato come una "corte del precedente", poiché il ricorso può essere ammesso solo quando sollevi una questione di diritto che abbia un *grundsätzlich Bedeutung* oppure quando la decisione della corte suprema sia necessaria per l'evoluzione del diritto o la conferma di una specifica giurisprudenza²¹.

¹⁸ Sull'intensità di questo vincolo v. *infra*, par. 5.

¹⁹ In argomento v. TARUFFO, *Le funzioni delle Corti Supreme*, cit., p. 11 ss., MARINONI, *O STJ enquanto corte de precedentes. Recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*, São Paulo, 2013.

²⁰ In proposito v. per tutti BARSOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999, e da ultimo BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2014, p. 86 ss., anche per numerosi riferimenti bibliografici.

²¹ Cfr. il § 543 della ZPO tedesca. In proposito si osserva giustamente che quindi la funzione della corte non è tanto di decidere casi individuali, quanto di unificare e razionalizzare l'intero sistema della giustizia civile. In questo senso cfr. MURRAY, STÜRNER, *German civil justice*, Durham, 2004, p. 386. Sulla corte suprema tedesca prima della riforma cfr. SONELLI, *L'accesso alla Corte Su-*

È dubbio, invece, che possano considerarsi come vere e proprie corti del precedente quelle corti che, come la nostra Cassazione, hanno soprattutto una funzione *retroattiva*, consistente principalmente nella correzione degli errori di diritto, sostanziale e processuale, *già compiuti* dai giudici inferiori (la c.d. nomofilachia), mentre solo *de facto*, non sempre ed in modo solo eventuale, svolgono una funzione *proattiva* consistente nel formulare regole che potrebbero essere seguite dai giudici dei casi successivi²².

Naturalmente non è possibile escludere che qualche efficacia di precedente venga riconosciuta anche alle decisioni di corti di livello inferiore nell'ambito della stessa gerarchia giudiziaria: ad esempio, la decisione di una Corte d'Appello potrebbe essere richiamata come precedente da giudici di primo grado. La dimensione verticale del precedente opera però, in questo caso, in modo limitativo: esso varrebbe come tale solo per i giudici appartenenti allo stesso distretto; altrimenti, si avrebbe un fenomeno diverso dal precedente in senso proprio.

L'altra dimensione rilevante del precedente è la dimensione *orizzontale*²³, ma a questo proposito occorrono alcune precisazioni. L'esempio più tipico del precedente orizzontale è il c.d. *autoprecedente*, che si ha quando il secondo giudice (ad esempio, una corte suprema) fa riferimento ad un *proprio* precedente. Non è affatto escluso che ciò accada, ed anzi si tratta di un fenomeno frequente nella prassi, ma al riguardo sorge un problema non trascurabile, in quanto normalmente si esclude che il riferimento di una corte ad una *propria* decisione passata abbia davvero efficacia di precedente. Bastino al riguardo pochi esempi. Per quanto riguarda la patria del precedente in senso proprio, ossia l'Inghilterra, va ricordato il *Practice Statement* con il quale nel 1966 la *House of Lords* comunicò che da quel momento non si sarebbe più ritenuta vincolata ai propri precedenti. In effetti negli anni successivi essa si discostò in pochi casi dai suoi precedenti, ma la negazione dell'autoprecedente era quanto mai chiara. Un altro esempio rilevante è, ancora una volta, quello della Corte Suprema degli Stati Uniti: è costante e normale, infatti, che la corte proceda all'*overruling* dei propri

prema e l'ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla Cassazione civile in un'ottica comparatistica, Torino, 2001, p. 82 ss., (e in particolare p. 88 ss., sul significato del criterio di *grundsätzlich Bedeutung*).

²² In proposito v. più ampiamente TARUFFO, *Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali*, in *Ann. dir. comp. e st. leg.*, 2011, p. 11 ss. A proposito della *Cour de Cassation* francese CADIET parla di una funzione *jurisprudentielle et normative*, alludendo al fatto che la corte pronuncia sentenze possibilmente destinate ad essere seguite dagli altri giudici (cfr. CADIET, *Le rôle institutionnel et politique de la Cour de Cassation en France: tradition, transition, mutation?*, in *Ann. dir. comp. e st. leg.*, 2011, p. 191 ss.).

²³ V. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 417, anche per riferimenti relativi ai punti successivi del testo.

precedenti, tutte le volte che essa ritiene – per le ragioni più diverse – che il precedente debba essere abbandonato²⁴. Un ulteriore esempio interessante, infine, è costituito dalla nostra Corte di Cassazione, che in una pronuncia recentissima²⁵, nega che nel nostro sistema esista lo *stare decisis* (ossia, pare di intendere, il precedente vincolante) ed in particolare nega che la stessa Corte sia tenuta a seguire i propri precedenti, neppure quando si tratti di decisioni pronunciate dalle Sezioni Unite.

3.1. *Pluralità di corti supreme*

Dal precedente verticale e dal precedente orizzontale si discostano altri fenomeni che pure hanno a che fare in vario modo con il precedente, e meritano qualche ulteriore considerazione.

Il primo di questi fenomeni si verifica quando nello stesso ordinamento sono presenti più corti supreme, come ad esempio, nel caso italiano, la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato²⁶. Nulla esclude che le decisioni di queste corti possano avere efficacia per i giudici delle rispettive giurisdizioni, ma se una di esse fa riferimento alla decisione di un'altra corte suprema non si ha certamente un precedente verticale, ma neppure un precedente orizzontale, trattandosi appunto di giurisdizioni distinte.

Situazioni peculiari si verificano, poi, a proposito delle corti costituzionali o – più in generale – della decisione di questioni di costituzionalità. Al riguardo occorre distinguere a seconda che ci si trovi in un sistema in cui il controllo di costituzionalità è *diffuso*, ovvero in un sistema in cui il controllo di costituzionalità è *accentrato* e viene svolto da apposite corti autonome rispetto al sistema giurisdizionale ordinario. Nel primo caso, e ancora una volta l'esempio

²⁴ È di particolare interesse un'indagine empirica di cui si dà conto in BRENNER-SPAETH, *Stare Decisis. The Alteration of Precedent in the Supreme Court. 1946-1992*, N.Y. 1995, p. 10 ss., 29 ss., dalla quale risulta la frequenza con cui la Corte Suprema procede all'*overruling*. Farber e Shelly (*Judgment Calls. Principle and Politics in Constitutional Law*, Oxford 2009, p. 63 ss., 81) danno, occupandosi della giurisprudenza della Corte in materia costituzionale, un'immagine relativamente ottimistica del valore del precedente, secondo la quale parrebbe che l'*overruling* si verifici abbastanza di rado, ma non possono negare la sua esistenza (oltre al fatto che non mancano orientamenti contrari a riconoscere al precedente qualsiasi valore). D'altronde, già nel 1021 Benjamin Nathaniel Cardozo, in una delle sue *Yale Lectures*, diceva che la regola del precedente non andava abbandonata ma doveva essere "*in some degree relaxed*", e che il precedente non doveva essere seguito quando apparisse incoerente "*with the sense of justice or with the social welfare*". Egli segnalava inoltre la tendenza della Corte Suprema, e delle corti superiori di vari Stati, a subordinare "*the precedent to justice*", e a rovesciare le loro decisioni "*when manifestly erroneous*" (cfr. CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, New Haven MDCCCCXXI, p.150, 158, 160).

²⁵ Cfr. Cass. civ., sez. VI, 9 gennaio 2015, n. 174.

²⁶ In particolare sul precedente nella giustizia amministrativa v. ampiamente PESCE, *op. cit.*, p. 29 ss., 103 ss., 143 ss., 177 ss.

più immediato è offerto dagli Stati Uniti, la Corte Suprema che occupa il vertice del sistema giurisdizionale è unica, e decide *anche* le questioni di costituzionalità. Peraltro, queste questioni vengono decise anche da tutti gli altri giudici, a partire da quelli di primo grado, con le ordinarie modalità processuali, sicché la Corte Suprema se ne occupa (quando lo ritiene opportuno, come già si è detto) solo come *corte di ultima istanza*. La sua decisione ha naturalmente efficacia diretta nel caso specifico, ma non ha nessun effetto abrogativo, e costituisce soltanto un *normale precedente* (evidentemente verticale) che potrà essere seguito dai giudici successivi.

Se invece, come nel caso italiano, la Corte Costituzionale è autonoma e non fa parte dell'ordinamento giurisdizionale ordinario, la situazione è evidentemente diversa. Non è dubbio, invero, che alle sue decisioni, quale che ne sia lo specifico contenuto (di accoglimento o di rigetto), e al di là della loro specifica efficacia all'interno del procedimento in cui è sorta la questione di legittimità costituzionale, viene solitamente attribuita la capacità di orientare o di determinare le decisioni dei giudici successivi²⁷. Si può escludere, tuttavia, che si tratti di precedenti in senso proprio: tali decisioni non sono precedenti orizzontali (rispetto alle altre corti supreme dell'ordinamento, che sono al vertice di giurisdizioni distinte), né autoprecedenti, poiché si esclude pacificamente che una corte costituzionale sia vincolata ai propri precedenti, ma neppure precedenti verticali, poiché non vi sono giudici di rango direttamente subordinato rispetto alla Corte Costituzionale. Tutti i giudici sono vincolati dalle pronunce della Corte che dichiarano l'illegittimità di una norma ordinaria, ma questo è l'effetto tipico di quelle pronunce, non è un effetto di precedente. Si può ulteriormente osservare, in proposito, che la Corte Costituzionale si occupa di norme e di interpretazioni di norme²⁸, non di fatti e della loro qualificazione, sicché le sue decisioni costituiscono in realtà precedenti soltanto nel senso ampio che si è indicato più sopra. Tutto ciò non impedisce, peraltro, che la Corte Costituzionale partecipi attivamente ad un "gioco di squadra", insieme con le altre giurisdizioni, fondato da un lato sull'"uso giudiziario" della Costituzione che viene fatto dalle corti ordinarie, e dall'altro lato sulla attività con cui la stessa Corte si rende protagonista – con varie modalità – dell'evoluzione generale del sistema giuridico²⁹.

²⁷ In proposito cfr. già PIZZORUSSO, *Stare decisis e Corte Costituzionale*, in *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, a cura di G. Treves, Torino, 1971, p. 31 ss. (oltre agli altri saggi raccolti nello stesso volume); ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985.

²⁸ V. per tutti GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2005, p. 267 ss.; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 330 ss.

²⁹ In proposito v. ampiamente, e per numerosi riferimenti, LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte Costituzionale e giudici comuni*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti, P. Borsellino, V. Pocar e D. Pulitanò, Milano, 2012, p. 37 ss.

3.2. *Precedenti sovranazionali*

Le considerazioni svolte finora si sono basate sulla premessa che il fenomeno del precedente sorga all'interno di specifici ordinamenti giuridici nazionali. Occorre tuttavia tener conto della complessa realtà costituita dall'esistenza di corti sovranazionali di varia natura, e delle conseguenze che possono ricollegarsi alle loro pronunce. Si intuisce facilmente che il tema è troppo ampio e complesso per essere qui affrontato con l'approfondimento che meriterebbe³⁰. Tuttavia, rimanendo rigorosamente nell'ambito di un discorso sul precedente, vale la pena di fare sintetico riferimento ad almeno due fenomeni di notevole rilevanza.

Il primo di questi fenomeni riguarda gli effetti delle decisioni di corti istituite da convenzioni o trattati internazionali: gli esempi più importanti sono la Corte Europea dei diritti dell'uomo, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo istituita con il Patto di San José de Costarica, e per molti aspetti anche la Corte di Giustizia della UE e le corti penali internazionali. È noto che le decisioni di queste corti hanno un'efficacia che può definirsi *diretta* in ordine alla specifica controversia che viene decisa e nei confronti degli Stati coinvolti nelle controversie³¹, ma non è questo ciò che particolarmente interessa in questa sede. L'aspetto rilevante di queste decisioni è che esse costituiscono dei precedenti nei confronti di tutti i giudici degli Stati di volta in volta coinvolti nelle controversie, ma anche nei confronti dei giudici degli Stati che hanno aderito alla rispettiva convenzione o al rispettivo trattato, i quali vengono a configurarsi come appartenenti ad un sistema giudiziario per certi versi omogeneo (nelle materie regolate da tali convenzioni e trattati)³². In proposito si può probabilmente parlare di precedenti in senso proprio, sia perché essi presentano una dimensione verticale, essendo diretti ai giudici in certo senso "inferiori" appartenenti a quel sistema, sia perché la loro applicazione a casi successivi si fonda solitamente sull'analogia delle situazioni di fatto cui si riferiscono la decisione anteriore e i casi successivi.

³⁰ In argomento v. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 727 ss. Con riferimento al diritto penale cfr. in particolare MANES, *op. cit.*, p. 77 ss., 131 ss.

³¹ A proposito delle decisioni della Corte di Giustizia della UE v. per tutti D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di Giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, p. 212 ss., 314 ss.

³² Con riferimento alla Corte Europea dei diritti dell'uomo v. in particolare ZAGREBELSKI, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., p. 61 ss. In generale sui precedenti delle corti europee in materia penale v. MANES, *op. cit.*, p. 28 ss., ed inoltre DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.

Il secondo dei fenomeni che qui meritano di essere richiamati va da qualche tempo sotto il nome di *judicial globalization*. Si tratta della tendenza, che negli ultimi anni ha ricevuto manifestazioni sempre più numerose, a far riferimento a decisioni rese da corti appartenenti ad altri ordinamenti. Esso si manifesta soprattutto al livello delle corti supreme e delle corti costituzionali, che adottano argomentazioni utilizzate da altre corti del medesimo livello, soprattutto in decisioni relative all'interpretazione e alle garanzie dei diritti fondamentali³³. Si intende facilmente che qui non si è di fronte a precedenti in senso proprio, né verticali né orizzontali, dato che si tratta di riferimenti a decisioni rese in ordinamenti *diversi*. Tuttavia, non si può disconoscere l'importanza di questo fenomeno, dal quale emerge la tendenza "globalizzante" a far capo a principi comuni (intesi come universali) per creare una giurisprudenza possibilmente costante e coerente nella protezione dei diritti fondamentali³⁴.

4. *Che cosa non è un precedente*

L'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto viene perseguita con varie tecniche. Alcune si fondano, come si è appena visto, sul precedente, inteso in senso proprio o in senso ampio, mentre altre tecniche non vanno confuse con il precedente (anche se spesso i relativi discorsi sono troppo generici e danno luogo ad equivoci).

Una tecnica peculiare, che sta avendo un certo successo in alcuni ordinamenti, si fonda su enunciazioni formulate da corti o tribunali supremi con il fine di determinare l'interpretazione di disposizioni legislative, eliminando eventuali dubbi che sono sorti o possono sorgere al riguardo. Queste enunciazioni hanno efficacia vincolante per tutti i giudici successivi (e di solito anche per tutti gli organi pubblici) in ogni caso che ricada nel campo di applicazione delle norme interpretate. Non mancano esempi significativi di queste tecniche: un esempio rilevante era costituito dalle *direttive* che venivano emanate dalla corte suprema dell'URSS, e che oggi vengono emanate dalla cassazione cubana, e tuttora dalla

³³ Cfr. MARKESINIS, FEDKE, *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration?*, London, 2006; IDD., *Engaging with foreign law*, Oxford-Portland, 2009, p. 134 ss., 159 ss.; SLAUGHTER, *Judicial globalization*, in *Virginia journal of international law*, vol. 40, 1999-2000, p. 1103 ss.; TARUFFO, *Globalization, Processes of judicial*, in *Enc. of law & society. American and global perspectives*, a cura di D.D. Clark, Los Angeles a.o., 2007, vol. 2, p. 656; BAHDI, *Globalization of judgment: transjudicialism and the five faces of international law in domestic courts*, in *The George Washington international law review*, vol. 34, 2002-2003, p. 555 ss.

³⁴ Ciò non toglie che vi siano casi, come quello degli Stati Uniti e quello della Francia, di ordinamenti che non partecipano a questa tendenza, sia pure per ragioni rispettivamente diverse. In proposito v. ampiamente MARKESINIS, FEDKE, *Engaging with foreign law*, cit., p. 187 ss.

corte suprema della Federazione Russa³⁵. Queste direttive non nascono da decisioni relative a casi specifici, ma da decisioni in senso lato “normative”, essendo finalizzate a stabilire come vanno interpretate determinate norme. Non pare, quindi, che esse possano essere assimilate a dei precedenti.

Una tecnica sorprendentemente analoga (non risulta, infatti, che il legislatore brasiliano si sia ispirato al modello sovietico) è quella che oggi (dopo una riforma costituzionale del 2004) si fonda sulle *súmulas vinculantes*. Si tratta di massime che il *Supremo Tribunal da Justiça* enuncia, dopo una riunione dei suoi membri che votano al riguardo (con una maggioranza di due terzi), quando si tratta di risolvere contrasti interpretativi sorti nella giurisprudenza dei tribunali inferiori. Esse sono vincolanti per tutti i giudici, ed anche per gli altri organi pubblici. Anche le *súmulas* brasiliane hanno natura di atti in senso lato “normativi”, e non vengono enunciate in occasione della decisione di casi specifici. Anche in questo caso, dunque, non sembra appropriato far riferimento al concetto di precedente, neppure in senso molto ampio³⁶.

5. Efficacia del precedente

Un aspetto molto rilevante del precedente giudiziale riguarda la sua efficacia, ossia la capacità che esso ha di influenzare – o addirittura di determinare – la decisione di casi successivi. Si dice spesso che il precedente ha efficacia *vincolante*³⁷, ma questa definizione appare impropria, oltre a produrre confusioni con pronunce che non sono precedenti, come quelle esaminate nel par. 4.

In effetti, vi sono varie ragioni per escludere che il precedente, se correttamente inteso, abbia davvero un’efficacia vincolante nei confronti dei giudici dei casi simili successivi.

Una di queste ragioni deriva dalla teoria delle fonti: si può sostenere infatti, ad es. nell’ordinamento italiano, che la Costituzione esclude che i precedenti siano vincolanti, ossia che i giudici abbiano un vero e proprio *obbligo* di seguirli³⁸; sarebbe anzi incostituzionale una norma ordinaria che mirasse ad introdurre nel nostro diritto la regola del precedente vincolante³⁹. Ciò non esclude che

³⁵ Cfr. RUDOVKAS, *Precedente giudiziario come fonte di diritto nell’ordinamento giuridico della Federazione Russa*, in *Casistica e giurisprudenza*, cit., p. 129 ss.

³⁶ In argomento v. HIGASHIYAMA, *Teoria do direito sumular*, in *Rev. de processo*, 2011, p. 74 ss.; BAHIA, *As súmulas vinculantes e a Nova Escola da Exegese*, ivi, 2012, p. 362 ss.

³⁷ Cfr. ad es. MARINONI, *op. cit.*, p. 154, 162 ss.; PESCE, *op. cit.*, p. 153 ss.

³⁸ V. da ultimo Cass. civ., sez. VI, 9 gennaio 2015, n. 174 (v. nt. 25 e ivi nel testo), e cfr. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 480.

³⁹ Cfr. GUASTINI, *ibidem*.

l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto venga considerata come un valore da perseguire nel nostro ordinamento⁴⁰, ma ciò non implica affatto che a tal fine si possa o si debba considerare il precedente come vincolante.

Un altro argomento di rilievo è di carattere comparatistico, e deriva dalla considerazione che il precedente non è davvero vincolante neppure negli ordinamenti che tipicamente si fondano su di esso, ossia l'Inghilterra e gli Stati Uniti. Quanto all'Inghilterra, si è già visto che il giudice dispone di un ampio repertorio di strumenti dei quali può servirsi per discostarsi dal precedente⁴¹, e il *Practice Statement* del 1966 – di cui si è pure già parlato – vale anche per la *Supreme Court* che da qualche anno ha preso il posto della *House of Lords* al vertice dell'ordinamento giudiziario inglese. Dunque, in sostanza, il giudice inglese disattende il precedente quando ritiene opportuno farlo al fine di giungere ad una decisione più giusta⁴². Quanto agli Stati Uniti, non solo la Corte Suprema esercita il potere di discostarsi dai suoi precedenti tutte le volte che lo ritiene opportuno, come si è già visto, ma ogni giudice ad ogni livello ha la possibilità di non uniformarsi al precedente quando ritiene che ciò lo condurrebbe ad una decisione ingiusta ed inaccettabile nel caso specifico⁴³. Nei vari ordinamenti di *civil law*, oltre al nostro, di regola non si attribuisce al precedente alcuna efficacia vincolante, anche se si riconosce che i precedenti possano influenzare le decisioni successive⁴⁴.

È chiaro, peraltro, che negare in linea generale che il precedente abbia efficacia vincolante non significa dire che esso non ha *nessuna* efficacia. Bisogna invece riconoscere che esso può avere una sua *forza* nei confronti dei giudici successivi. Si tratta, in altri termini, di ammettere che il precedente può *influenzare*, ma non formalmente *determinare* le decisioni di questi giudici. Parlare di forza del precedente significa allora riconoscere che esso ha un'efficacia puramente *persuasiva*⁴⁵, e quindi considerare che questa efficacia può sussistere in *gradi* molto diversi a seconda di come operano vari fattori, come ad es. la struttura dell'ordinamento giurisdizionale, la funzione svolta dalle varie

⁴⁰ Così infatti Cass. civ., S.U., ord. 6 novembre 2014, n. 23675, ove si afferma, con varia argomentazione, che tale valore dovrebbe essere realizzato soprattutto in materia processuale, poiché in essa sarebbero maggiori gli inconvenienti derivanti da un'eccessiva variabilità della giurisprudenza.

⁴¹ V. *supra*, nt. 13 e ivi nel testo.

⁴² Cfr. BANKOWSKI, MACCORMICK, MARSHALL, *Precedent in the United Kingdom*, in *Interpreting precedents*, cit., p. 325 ss.; TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 716.

⁴³ Cfr. SUMMERS, *Precedent in the United States (New York State)*, in *Interpreting precedents*, cit., p. 369 ss.

⁴⁴ Cfr. i saggi di ALEXY-DREIER, AARNIO, ENG e BERGHOLZ-PECZENIK, in *Interpreting precedents*, cit., p. 17 ss., 65 ss., 189 ss., 293 ss.

⁴⁵ Cfr. in particolare PECZENIK, *The binding force of precedent*, in *Interpreting precedents*, cit., p. 461 ss.; GUASTINI, *op. ult. cit.*, p. 480.

corti e in particolare dalle corti supreme, l'autorevolezza di queste corti, il pregio delle argomentazioni con cui viene giustificata la decisione del precedente, la corrispondenza di questa decisione con i valori che ispirano l'ordinamento giuridico del luogo e nel momento in cui essa viene presa, la possibilità che essa induca i giudici successivi a prendere decisioni giuste, e così via.

Ne deriva la conseguenza che in linea di massima il giudice successivo non è mai veramente obbligato a sottomettersi al precedente. Piuttosto, egli è obbligato a *giustificare* adeguatamente la sua decisione quando sceglie di *non* uniformarsi al precedente, esprimendo le ragioni per le quali compie questa scelta⁴⁶. Non si ha quindi un obbligo di applicare il precedente, bensì un obbligo di motivare la decisione nella quale il precedente non viene applicato. È *questo* obbligo che può avere maggiore o minore intensità nei vari ordinamenti, e viene avvertito come più forte nei sistemi in cui vige lo *stare decisis*, e nei quali vi sono vere e proprie corti del precedente, mentre viene avvertito in maniera più debole e flessibile nei sistemi nei quali – invece che con precedenti in senso proprio – si ha a che fare con una giurisprudenza che, come accade in Italia, è pletorica, variabile e spesso contraddittoria.

Bisogna peraltro osservare che la *forza persuasiva* di una decisione, ossia la sua capacità di influenzare decisioni successive, può esistere anche a proposito di decisioni che non possono considerarsi precedenti in senso proprio (e forse neppure in senso lato). È possibile d'altronde distinguere, rispetto – appunto – alle decisioni che in qualche modo costituiscono precedenti, altre decisioni che tuttavia possono costituire punti di riferimento per decisioni successive perché possono essere prese ad *esempio per tali* decisioni⁴⁷. La loro funzione, invero, non è di indicare una regola che dovrebbe essere seguita in altri casi, ma semplicemente di indicare che una certa norma è stata applicata in un certo modo in quel caso. Si possono dare anche esempi *negativi*, ossia decisioni che risultano erronee o infondate, che quindi non dovrebbero essere prese a modello. In tal caso il giudice successivo fa riferimento ad un tipo di decisione che rifiuta come erroneo o ingiusto.

Sintetizzando le situazioni più rilevanti in cui si può parlare di esempi, e non di precedenti, si possono ricordare i casi in cui una corte fa riferimento a decisioni di corti dello stesso livello (come nel caso di più corti supreme del medesimo ordinamento, di cui si è fatto cenno in precedenza), o anche casi in cui

⁴⁶ Cass. civ., S.U., ord. 6 novembre 2014, n. 23675, condivide questa prospettiva affermando che il giudice che non segue il precedente deve addurre “buone ragioni” per giustificare la sua scelta (ragioni che dovrebbero essere “ottime” in materia processuale).

⁴⁷ Su questa distinzione v. più ampiamente TARUFFO, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L. Gianformaggio e M. Jori, Milano, 1998, p. 783 ss.; ID., *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 720 ss.

una corte fa riferimento alla decisione di un giudice di rango inferiore. Peraltro, il caso più rilevante, e per molti versi più interessante, di riferimento ad esempi, è quello della *judicial globalization* di cui pure si è fatto cenno più sopra: è chiaro, infatti, che se la corte suprema di un Paese fa riferimento a una decisione pronunciata da una corte suprema di un altro Paese, ciò non ha nulla a che fare con il precedente. Tuttavia, proprio questo fenomeno rende evidente come vi possano essere esempi che in realtà manifestano una rilevante forza persuasiva su decisioni successive⁴⁸.

6. *Universalismo vs particolarismo*

Nelle pagine che precedono si è seguita la prospettiva che pare largamente prevalente, secondo la quale l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto è un valore fondamentale, e la funzione principale che si attribuisce alle corti supreme è di assicurare che tale valore venga conseguito attraverso la produzione e la gestione di precedenti che dovrebbero condizionare la decisione dei casi successivi. Si vede facilmente che questa prospettiva è comune a vari ordinamenti, e che essa si fonda – in maniera più o meno esplicita – su una immagine ideale dell'ordinamento giuridico secondo la quale esso dovrebbe essere sincronicamente coerente, uniforme e statico, e dovrebbe anche assicurare che tutte le controversie che sorgono al suo interno vengano risolte nel modo il più possibile unitario. Rimane ai margini dell'orizzonte concettuale che caratterizza questa prospettiva l'eventualità che all'interno dell'ordinamento vi siano eccezioni e variazioni, e si ammette, ma senza attribuirvi particolare importanza, la possibilità che il sistema si evolva, e quindi si modifichi, nel tempo. Nulla di particolarmente nuovo in tutto ciò: si tratta della immagine di "Un ordinamento giuridico perfettamente omogeneo, unitario, ordinato" che secondo Vittorio Frosini "non esiste che nelle astrazioni dei giuristi formalisti, ma non appartiene al mondo reale dell'esperienza giuridica"⁴⁹. Se poi si considera il compito che in questa immagine viene assegnato alle corti supreme, emerge anche una dimensione spiccatamente burocratica – e sostanzialmente autoritaria – del funzionamento del sistema. Invero, le corti supreme occupano i vertici delle rispettive piramidi giudiziarie e – come in tutte le strutture burocratiche accentrate – tutto il vero potere si colloca al vertice, e da lì discende condizionando il comportamento dei soggetti (nel nostro caso i giudici) che, essendo collocati ai livelli inferiori, sono subordinati a ciò che dice il vertice.

⁴⁸ V. più ampiamente TARUFFO, *opp. ult. citt.*

⁴⁹ Cfr. FROSINI, *Ordine e disordine nel diritto*, Napoli, 1979, p. 23.

D'altronde, la corte suprema finisce con l'essere più importante dello stesso legislatore: costui produce norme generali ed astratte, ma è la corte che stabilisce il "vero" significato di queste norme e tendenzialmente lo impone a tutti i giudici inferiori.

Questa immagine rappresenta un caso specifico, tuttavia molto importante, di ciò che nella teoria generale del diritto si usa chiamare "universalismo giuridico", ossia la concezione secondo la quale il diritto sarebbe costituito da norme generali ed astratte. Queste norme, inoltre, dovrebbero essere applicate in modo uniforme dai giudici attraverso la "sussunzione" in esse dei singoli casi particolari⁵⁰. Peraltro, l'universalismo è da tempo oggetto di varie critiche, fondate soprattutto sulla considerazione che la decisione giudiziaria non è mai soltanto il frutto dell'applicazione meccanica di norme generali, dato che la loro interpretazione ed applicazione dipende direttamente dalla complessità del caso specifico che è oggetto di decisione⁵¹. Basta considerare, in proposito, che di regola sono i fatti sui quali il giudice deve decidere che condizionano e determinano l'interpretazione e l'applicazione delle norme che regolano il caso⁵². Emergono allora prospettive diverse ed alternative rispetto all'universalismo, che si raccolgono sotto la denominazione comune di "particolarismo giuridico"⁵³. L'idea fondamentale del particolarismo è – appunto – che la decisione giudiziaria deve tener conto soprattutto⁵⁴ delle circostanze specifiche – i c.d. *particulars* – del singolo caso concreto⁵⁵. Nelle versioni più moderate del particolarismo non si esclude che la decisione tenga comunque conto anche delle norme riferibili al caso⁵⁶, fermo rimanendo che sono soprattutto le circostanze del caso a determinare l'interpretazione delle norme.

⁵⁰ Nell'ampia letteratura in argomento cfr. in particolare BOUVIER, *Particularismo y derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, p. 19 ss., 38 ss. Cfr. inoltre PALAZZO, *Il diritto penale tra universalismo e particolarismo*, Napoli, 2011; GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, 2011; SACCO, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli, 2011.

⁵¹ Cfr. in vario senso gli autori citati nella nota precedente.

⁵² In proposito v. più ampiamente TARUFFO, *Il fatto e l'interpretazione*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, cit., p. 123 ss. In una prospettiva analoga cfr. BIN, *op. cit.*, p. 22 ss.

⁵³ V. soprattutto BOUVIER, *op. cit.*, p. 58 ss., 175 ss., 309 ss., 349 ss., ma anche gli scritti cit. nella nt. 48 e TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Bari, 2009, p. 200 ss.

⁵⁴ In alcune versioni estreme si afferma che il giudice dovrebbe tener conto *soltanto* di queste circostanze, senza riferirsi ad alcuna norma, ma queste versioni sono ovviamente inaccettabili nel contesto di un ordinamento giuridico in cui viga il principio di legalità.

⁵⁵ Cfr. soprattutto i saggi raccolti in *The universal and the particular in legal reasoning*, a cura di Z. Bankowski e J. MacLean, Aldershot, 2006.

⁵⁶ Cfr. ad es. MACCORMICK, *Particulars and universals*, in *The universal*, cit., p. 3 ss.; WALKER, *The burden of universalism*, ivi, p. 53 ss.

Senza estendere ulteriormente in questa sede⁵⁷ l'analisi della visione particolaristica della decisione giudiziaria, vale la pena di sottolineare che da tale visione derivano almeno due conseguenze importanti per il discorso che qui si va svolgendo.

La prima di queste conseguenze è che, nel momento in cui si insiste sul rilievo essenziale che rivestono i fatti in quanto *particulars* del singolo caso concreto ed in quanto fattori determinanti per l'interpretazione e l'applicazione delle norme che il giudice assume come criterio di decisione, emerge una chiara connessione con la concezione originaria e rigorosa del precedente in senso proprio di cui si è detto in precedenza. Se infatti, come si è visto, l'applicazione del precedente da parte del secondo giudice si fonda essenzialmente sull'analogia che costui rileva tra i fatti del caso che deve decidere e i fatti che sono stati oggetto della decisione anteriore, emerge in tutta evidenza che il precedente in senso proprio implica necessariamente l'esame e la considerazione dei *particulars* dei due casi. Per così dire, la concezione originaria del precedente si iscrive a pieno titolo in una prospettiva particolaristica.

La seconda conseguenza rilevante riguarda la maniera in cui si configura la struttura dell'ordinamento giuridico. È facile vedere, infatti, che ci si trova di fronte a due modelli, o paradigmi, divergenti. Da un lato, il paradigma universalistico fa capo ad un modello piramidale in cui è tendenzialmente un solo vertice a "dire il diritto" in modo vincolante per tutti e *once and forever*. In questo modo, inoltre, il diritto viene "detto" enunciando formule ad alto grado di astrazione, senza considerare un cosa ovvia, ossia che più si sale verso l'alto nella scala delle astrazioni più si perde di vista la realtà concreta. Il paradigma particolaristico, invece, non implica un sistema piramidale governato rigidamente da corti supreme, e fa invece riferimento ai livelli inferiori dell'amministrazione della giustizia, ossia soprattutto ai giudici di primo grado, poiché sono questi giudici che tipicamente debbono occuparsi dei fatti, e dunque dei *particulars*.

Si tratta dunque di paradigmi divergenti, anche se non necessariamente contraddittori. È ben possibile, infatti, ed è ciò che accade di regola, che essi convivano – sia pure determinando una tensione rilevante⁵⁸ – all'interno dello stesso sistema giuridico⁵⁹. Da un lato, dunque, vi può essere il paradigma universalistico incentrato sulla formulazione e l'interpretazione di regole generali ed astratte; dall'altro lato vi è il paradigma particolaristico incentrato sulla considerazione dei fatti particolari del caso concreto. Nulla esclude che vi sia

⁵⁷ In proposito v. più ampiamente TARUFFO, *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, cit., p. 42 ss.

⁵⁸ PALAZZO, *op. cit.*, p. 7 ss., parla a questo proposito di "tensione vitale" e di "dinamismo complesso", senza escludere (p. 10) che ciò possa convertirsi in una conflittualità esasperata.

⁵⁹ Più ampiamente in proposito v. TARUFFO, *op. ult. cit.*, p. 44 s.

qualche correlazione tra i due paradigmi, se si ammette che l'attenzione necessaria per i *particulars* si coniughi con l'individuazione di regole tendenzialmente universali applicabili ad una pluralità di casi. D'altronde, la situazione prevalente in ogni singolo ordinamento giuridico si colloca nello spazio esistente tra i due paradigmi, e a seconda dei casi può essere più vicina al paradigma universalistico o al paradigma particolaristico. Ad esempio, si può sostenere che il diritto penale sia più vicino al paradigma particolaristico ma debba tendere verso il paradigma universalistico in vista dell'attuazione di valori universali e della tutela dei diritti umani⁶⁰. In altre aree dell'ordinamento sembra possibile che il diritto sia relativamente più orientato verso il particolarismo, specialmente quando si tratta di dare adeguata considerazione alle situazioni sociali, culturali ed economiche dei soggetti coinvolti, soprattutto quando questi oggetti sono "deboli" e i loro diritti fondamentali hanno bisogno di essere particolarmente tutelati. Da questo punto di vista possono esservi varie ragioni, giuridiche e metagiuridiche, per interpretare diversamente le stesse norme in situazioni concrete differenti. In ragione di questa possibile varietà di situazioni varia anche la funzione che si assegna al precedente e il modo in cui si determina il grado della sua efficacia: sarà allora maggiore la forza condizionante del precedente se ci si trova in un sistema dominato dal paradigma universalistico, rigorosamente orientato verso il valore dell'uniformità, mentre il paradigma particolaristico implica precedenti più "deboli", dovendo essi riferirsi a realtà fattuali diverse, variabili nel tempo e nello spazio.

7. Un diverso punto di vista

La considerazione che necessariamente deve essere data al paradigma particolaristico rende evidente che quando ci si riferisce al "diritto" non è possibile limitarsi a ciò che se ne dice da parte di coloro che seguono rigidamente il paradigma universalistico, se non a costo di perdere di vista il "mondo reale dell'esperienza giuridica"⁶¹. Questo, però, può essere considerato come un primo passo verso una considerazione più realistica di questo "mondo reale" e della natura che il precedente assume in questa "esperienza". Tale considerazione può forse concretizzarsi nell'adozione di un paradigma diverso, che tenga adeguatamente conto del *disordine* che caratterizza l'ordinamento giuridico nella sua complessità. Il tema del disordine dell'ordinamento non è certamente nuovo

⁶⁰ In questo senso v. PALAZZO, *op. cit.*, p. 11 ss., 17, 24 ss., con una valutazione sostanzialmente negativa del particolarismo penale.

⁶¹ Cfr. FROSINI, *op. cit.*, *loc. cit.*

nella teoria del diritto⁶², e si incentra sulla considerazione che il diritto non è costituito solo da norme (e tanto meno solo da un sistema di concetti), ma anche da decisioni, atti amministrativi, contratti, lodi arbitrali, convenzioni e trattati internazionali, e così via, e quindi è irriducibilmente eterogeneo⁶³. D'altronde, quand'anche si prendesse solo in considerazione il livello delle norme, ci si troverebbe di fronte a fattori rilevanti di complessità e di disordine. Da un lato, analizzando solo le *fonti* del diritto italiano (e quindi escludendo giurisprudenza⁶⁴, atti privati, atti amministrativi e *soft law*⁶⁵) si scopre che esse si distinguono in non meno di 19 tipi⁶⁶. Dall'altro lato, nessuno conosce il numero degli atti legislativi in vigore, e alcune stime danno risultati impressionanti, oscillando dai 40.000 ai 150.000 atti⁶⁷, sicché – anche qualora si volesse prescindere dai numerosi e talvolta risibili difetti che caratterizzano la produzione normativa in Italia⁶⁸ – pare evidente che ci si trova di fronte ad una situazione di immenso disordine⁶⁹, in chiaro contrasto con qualsiasi idea di ordine e coerenza. In effetti, se si può ammettere che questa idea sia una valida e condivisibile *aspirazione* in ogni ordinamento giuridico, non si può fare a meno di constatare che nella realtà gli ordinamenti giuridici – e l'Italia è un buon esempio, ma non l'unico – sono dominati dal disordine. Allora, però sembra che la via migliore per affrontare il problema non sia quella di tentare di esorcizzare il disordine del diritto con concetti o paradigmi astratti come quelli offerti dall'universalismo giuridico, quanto quella di pensare a qualche diverso paradigma che consenta di conoscere meglio la realtà.

Tra le varie possibilità, una opzione che pare ragionevole consiste nel far riferimento alle teorie del caos (o dei sistemi complessi)⁷⁰. A parte la loro origine scientifica e matematica⁷¹, a queste teorie si fa riferimento anche per l'analisi di fenomeni sociali⁷², dato che sistemi complessi si incontrano in numerose aree

⁶² Cfr. ad es. FROSINI, *op. cit.*, p. 19 ss.; VAN DE KERKHOVE, OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988, p. 160 ss.; BIN, *op. cit.*

⁶³ Cfr. VAN DE KERKHOVE, OST, *op. cit.*, p. 49 ss.

⁶⁴ Nel senso che i precedenti costituiscano fonti del diritto cfr. invece PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, 2^a ed., Bologna-Roma, 2011, p. 705 ss., 723 ss.

⁶⁵ In argomento v. BIN, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁶ Cfr. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., p. 80 ss., e ivi l'ampia analisi delle diverse fonti (v. p. 271 ss., 307 ss., 414 ss., 494 ss., 549 ss., 587 ss., 615 ss.). Analogamente cfr. l'ampissima analisi di PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 353 ss., 431 ss., 491 ss., 643 ss., 747 ss.).

⁶⁷ Cfr. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, 2002, p. 20.

⁶⁸ In proposito cfr. AINIS, *op. cit.*, p. 10 ss., 135 ss.

⁶⁹ A proposito del mutato sistema delle fonti del diritto penale cfr. in particolare MANES, *op. cit.*, p. 14 ss., 19.

⁷⁰ In una prospettiva diversa, ma per molti aspetti condivisibile, cfr. BIN, *op. cit.*, p. 18 ss., 55 ss.

⁷¹ Nell'ampia letteratura in argomento cfr. ad es. SMITH, *Caos*, trad. it., Torino, 2008.

⁷² Cfr. PRIGOGINE, STENGERS, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, trad. it., Torino, 1999, p.175.

della vita sociale, economica, politica e culturale⁷³. Non è difficile vedere, d'altronde, che il diritto – così come lo si è ora descritto – presenta proprio i caratteri fondamentali di un sistema caotico. Si tratta certamente di un sistema complesso in senso proprio, essendo composto da più parti che interagiscono in vari modi ma comunque in maniera non semplice, e che cambia nel tempo⁷⁴. Nel suo insieme, il sistema è caratterizzato dalla crescente tendenza al disordine entropico⁷⁵, ma le teorie del caos concordano nel sottolineare che all'interno del disordine complessivo possono emergere momenti di ordine determinati da vari fattori: in sostanza, il caos non è totale e non investe tutte le aree del sistema, il quale appare piuttosto come un insieme complesso di elementi caotici, e quindi di disordine, e di momenti nei quali cessa il disordine e si creano strutture ordinate. Come è stato detto, dal mare del caos emergono isole di ordine⁷⁶, sicché l'equilibrio tra ordine e disordine si colloca “*at the edge of the chaos*”⁷⁷. Un aspetto essenziale è che il sistema è dinamico, si muove e si sviluppa secondo la freccia del tempo, e quindi la formazione delle isole di ordine è casuale, mobile, mai definitiva e aperta al cambiamento: ciò determina l'evoluzione del sistema⁷⁸. L'idea che nel sistema caotico si verificano aree di ordine può forse rendere meno preoccupante lo spettro di un sistema in perenne disordine dominato dall'entropia, spettro che spaventa giuristi, giudici e legislatori e li spinge – come si è detto all'inizio – a porre l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto come valore fondamentale dell'ordinamento giuridico, anche se – come pure si è detto – questo valore è, nella migliore delle ipotesi, difficilmente conseguibile. Per esorcizzare questo spettro sarà opportuno accennare brevemente a come isole di “ordine giuridico” possano sorgere all'interno del diritto in continuo disordine.

Le teorie del caos forniscono utili suggerimenti in proposito. Con una terminologia che deriva dall'origine chimico-matematica di queste teorie, le zone di ordine che sorgono dal disordine vengono comunemente definite come *strutture dissipative*⁷⁹. Esse nascono essenzialmente da eventi che vengono chiamati

⁷³ Cfr. TAYLOR, *The moment of complexity. Emerging network culture*, Chicago-London, 2003, p. 141.

⁷⁴ Su questi aspetti cfr. TAYLOR, *op. cit.*, p. 141 ss., 158.

⁷⁵ Cfr. FROSINI, *op. cit.*, p. 19. Sull'entropia nel diritto v. in particolare BIN, *op. cit.*, p. 61 ss. Alla formazione del disordine entropico coopera l'imprevedibilità della giustizia e dell'amministrazione, su cui v. AINIS, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁶ Cfr. WEISSERT, *Representation and bifurcation: Borges's garden of chaos dynamics*, in *Chaos and order. Complex dynamics in literature and science*, a cura di N.K. Hayles, Chicago-London, 1991, p. 224.

⁷⁷ Cfr. TAYLOR, *op. cit.*, p. 146, 165; analogamente PRIGOGINE, STENGERS, *op. cit.*, p. 187.

⁷⁸ Per la concezione del disordine come permanente possibilità di nuovi ordini “minori”, tra loro collegati o dissociati, o anche accumulati e ridondanti, cfr. FROSINI, *op. cit.*, p. 20 ss., 24 ss.

⁷⁹ Cfr. ad es. PRIGOGINE, *Le leggi del caos*, trad. it., Bari, 1993, p. 15 ss.; PRIGOGINE, STENGERS, *op. cit.*, p. 148; PORUSH, *Fiction as dissipative structures. Prigogine's theory and postmodernism's roadshow*, in *Chaos and order*, cit., p. 56 ss.

biforcazioni, e che si verificano quando un elemento del sistema che si muove nel tempo, dovendo optare per due o più alternative possibili, ne adotta una, e continua a muoversi in quella direzione sino a che si propone una ulteriore biforcazione⁸⁰. In sostanza, la biforcazione determina un “nuovo punto” di ordine nella fluttuazione del sistema, ed è l’insieme delle biforcazioni a creare, al contempo, la dinamica del sistema e il sorgere di aree di ordine all’interno di questa dinamica.

Senza approfondire oltre questi concetti nell’ambito delle teorie del caos, si può osservare che essi forniscono un utile punto di vista per l’analisi di quel particolare sistema caotico che è il diritto. Più specificamente, le strutture dissipative che si creano per effetto delle biforcazioni corrispondono ai momenti nei quali all’interno del sistema complessivo (caotico e dinamico) si creano delle zone “locali” – e temporanee – di ordine⁸¹. Ciò può avvenire per varie ragioni, come ad es. l’introduzione di una nuova norma che tende ad essere applicata successivamente, oppure l’abrogazione di una norma, o altri eventi che riguardano questo o quel punto delle fonti del diritto. In questo contesto si può peraltro sottolineare che il precedente corrisponde bene all’idea di una struttura dissipativa: è il frutto di una biforcazione, nel senso che opta per una alternativa tra le varie interpretazioni possibili di una norma, o enuncia una nuova interpretazione, e tende a stabilire un’area di ordine, se e nella misura in cui viene seguito in decisioni successive, ossia in quanto sia in grado di rendere uniformi queste decisioni. Per così dire: fino a quando dura, e a seconda di quante e quali decisioni successive lo seguono, il precedente crea un’isola di ordine – ossia di *uniformità* – all’interno del disordine complessivo. Questa isola di ordine non è né stabile né eterna, sorge con modalità largamente casuali – dovute alle “fluttuazioni” del sistema⁸² – ed è destinata a venir meno per effetto di biforcazioni successive⁸³. Tuttavia, e malgrado questi limiti, si tratta pur sempre di un importante fattore di ordine all’interno del caos del diritto.

Se, in conclusione, fosse possibile indicare con una metafora letteraria che cosa sono i precedenti nell’ambito di un diritto che fluisce in crescente disordine lungo la freccia del tempo, si potrebbe dire che essi sono *isole nella corrente*. Isole, instabili, provvisorie, limitate nello spazio, e tuttavia rappresentano tutto l’ordine che si può creare in un diritto caotico.

⁸⁰ L’idea della biforcazione era già stata anticipata da Jorge Luis Borges in un racconto del 1941 (cfr. BORGES, *Il giardino dei sentieri che si biforcano*, in ID., *Finzioni*, trad. it., Torino, 1955, p.79 ss.), ma viene poi utilizzata dalle teorie del caos per spiegare la dinamica fondamentale dei sistemi. Cfr. PRIGOGINE, *op. cit.*, p. 16 ss., 81; PRIGOGINE, STENGERS, *op. cit.*, p. 173 ss., 187; WEISSERT, *op. cit.*, p. 234 ss.; PORUSH, *op. cit.*, p. 59; TAYLOR, *op. cit.*, p. 150; SMITH, *op. cit.*, p. 70 ss.

⁸¹ Cfr. WEISSERT, *op. cit.*, p. 232, ed in senso analogo FROSINI, *op. cit.*, p. 19 s.

⁸² Cfr. PRIGOGINE, STENGERS, *op. cit.*, p. 170 ss.

⁸³ BIN, *op. cit.*, p. 81 ss., sottolinea giustamente come l’efficacia di un precedente, per quanto autorevole esso sia, può benissimo venir meno a causa di una successiva decisione che prende una direzione diversa.

DIRK VAN ZYL SMIT

LA PENA DELL'ERGASTOLO IN UN MONDO GLOBALIZZATO ^(*)^(**)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le modalità di composizione dei differenti approcci alla pena dell'ergastolo. – 2.1. I trattati di estradizione. – 2.2. Gli accordi bilaterali. – 2.3. Il trasferimento di detenuti. – 2.4. L'extradizione obbligatoria. – 3. Alcuni casi controversi riguardanti l'extradizione in connessione alla pena dell'ergastolo. – 4. Conclusione.

1. *Introduzione*

Storicamente, gli Stati nazionali hanno adottato approcci tra loro molto differenti rispetto all'imposizione e all'esecuzione della pena dell'ergastolo. Tali approcci variano dalla proibizione totale all'applicazione obbligatoria rispetto a determinati reati, con regole concernenti la sua esecuzione che non lasciano al condannato alcuna realistica prospettiva di liberazione. In simili casi quella della morte in cella diviene dunque l'unico orizzonte. Tra questi due estremi esistono poi numerose discipline intermedie.

Fino a tempi recenti, questi differenti approcci alla pena dell'ergastolo non rappresentavano un problema particolarmente rilevante per la cooperazione internazionale in materia penale. Nei casi riguardanti l'extradizione di individui sospettati della commissione di determinati reati o il trasferimento di soggetti condannati – due tra le principali forme di cooperazione in un mondo sempre più globalizzato, dove il controllo della criminalità richiede alle nazioni di lavorare insieme – gli Stati semplicemente accettavano le rispettive discipline relative a questa tipologia di pena e non mostravano grande attenzione per ciò che accadeva ai soggetti estradati o trasferiti dopo che questi venivano inviati nel Paese di destinazione.

Quest'atteggiamento ispirato al *laissez faire* è in qualche modo sorprendente se riferito alla pena dell'ergastolo, poiché i Governi nazionali mantengono un'ampia discrezionalità in merito alla decisione se cooperare o no con altri Stati. La possibilità che lo Stato richiedente l'extradizione o il trasferimento possa punire un soggetto in un modo inaccettabile in base al diritto dello Stato richiesto ha rappresentato per molti anni una valida ragione per la non cooperazione. In par-

^(*) Questo articolo è parte di un progetto di ricerca supportato da un Leverhulme Trust Grant RPG-2013-369 per lo studio della pena dell'ergastolo nel mondo.

^(**) Traduzione dall'inglese a cura del dott. Alessandro Corda.

ticolare, per molto tempo, nel caso in cui la persona il cui trasferimento veniva richiesto avesse rischiato di essere condannato a morte nello Stato richiedente, lo Stato richiesto *poteva* negare l'extradizione del reo. Inizialmente, il diritto internazionale non imponeva che uno Stato dovesse negare l'extradizione o il trasferimento in ragione della concreta possibilità di applicazione della pena di morte o di altre tipologie di pena, ma gli standard contenuti nelle costituzioni nazionali assicuravano nella prassi che i governi avrebbero rifiutato di concedere l'extradizione nel caso in cui nello Stato richiesto la pena di morte (o le pene corporali) fossero vietate, mentre queste fossero invece autorizzate nello Stato richiedente. Fin dalla decisione della Corte EDU di oltre venticinque anni fa nel caso *Soering c. Regno Unito*¹, si è affermata in Europa la possibilità di rifiutare l'extradizione di un soggetto che nello Stato richiedente corra il rischio di essere condannato a morte. È, infatti, divenuto un obbligo giuridico quello di non dar corso ad alcuna richiesta di extradizione laddove si sia a conoscenza che la persona richiesta potrebbe essere soggetta a pene o trattamenti inumani o degradanti negli Stati di destinazione.

In tempi più recenti, i differenti approcci adottati in riguardo alla pena dell'ergastolo da parte di molti Stati sono diventati maggiormente controversi. Sono sorte numerose controversie relative a se l'extradizione e il trasferimento debbano essere autorizzati nel caso in cui la disciplina dell'esecuzione della pena dell'ergastolo adottata in un determinato Stato richiedente non sia conforme a quella praticata nello Stato destinatario della richiesta. Tali dubbi derivano dall'emersione a livello internazionale di un dibattito sul se determinate forme di ergastolo possano essere considerate inumane e degradanti e perciò illegittime, dunque vincolando giuridicamente gli Stati a non acconsentire alle richieste di extradizione o trasferimento in simili casi.

Il presente saggio prende in considerazione sia le tipologie di accordi bilaterali tra Stati nei casi riguardanti l'applicazione dell'ergastolo, sia le strategie giuridiche maggiormente aggressive impiegate per tentare di negare l'extradizione o il trasferimento qualora la tipologia di ergastolo prevista nello Stato richiedente sia ritenuta inaccettabile.

2. *Le modalità di composizione dei differenti approcci alla pena dell'ergastolo*

Esistono svariati strumenti mediante i quali gli Stati possono giungere ad accordi che comportano una reciproca soddisfazione in materia di ergastolo.

¹ *Soering c. Regno Unito*, ECtHR (app. n. 14038/88) 7 luglio 1989; (1989) 11 EHRR 439.

2.1. I trattati di estradizione

2.1.1. I trattati generali di estradizione possono fornire un quadro entro cui comporre differenti discipline nazionali in materia di ergastolo. Talvolta, è sufficiente apporre una riserva a un trattato per soddisfare i requisiti del diritto interno sul punto. Un esempio in tal senso è rappresentato dal Portogallo, la cui Costituzione vieta in modo esplicito e assoluto l'applicazione della pena dell'ergastolo. In base a tale previsione costituzionale, lo Stato lusitano ha formulato una riserva alla Convenzione Europea in materia di estradizione del 1957². La riserva prevede semplicemente che *“il Portogallo non concederà l'extradizione di soggetti [...] la cui estradizione sia richiesta per un reato cui corrisponda una pena o misura di sicurezza a carattere perpetuo”*.

La riserva portoghese appare priva di ambiguità; tuttavia la Germania l'ha accettata soltanto in modo condizionale: *“soltanto se il rifiuto di concedere l'extradizione in tutti i casi in cui può essere comminata una pena alla carcerazione o ordinata una misura di sicurezza a carattere perpetuo non è assoluto”*. La Germania è stata in grado di fare ciò poiché ha interpretato la riserva come avente il seguente significato:

La sola circostanza in cui l'extradizione sarà rifiutata è quella in cui non sia previsto, in base al diritto dello Stato richiedente, che un soggetto condannato all'ergastolo, dopo aver scontato una determinata parte della pena o della misura di sicurezza, possa ottenere un riesame del proprio caso da parte di un giudice con la possibilità di avere la restante parte della pena commutata in libertà condizionale.

Questa interpretazione sembra consentire l'ergastolo per come viene applicato nella prassi in Germania, dove sussiste una prospettiva di liberazione in relazione a tutte le condanne al carcere a vita. La posizione tedesca vanifica in apparenza l'originale riserva portoghese, che non fa eccezione per alcuna forma di ergastolo. Fortunatamente essa non è stata interpretata in tal modo dal Portogallo. Ciò avviene chiaro quando si analizza la meticolosa interpretazione che il governo portoghese ha allegato alla riserva apposta alla successiva Convenzione in materia di estradizione sottoscritta nel 1996 tra gli Stati membri dell'Unione Europea³:

Avendo formulato una riserva alla Convenzione europea in materia di estradizione del 1957, in base alla quale il Portogallo non concederà l'extradizione di persone richieste per un reato cui corrisponda una pena o misura di sicurezza a carattere perpetuo, esso dichiara che, qualora sia chiesta l'extradizione per un reato a cui corrisponde una siffatta pena o mi-

² Convenzione europea di estradizione, Parigi, 13 dicembre 1957, STCE n. 024.

³ Convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea (GU C 313, 23 ottobre 1996).

sura di sicurezza, accorderà, nel rispetto delle pertinenti disposizioni della sua Costituzione quali sono state interpretate dalla sua Corte costituzionale, l'extradizione unicamente se riterrà sufficienti le assicurazioni fornite dallo Stato membro richiedente relative alla promozione, conformemente alla sua legge e alla sua prassi in materia di esecuzione delle pene, delle misure di alleggerimento di cui potrebbe beneficiare la persona richiesta.

Ciò significa che, a dispetto dell'esplicita proibizione dell'ergastolo nella propria Costituzione, il Portogallo concederà l'extradizione rispetto a quelle tipologie di ergastolo accolte dalla legislazione della maggior parte degli Stati europei, in cui sussiste la possibilità per i detenuti condannati al carcere a vita di presentare, trascorso un determinato periodo, domanda per essere ammessi alla liberazione anticipata.

Un simile approccio 'accomodante' è stato adottato dal Tribunale costituzionale spagnolo. Sebbene attualmente il codice penale spagnolo non preveda la pena dell'ergastolo⁴, il Tribunale costituzionale iberico ha stabilito che, al fine di respingere una richiesta di estradizione nel caso in cui il reo sarebbe soggetto alla pena dell'ergastolo, è necessario stabilire se, in concreto, l'esecuzione della pena del carcere a vita "dia luogo ad una rigida condanna alla reclusione per un tempo indefinito, senza alcuna possibilità di riduzione o flessibilità"⁵.

2.1.2. Nel continente americano, dove la maggioranza degli Stati non prevede la pena dell'ergastolo, la questione della carcerazione perpetua viene affrontata in modo più esplicito di quanto non avvenga in Europa. L'art. 9 della Convenzione Inter-americana in materia di estradizione⁶ dispone infatti che

Gli Stati contraenti non concederanno l'extradizione per un reato punibile con la pena di morte, l'*ergastolo*, o con trattamenti degradanti, salvo che lo Stato richiesto abbia in precedenza ottenuto dalla Stato richiedente, attraverso un canale diplomatico, assicurazioni sufficienti che nessuna delle summenzionate sanzioni penali sarà irrogata nei confronti del soggetto di cui si richiede l'extradizione oppure che, in caso di irrogazione di tali sanzioni, queste non saranno eseguite (enfasi aggiunta).

L'accordo in materia di estradizione sottoscritto a Rio de Janeiro nel 1998⁷, applicato con lo status di trattato internazionale agli Stati membri del Mercosur⁸

⁴ Si tratta di una situazione che sta per cambiare. Nell'aprile 2015 è stata approvata una modifica al codice penale spagnolo che ha introdotto la pena dell'ergastolo. Tale modifica entrerà in vigore nel luglio 2015.

⁵ Tribunal Constitucional, sent. 91/2000 del 30 marzo 2000. V. anche sent. n. 148/2004 del 13 settembre 2004.

⁶ Convenzione interamericana di estradizione, Caracas 25 febbraio 1981, OAS TS, No. 60.

⁷ Decisione del Consiglio del Mercato Comune (CMC) n. 14/98. Estesa a Cile e Bolivia in base a CMC n. 15/98.

⁸ Gli Stati membri del Mercosur sono Argentina, Brasile, Paraguay, Uruguay e Venezuela.

così come a Bolivia, Cile ed Ecuador, si spinge anche oltre. La Sezione 13.1 di tale accordo prevede, senza contemplare riserve, che “*lo Stato membro richiedente non è autorizzato in alcun caso a imporre la pena di morte o l'ergastolo*”. La Sezione 13.2 stabilisce poi che in simili casi la pena inflitta al soggetto estradato debba essere limitata alla pena massima prevista dall'ordinamento dello Stato richiesto.

È stato proprio l'accordo di Rio de Janeiro a essere oggetto dell'interpretazione della Corte Suprema boliviana nel caso di *Alejandro Saúl Schayman Klein*⁹. Il caso riguardava l'estradizione dalla Bolivia, ordinamento che non prevede la pena dell'ergastolo, verso il Cile, dove invece l'imposizione di tale pena è consentita. Nel caso di specie, le corti cilene avevano condannato Schayman – il quale era riuscito nel frattempo a fuggire in Bolivia – alla pena dell'ergastolo con forti limitazioni in relazione all'accesso ai benefici penitenziari (c.d. *presidio perpetuo calificado*) per il reato di parricidio. In base all'art. 32.bis1 del codice penale cileno, il reo che sta scontando tale pena acquista il diritto a presentare domanda di liberazione condizionale dopo aver scontato un minimo di quarant'anni di reclusione. La Corte Suprema boliviana non era disposta a consentire che Schayman andasse incontro a una simile pena, che non sarebbe stata ritenuta accettabile in Bolivia. In base a ciò, nel rispetto della lettera dell'Accordo di Rio de Janeiro, la Corte ha subordinato la concessione dell'estradizione al fatto che la sentenza originariamente irrogata fosse commutata in un termine di reclusione fisso non superiore a trent'anni. In tal modo la procedura di estradizione avrebbe potuto continuare senza che le regole in vigore nello Stato richiesto fossero violate.

2.2. Gli accordi bilaterali

Gli Stati Uniti d'America non sono parte di alcuno di questi accordi pan-americani in materia di estradizione. In forza di ciò, ogni volta che gli Stati Uniti chiedono l'estradizione di un soggetto devono raggiungere individualmente un'intesa con gli Stati della regione, i quali in linea di principio sono contrari non soltanto alla pena di morte ma anche a quella dell'ergastolo. Fino a oggi sono emerse indicazioni che hanno evidenziato come, in casi di questo tipo, a fronte del rispetto delle garanzie offerte in precedenza di non imporre la pena di morte, gli Stati Uniti non sempre si sono dimostrati altrettanto affidabili quando si è trattato di osservare le assicurazioni fornite rispetto alla non inflizione dell'ergastolo nei confronti del soggetto estradando¹⁰. Tuttavia, nel caso *U.S. v.*

⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Plena Auto Supremo, 157A/2010 EXP. N. 609/2009, 21 maggio 2010.

¹⁰ Cfr. R. LABARDINI, *Life Imprisonment and Extradition: Historical Development, International Context, and the Current Situation in Mexico and the United States*, in 11 *Southwestern Journal of Law and Trade the Americas*, 2005, pp. 1-108.

*Pileggi*¹¹ – una recente sentenza del 4th Circuit della *U.S. Court of Appeals*, Corte che per rango è appena sotto il livello della Corte Suprema federale – si è dimostrato che gli Stati Uniti *possono* agire scrupolosamente nell’assicurare che gli scambi internazionali in materia penale abbiano luogo senza che le regole nazionali in tema di ergastolo vengano violate¹².

L’accusa nei confronti di Pileggi, cittadino canadese residente in Costa Rica, era quella di aver compiuto un ripetuto numero di frodi ai danni di cittadini americani di età avanzata, i quali a causa di ciò avevano subito perdite per oltre otto milioni di dollari americani. Gli Stati Uniti richiedono dunque la sua estradizione per reati che, in caso di condanna, avrebbero potuto comportare la condanna all’ergastolo. Tale richiesta si fonda sul fatto che le conseguenze delle condotte criminose di Pileggi si sono prodotte primariamente in territorio americano. Tuttavia, la Costituzione costaricense proibisce sia la pena di morte che l’ergastolo. Di conseguenza, il Governo dello Stato centroamericano chiede assicurazioni in merito al fatto che, in caso di condanna successiva all’extradizione verso gli Stati Uniti, nei confronti di Pileggi non sia imposta né la pena di morte né quella del carcere a vita. In risposta, gli Stati Uniti assicurano al Costa Rica che, se estradato, Pileggi non sarebbe stato né condannato a morte né ad una pena detentiva tale da richiedere che egli “spenda il resto della [sua] esistenza in carcere”¹³. Entrambi i Governi si considerano vincolati dai termini di questo accordo, e così Pileggi viene estradato verso gli Stati Uniti, processato e, infine, condannato.

Nel corso del processo, però, il pubblico ministero comunica erroneamente alla Corte che l’accordo concluso prevede che l’imputato non possa essere condannato a una pena superiore ai cinquanta anni di reclusione. La Corte ritiene che, in forza dell’accordo, la pena dell’ergastolo non possa essere inflitta. Tuttavia, sulla base di quanto comunicato dall’accusa, Pileggi – che all’epoca aveva già compiuto i cinquanta anni – viene condannato a una pena fissa di cinquanta anni di reclusione (unitamente all’obbligo di risarcire quasi quattro milioni di dollari). In appello il 4th Circuit rigetta la pena imposta e rinvia la sua rideterminazione a una Corte differente. All’esito dell’ulteriore passaggio processuale, Pileggi viene condannato a venticinque anni di reclusione¹⁴.

Ciò che risulta particolarmente interessante rispetto al caso Pileggi è il fatto che il 4th Circuit abbia fatto in modo di dare un’attuazione sostanziale all’accordo sottoscritto dal Governo statunitense con quello del Costa Rica. La decisione ha, infatti, stabilito che la condanna a cinquanta anni di reclusione equivaleva *de fac-*

¹¹ 703 F.3d 675 (4th Cir. 2013).

¹² Cfr. W.T. WORSTER, *Between a Treaty and Not: A Case Study of the Legal Value of Diplomatic Assurances in Expulsion Cases*, in 21 *Minnesota Journal of International Law*, 2012, pp. 253-346.

¹³ *United States v. Pileggi*, 361 Fed.Appx. 475, 479 (4th Cir. 2010).

¹⁴ Riportato in *United States v. Pileggi* 703 F.3d 675 (4th Cir. 2013).

to a un ergastolo effettivo (che obbliga quindi a trascorrere in carcere il resto della vita) se imposto nei confronti di un soggetto dell'età di Pileggi. Questa conclusione è rilevante in quanto esiste una giurisprudenza relativamente esigua nelle diverse giurisdizioni nazionali riguardo a cosa costituisca un *ergastolo effettivo*. L'esito del caso in esame è inoltre soddisfacente anche nella più ampia prospettiva del "fare giustizia". Un truffatore che ha prodotto danni di rilevante entità commettendo un gran numero di frodi particolarmente odiose non è rimasto impunito a causa delle differenti visioni in materia di sanzioni penali esistenti tra due ordinamenti tra loro assai dissimili. Al contrario, Pileggi è stato giudicato colpevole e condannato a una pena detentiva quantificata in modo da soddisfare le preoccupazioni del Costa Rica, essendo però, al contempo, di durata tale da non poter certo essere definita eccessivamente mite, così da soddisfare presumibilmente anche le Corti statunitensi.

2.3. *Il trasferimento di detenuti*

Il trasferimento internazionale di detenuti condannati può sollevare particolari problemi allorché il detenuto da trasferire stia scontando la pena dell'ergastolo. Gli accordi di trasferimento tra Stati spesso prevedono che lo Stato che accetti di ricevere il detenuto, di frequente un proprio cittadino che l'opinione pubblica vuole vedere 'riportato a casa', sia tenuto a riconoscere la pena imposta nei confronti del prigioniero da parte dello Stato in cui questi è stato condannato. Questa condizione deve essere osservata anche nei casi in cui tale pena sia assai più severa di quella che sarebbe stata inflitta nello Stato ricevente. Tale questione non si pone rispetto alla Germania, Stato che, per ragioni di carattere costituzionale, ha deciso di acconsentire al trasferimento di detenuti solo nei casi in cui le proprie Corti procedano a ri-commisurare la pena del detenuto trasferito. Tuttavia, tale questione si pone invece nel Regno Unito e in altri ordinamenti di *common law* in cui il riconoscimento delle pene imposte nello Stato che attua il trasferimento rappresenta la norma, a condizione che tali pene rientrino nella gamma di quelle che avrebbero potuto essere teoricamente imposte per la commissione di un reato dello stesso tipo nel caso in cui il prigioniero fosse condannato nello Stato ricevente.

Un caso relativo a questo profilo è quello riguardante il trasferimento di una giovane cittadina britannica dal Laos al Regno Unito. Samantha Orobator viene condannata per traffico di eroina in Laos, reato per cui in quel Paese si può essere condannati alla pena di morte. Presumibilmente al fine di evitare tale pena, la donna resta incinta durante la detenzione cautelare in carcere: in base alle leggi vigenti nel Laos, infatti, una donna incinta non può essere condannata a morte. Nel giugno del 2009, la Orobator viene giudicata colpevole e condannata all'ergastolo. La donna viene quindi trasferita nel Regno Unito per scontare la

pena. In conformità all'accordo in materia di trasferimento dei detenuti esistente tra il Regno Unito e la Repubblica del Laos, il Governo britannico è tenuto a eseguire la pena dell'ergastolo imposta dalla Corte del Laos giacché l'inflizione di tale pena era tecnicamente possibile per il reato di traffico di droga anche nel Regno Unito. Questo sulla carta, anche se in pratica una simile pena non sarebbe stata imposta nel Regno Unito in un caso del genere, in cui sussistevano prove fondate per ritenere che la donna fosse stata obbligata a trasportare la droga per conto di altri spacciatori. Inoltre, il processo celebrato in Laos non aveva soddisfatto le garanzie procedurali del diritto britannico. Alla luce di tutto ciò, il Tribunale britannico chiamato a pronunciarsi conferma l'ergastolo originariamente inflitto, nonostante le deficienze procedurali del giudizio tenutosi in Laos che avevano condotto a tal esito in punto di pena. Tuttavia, la medesima Corte fissa allo stesso tempo un termine di soli diciotto mesi prima che le autorità possano concedere la liberazione condizionale alla donna¹⁵. La Orobator aveva già scontato tale periodo in carcere, e, giacché non rappresentava un pericolo per la società, poteva accedere alla liberazione condizionale quasi immediatamente per poi scontare la condanna all'ergastolo fuori dal carcere con il suo bambino. In questo modo, la pena dell'ergastolo formalmente imposta non è stata violata poiché tecnicamente la concessione della libertà condizionale poteva essere revocata e la donna rimandata in carcere in caso di violazione delle condizioni imposte, sebbene in pratica abbia dovuto trascorrere in carcere solo un breve periodo di tempo.

2.4. *L'extradizione obbligatoria*

Infine, una menzione particolare deve essere fatta per quegli strumenti internazionali che non creano semplicemente una struttura per la cooperazione ma impongono agli Stati un vero e proprio obbligo giuridico di cooperazione laddove determinati requisiti siano soddisfatti. Ad esempio, la Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo¹⁶ impone agli Stati contraenti di estradare persone sospettate di aver commesso determinati reati. Tuttavia, la Convenzione medesima chiarisce che nulla nel proprio testo deve essere interpretato alla stregua di un obbligo di concedere l'extradizione in casi in cui il diritto vigente nell'ordinamento della Parte richiesta non consenta l'imposizione della pena dell'ergastolo, qualora questo comporti il rischio che il soggetto venga condannato all'ergastolo senza la possibilità di liberazione anticipata, salvo che "la Parte richiedente fornisca assicurazioni giudicate sufficienti dalla Parte richiesta... che la per-

¹⁵ *Orobator v. Governor of Her Majesty's Prison Holloway and Secretary of State for Justice*, [2010] EWHC 58 (Admin).

¹⁶ Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo (2005) (STE n. 196).

sona interessata dalla procedura non sarà sottoposta alla pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata"¹⁷.

Allo stesso modo, il Mandato d'arresto europeo¹⁸ rappresenta uno strumento pattizio di estradizione obbligatoria tra gli Stati membri della UE, laddove determinati requisiti in relazione a soggetti sospettati di aver commesso determinati reati siano soddisfatti. Anche in questo caso esiste un'eccezione espressa relativa alla pena dell'ergastolo. L'art. 5.2 della Decisione quadro sul Mandato d'arresto europeo dispone, infatti, che

[s]e il reato in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso è punibile con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà a vita, l'esecuzione di tale mandato può essere subordinata alla condizione che lo Stato membro emittente preveda nel suo ordinamento giuridico una revisione della pena comminata – su richiesta o al più tardi dopo venti anni – oppure l'applicazione di misure di clemenza alle quali la persona ha diritto in virtù della legge o della prassi dello Stato membro di emissione, affinché la pena o la misura in questione non siano eseguite.

Nessuno di questi strumenti copre l'intera gamma di obiezioni che possono essere mosse contro l'imposizione della pena dell'ergastolo nei confronti di soggetti estradati da parte di Stati richiesti che non contemplanò l'inflizione della carcerazione perpetua, oppure che subordinano la sua esecuzione a stringenti verifiche giudiziali. Entrambi autorizzano che la pena dell'ergastolo venga imposta nei confronti di soggetti estradati, previa verifica di requisiti alquanto vaghi. Finora anche le Corti si sono mostrate alquanto riluttanti a implementarli troppo rigidamente. Ad esempio, la Corte federale di giustizia tedesca (*Bundesgerichtshof*) ha deciso che l'ergastolo previsto all'interno dell'ordinamento polacco non è incompatibile con l'art. 5.2 della decisione quadro sul Mandato di arresto europeo, anche se, in conformità a quanto disciplinato dal diritto di quel Paese, devono trascorrere venticinque anni prima che la sottoposizione di un soggetto a detenzione continuativa possa essere oggetto di riesame¹⁹. Il Tribunale federale ha deciso in tal senso, ritenendo che la sussistenza in capo al Presidente polacco del potere di esercitare clemenza e commutare la pena dell'ergastolo prima che siano trascorsi venticinque anni costituisca una garanzia sufficiente; allo stesso tempo, la Corte tedesca non ha prestato molta attenzione all'uso limitato che di questo potere è stato fatto nei casi di ergastolo. Cionondimeno, entrambi gli strumenti

¹⁷ Art. 21.3.

¹⁸ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

¹⁹ Cfr. BGH 4 ARs 5/12 – *Beschluss* del 19 giugno 2012, in 40 *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, pp. 2980-2985.

indicano la volontà di confrontarsi con approcci alla reclusione perpetua tra loro molto diversi, persino tra Stati che hanno convenuto di cooperare in un modo particolarmente stretto.

3. *Alcuni casi controversi riguardanti l'extradizione in connessione alla pena dell'ergastolo*

Le controversie più drammatiche riscontrate in anni recenti sono sorte in relazione alla seguente questione: i detenuti che negli Stati Uniti rischiano di essere condannati alla pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata (*life without the possibility of parole*, LWOP)²⁰ possono essere estradati verso quel Paese?

Inizialmente, persino in Germania, dove una siffatta tipologia di ergastolo sarebbe manifestamente contraria alla Legge fondamentale, la Corte Costituzionale Federale (*Bundesverfassungsgericht*) ha respinto la richiesta di bloccare le estradizioni sulla base del fragile argomento per cui il diritto statunitense sul punto non esclude totalmente che anche un reo senza alcuna possibilità di ottenere la liberazione condizionale possa teoricamente ricevere il perdono da parte del Presidente o del Governatore dello Stato, a seconda se sia stato condannato per un reato federale o statale. In una decisione del 6 luglio 2005, l'argomento alla base del ragionamento della Corte Costituzionale per decidere in tal senso è stato quello per cui la necessità di adempiere alle obbligazioni internazionali riguardo agli autori di reati gravi prevale rispetto alle dettagliate garanzie procedurali che la Costituzione tedesca richiederebbe, purché il sistema giuridico straniero, considerato nel suo insieme, possa dirsi fondato sui principî del giusto processo. Come spiega la Corte tedesca:

I principî costituzionali cogenti includono il nucleo forte del principio di proporzionalità, che può essere derivato dal principio dello Stato di diritto. Secondo tale principio, le autorità competenti della Repubblica federale tedesca sono tenute a negare l'extradizione di una persona ricercata se la pena alla quale tale persona va incontro nello Stato richiedente è intollerabilmente dura [...] [C]ostituisce altresì uno dei principî cogenti del sistema costituzionale tedesco quello per cui una pena che può essere imposta o che viene imposta non può essere crudele, inumana o degradante. Pertanto, alle autorità competenti della Repubblica federale tedesca è fatto divieto di cooperare alla procedura di estradizione di una persona ricercata se tale individuo deve attendersi l'imposizione di una siffatta pena oppure scontarla.

²⁰ Cfr. H. KROMREY-C. MORGENSTERN, *Auslieferung bei drohender lebenslanger Freiheitsstrafe ohne Aussetzungsmöglichkeit*, in 13 *Zeitschrift für Strafrechtsdogmatik*, 2014, pp. 704-716.

La situazione muta, però, nel caso in cui la pena da eseguirsi debba soltanto considerarsi estremamente severa e, se scrupolosamente valutata alla luce del diritto costituzionale tedesco, non possa essere considerata ragionevole. E questo poiché la Legge fondamentale [tedesca] si fonda sull'assunto per cui lo Stato da essa costituito è integrato nel sistema di diritto internazionale della Comunità degli Stati. Allo stesso tempo, essa richiede che, in particolare in materia di assistenza giudiziaria, le forme e i contenuti dei sistemi giuridici stranieri così come le diverse concezioni del diritto debbano essere in linea di principio rispettati, anche se nel dettaglio essi non rispettano le concezioni del diritto nazionale tedesco. Se la prassi internazionale in materia di estradizione, che esiste a vantaggio reciproco, deve essere mantenuta e la libertà di manovra del Governo federale in politica estera preservata, i tribunali possono limitarsi a considerare esclusivamente le violazioni dei principi cogenti del sistema costituzionale tedesco quale ostacolo insormontabile alla concessione di un'extradizione²¹.

Alcuni anni più tardi, nel 2009, nel caso *R Wellington v. Secretary of State for the Home Department*²² la *House of Lords* britannica, al tempo Corte di vertice del sistema giuridico del Regno Unito, ha adottato un approccio simile e disposto l'extradizione di un reo verso gli Stati Uniti. L'argomentazione della Corte non si è focalizzata sulla Costituzione non scritta del Paese, quanto piuttosto sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU che stava cominciando ad affermare che le condanne all'ergastolo per cui non vi sia alcuna possibilità di liberazione anticipata *de jure* o *de facto* potevano essere ritenute inumane e degradanti e, dunque integrare una violazione dell'art. 3 della CEDU.

La *House of Lords* ha trovato un supporto per la sua decisione nel caso *Wellington* nel modo ipotetico con cui la Corte EDU aveva formulato le proprie obiezioni rispetto alla pena dell'ergastolo nell'allora *leading case Kafkaris c. Cipro*²³. Alcuni giudici della *House of Lords* in *Wellington* hanno altresì cercato di bilanciare l'importanza dell'extradizione degli autori di reati gravi rispetto alla possibilità che essi possano dover affrontare la pena dell'ergastolo senza prospettiva di liberazione condizionale, o qualsiasi altra concreta prospettiva di scarcerazione, nel Paese di destinazione. I giudici hanno fatto ciò alla luce di un passaggio della decisione nel caso *Soering*, che, sebbene abbia impedito l'extradizione di un cittadino tedesco verso gli Stati Uniti dove questi avrebbe potuto essere condannato

²¹ BVerfGE 113,154 sentenza del Secondo Senato del 6 luglio 2005 – 2 BvR 2259/04, par. III.1 (con omissione delle citazioni interne). V. tuttavia la sentenza della medesima Corte (Secondo Senato) del 16 settembre 2010 – 2 BvR 1608/07, in cui si stabilisce che l'extradizione verso la Turchia non deve essere consentita, laddove il soggetto la cui estradizione è stata richiesta, sarebbe chiamata a scontare una condanna all'ergastolo rispetto alla quale la possibilità di rilascio si presenterebbe solo poco prima della sua morte.

²² *Regina (Wellington) v. Secretary of State for the Home Department* [2008] UKHL 72 [2009] 1 AC 35 (HL).

²³ *Kafkaris c. Cipro* [GC] (app. n. 21906/04) 12 febbraio 2008; (2009) 49 EHRR 35.

alla pena capitale, come evidenziato in precedenza, ha in apparenza limitato l'applicazione dei principi dei diritti umani nel caso di altre forme di pena o trattamenti inumani o degradanti:

L'intera Convenzione è caratterizzata dalla ricerca di un *equo bilanciamento* tra le esigenze di interesse generale della comunità e la necessità di proteggere i diritti fondamentali dell'individuo. Man mano che la capacità di movimento intorno al mondo aumenta e il crimine assume una dimensione transnazionale, è sempre più nell'interesse di tutti gli Stati che gli individui sospettati di aver commesso un reato e che fuggono all'estero debbano essere chiamati a risponderne in un'aula di giustizia. Per contro, la creazione di rifugi sicuri per soggetti che si sottraggono alla giustizia non soltanto darebbe origine ad un pericolo per lo Stato tenuto ad ospitare tale soggetto, ma tenderebbe altresì ad intaccare le fondamenta dell'istituto dell'estradizione. Queste considerazioni devono essere incluse tra i fattori da valutare nell'interpretazione e nell'applicazione delle nozioni di "pena" e "trattamenti inumani e degradanti" nei casi di estradizione²⁴.

Dopo la decisione nel caso *Soering*, la Corte EDU ha iniziato ad affievolire fortemente la portata di questo *dictum*, affermando come vi sia un unico standard per valutare il divieto di tortura così come quello relativo alle pene e ai trattamenti inumani e degradanti. Questo standard dovrebbe essere applicato sia a livello interno sia rispetto a quegli individui suscettibili di essere inviati verso uno Stato che non sia parte della CEDU²⁵. Tuttavia nel 2012, in un altro caso di estradizione – *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*²⁶ – la Corte EDU ha nuovamente posto l'accento sul fatto che la CEDU non costituisce un mezzo attraverso cui richiedere agli Stati membri di imporre i propri standard ad altri Stati. La Corte ha spiegato che ciò significa che "un trattamento che potrebbe violare l'art. 3 a causa di un atto o di un'omissione di uno Stato contraente potrebbe non raggiungere il livello minimo di gravità che è necessario sussista perché vi sia una violazione dell'art. 3 in un caso di espulsione o di estradizione"²⁷.

Rispetto a questo test meno rigoroso, la Corte EDU nel caso *Babar Ahmad* ha altresì stabilito – così come aveva fatto in precedenza la *House of Lords* nella sentenza *Wellington* – che la pena dell'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata (LWOP) applicata negli Stati Uniti non integrava una violazione dell'art. 3. Questo test 'indebolito' è stato oggetto di aspre critiche. I suoi detrattori sostengono che se la tortura e i trattamenti inumani o degradanti devono essere trattati allo stesso modo in maniera effettiva, allora qualsiasi indebolimento inter-

²⁴ Cfr. *Soering c. Regno Unito*, *supra* nt. 1.

²⁵ V., in part., *Saadi c. Italia* (app. n. 37201/06) 12 febbraio 2008; (2009) 49 EHRR 30.

²⁶ *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito* (apps. n. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 e 67354/09) 10 aprile 2012; (2013) 56 EHRR 1.

²⁷ *Ibid.*, par. 177.

pretativo del test dovrebbe essere abbandonato e il medesimo standard dovrebbe essere applicato in tutti i casi di estradizione esattamente così com'è applicato riguardo agli Stati europei²⁸.

Dal 2012, tuttavia, la giurisprudenza della Corte ha conosciuto un'evoluzione radicale sia in materia di ergastolo effettivo (*whole life sentence*) che di estradizione. Nel 2013, in *Vinter e altri c. Regno Unito*²⁹, la Gran Camera della Corte EDU ha chiarito lo standard che deve essere rispettato in Europa riguardo alla pena dell'ergastolo. La Corte ha stabilito che tutte le pene, ergastolo incluso, devono tendere anche alla riabilitazione degli autori di reato, ed ha altresì inequivocabilmente affermato che l'imposizione dell'ergastolo che non dia al reo alcuna realistica prospettiva di liberazione costituisce una violazione dell'art. 3. I detenuti devono avere un "diritto alla speranza" e tale speranza deve fondarsi: *a*) sulla conoscenza della sussistenza di una prospettiva non del tutto irrealistica di scarcerazione alla data in cui la pena viene inflitta, e *b*) sulla conoscenza dei meccanismi procedurali da attivare affinché la propria domanda di liberazione condizionale sia valutata a tempo debito³⁰.

Questo approdo della giurisprudenza della Corte EDU ha rinforzato la posizione di chi riteneva che il caso *Babar Ahmad* fosse stato deciso in modo errato, in quanto l'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata "U.S.-style" semplicemente non dà al condannato alcuna realistica prospettiva di scarcerazione. Come la Corte Suprema statunitense ha spiegato con riguardo all'inflizione dell'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale nei confronti dei minorenni, una siffatta condanna alla reclusione perpetua "*ripudia nella sua interezza l'ideale riabilitativo*" e "*non dà alcuna possibilità di realizzazione personale all'esterno delle mura del carcere e di riconciliazione con la società*". In altre parole, semplicemente "*non lascia alcuna speranza*"³¹. Lo stesso vale certamente anche per gli adulti.

Nel 2014, nel caso *Trabelsi c. Belgio*³², la Corte EDU ha applicato la decisione della Gran Camera nel caso *Vinter* alla questione dell'extradizione verso gli Stati

²⁸ Cfr. N. MAVRONICOLA-F. MESSINEO, *Relatively Absolute? The Undermining of Article 3 ECHR in Ahmad v UK*, in 76 *Modern Law Review*, 2013, pp. 589-603.

²⁹ *Vinter e altri c. Regno Unito* (apps. n. 66069/09, 130/10 e 3896/10) 9 luglio 2013.

³⁰ Cfr. D. VAN ZYL SMIT-P. WEATHERBY-S. CREIGHTON, *Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What is to be Done?*, in 14 *Human Rights Law Review*, 2014, pp. 59-84; N. MAVRONICOLA, *Inhuman and Degrading Punishment, Dignity, and the Limits of Retribution*, in 77 *Modern Law Review*, 2014, pp. 277-307.

³¹ *Graham v. Florida* 130 S. Ct. 2030, 2032 (2011). Anche se questo è stato affermato in relazione all'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale inflitto ad un minorenne in un caso che non riguardava un omicidio, si tratta di un'asserzione di rilevanza generale. V. anche la sentenza *Solem v. Helm*, 463 US 277, 300-301 (1983), in cui, in un caso che concerneva un soggetto maggiore d'età, la Corte Suprema statunitense ha sottolineato la differenza tra la liberazione condizionale e la remota possibilità di ottenere la clemenza esecutiva, non in grado di mitigare la severità della condanna al carcere a vita.

³² *Trabelsi c. Belgio* (app. n. 140/10) 4 settembre 2014.

Uniti. Il giudizio unanime della quinta sezione della Corte, che nel frattempo è divenuta definitiva (il che significa che la Gran Camera non riesaminerà il caso), ha affermato con forza che lo stesso test deve essere applicato alle potenziali violazioni dell'art. 3, sia che queste si siano verificate in Paesi membri della Convenzione che altrove. Come aveva eloquentemente sostenuto la sentenza *Vinter*, tutti i detenuti hanno diritto a una realistica prospettiva di rilascio. Le procedure statunitensi di liberazione anticipata devono pertanto essere valutate alla luce del mancato soddisfacimento di questo standard. In caso di condanna di Trabelsi – sospettato di terrorismo – all'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale negli Stati Uniti, la sua unica prospettiva di rilascio sarebbe stata quella del perdono presidenziale. La Corte EDU esamina le procedure in vigore negli Stati Uniti riguardanti l'utilizzo dell'istituto del perdono presidenziale in relazione agli individui condannati per terrorismo, e conclude che il modo in cui esso era stato sino a quel momento esercitato non dava a Trabelsi alcuna prospettiva realistica. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che l'extradizione di Trabelsi avrebbe costituito una violazione dell'art. 3.

La decisione nel caso *Trabelsi c. Belgio* potrebbe avere stabilizzato le regole applicabili in Europa relative all'extradizione dei soggetti che devono scontare o che rischiano di essere condannati all'ergastolo effettivo, riconoscendo il loro diritto a non essere sottoposti a pene o trattamenti inumani o degradanti in violazione dell'art. 3 della CEDU. Purtroppo, quanto poi accaduto riguardo a questo caso è particolarmente poco edificante: oltre a presentare ricorso alla Corte EDU, Trabelsi aveva cercato di ottenere anche una pronuncia del Consiglio di Stato belga che affermasse che egli non avrebbe dovuto essere estradato. Dopo la decisione della Gran Camera nel caso *Vinter*, ma prima che il ricorso di Trabelsi fosse stato esaminato dalla Corte EDU, il Consiglio di Stato del Belgio ha stabilito che la procedura di estradizione poteva andare avanti³³, e così le autorità belghe lo avevano immediatamente messo su di un volo per gli Stati Uniti³⁴. E ciò nonostante una specifica misura *ad interim* dalla Corte EDU che aveva intimato al Belgio di non assumere iniziative di questo tipo prima che la questione fosse stata esaminata e decisa a Strasburgo. Il governo belga ha cercato di spiegare le proprie azioni invocando l'esistenza di un obbligo di assistenza nei confronti degli Stati Uniti nella lotta al terrorismo, ma la Corte non si è lasciata persuadere ed ha sancito che l'esecutivo belga abbia deliberatamente violato una propria misura *ad interim* e, di conseguenza, anche la CEDU.

³³ Arrêt n. 224.770, 23 settembre 2013.

³⁴ M. EECKHAUT-J. TEMMERMAN, *Nizar Trabelsi uitgeleverd aan de VS*, in *De Standaard* (Brussels) 3 Ottobre 2013, disponibile alla seguente URL: http://www.standaard.be/cnt/dmf20131003_00772741.

4. Conclusione

L'esito insoddisfacente della vicenda *Trabelsi*, così come quello dei casi che lo avevano preceduto in cui la pena dell'ergastolo era stata oggetto di aspre diatribe, non deve oscurare la realtà per la quale, quando si tratta di ergastolo, gli Stati sono vincolati da una molteplicità di trattati e di accordi informali. Essi continuano a facilitare il trasferimento – assolutamente necessario – nelle varie parti del globo degli individui sospettati di aver commesso un reato così come quello dei criminali già condannati.

Il presente articolo ha evidenziato che anche questi accordi, formali o informali che siano, richiedono un'attenta interpretazione. In particolare, le Corti responsabili dell'inflizione della pena o della sua esecuzione, come accaduto nei casi *Pileggi* e *Orabator* discussi in precedenza, hanno la possibilità di utilizzare i loro poteri per ottenere dei risultati conformi a giustizia all'interno del quadro giuridico che li porta a dover decidere il destino di soggetti che sono stati in prima battuta arrestati o condannati fuori dalla loro giurisdizione. Impiegando un minimo di creatività interpretativa queste Corti possono produrre risultati sostanzialmente giusti, soddisfacendo allo stesso tempo tanto le preoccupazioni dello Stato richiedente che di quello richiedente.

Nei casi in cui la richiesta riguardi un'extradizione che potrebbe portare all'inflizione della pena dell'ergastolo che non dia al reo alcuna concreta prospettiva di liberazione, gli Stati richiesti giuridicamente tenuti a non consentire una pena simile devono mantenere la propria posizione. Dovrebbero perciò negare l'extradizione fino a quando lo Stato richiedente non abbia predisposto adeguate procedure di liberazione anticipata. In questo modo è possibile evitare l'infrazione dei diritti umani che tale pena comporterebbe.

Un approccio intransigente nei riguardi di Stati che adottano in materia una linea dura potrebbe produrre l'effetto desiderato, com'è avvenuto nel caso *Soering*, che ha in seguito portato gli Stati Uniti a soddisfare tutte le richieste di garanzie riguardo alla non inflizione della pena di morte nei confronti di un soggetto estradato. Questi Stati richiedenti dovranno affrontare una difficile decisione di politica penale. Saranno, infatti, chiamati a scegliere tra l'adozione di un sistema adeguato per la valutazione delle domande di liberazione condizionale di tutti i soggetti che scontano l'ergastolo oppure osservare da spettatori impotenti individui sospettati di aver commesso gravi reati sottrarsi alla giustizia poiché non estradabili.

THOMAS WEIGEND

DOVE VA IL DIRITTO PENALE?
PROBLEMI E TENDENZE EVOLUTIVE NEL XXI SECOLO ^(*)

Il diritto penale ha una sua relativa stabilità. Non si muove per salti bruschi e tuttavia si muove. Differenti vettori imprimono diverse direzioni al suo evolversi. In uno studio di qualche anno fa, WOLFGANG FRISCH ha approfondito i molteplici influssi che allo sviluppo del diritto penale e processuale provengono da condizioni e comportamenti collettivi, rilevando come i mutamenti sociali si riflettano o possano riflettersi sul diritto penale¹. Fattori essenziali di tali mutamenti andrebbero individuati nel “modificarsi dei fondamenti sociali della penalità e nel coevo trasformarsi della stessa criminalità”². Non è mia intenzione approfondire ulteriormente questa eccellente analisi. Mi limiterò a spingere lo sguardo oltre il primo decennio del XXI secolo, affrontando l’interrogativo, in quale direzione si evolva il diritto penale nei prossimi decenni, diciamo fino al 2040. Al riguardo, mi affiderò alla metafora del diritto penale come un fiume che scorre lento e che, sulla scorta di quanto è dato osservare nel tempo presente, lascia intuire dove sfocerà³.

I. Ruolo della dogmatica penale

Volgendo lo sguardo indietro di circa cinquant’anni, verso la metà del secolo scorso, è dato scorgere un diritto penale improntato all’ideologia socialista imperante in alcuni Stati europei. Un diritto penale estraneo sia per lessico sia per contenuti alla nostra attuale sensibilità. Ma anche negli ordinamenti che, da allora, non hanno subito grandi sconvolgimenti politici si nota uno spostamento di punto focale con riguardo sia alla legislazione penale sia alle correlate discussioni dottrinali. Gli anni Cinquanta e Sessanta appaiono segnati da diatribe, filosoficamente motivate⁴, per un verso, intorno alla sistematica e alla teoria del reato e, per altro verso,

^(*) Traduzione dal tedesco a cura del prof. Renzo Orlandi.

¹ W. FRISCH, *Gesellschaftlicher Wandel als formende Kraft und als Herausforderung des Strafrechts*, in *Festschrift für Heike Jung*, 2007, 189.

² *Loc. ult. cit.*, 210.

³ Analogo spunto in L. KUHLEN, in *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, a cura di U. NEUMANN e C. PRITZWITZ, 2000, 111

⁴ W. FRISCH, in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2007, 255, nonché in *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, a cura di R. STÜRNER, 2010, 178 ha giustamente richiamato

intorno allo scopo della pena. Sul terreno dogmatico, vale a dire con riguardo alla ricerca sistematica dei presupposti della responsabilità penale e dei loro reciproci rapporti, la Germania ha conquistato nel corso dei secoli XIX e XX una riconosciuta posizione dominante⁵; ciò spiega perché manuali e monografie tedesche siano state tradotti in molte lingue; non solo: anche le categorie concettuali e i temi posti dalla dogmatica tedesca sono divenuti articoli di successo da esportare e da imitare all'estero⁶. Accese discussioni sugli scopi della pena non ci sono state per verità solo in Germania. Tuttavia, ciò che ha caratterizzato il dibattito tedesco è stato ed è tuttora il forte influsso proveniente dalle correnti filosofiche del XIX secolo – da Kant a Franz von Liszt – oltre che dalle conoscenze empiriche della ricerca criminologica. Ad esempio, a partire dagli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, si è discusso se i risultati della ricerca trattamentale possano o meno supportare la prevenzione speciale attraverso la sanzione penale⁷ e ci si è altresì chiesti quale ruolo giochi la deterrenza nel sistema delle sanzioni penali. In questa discussione WOLFGANG FRISCH è intervenuto con numerose prese di posizione nel corso del tempo⁸, soprattutto in tema di commisurazione della pena, sempre dichiarandosi a favore del principio di colpevolezza, contro le opzioni preventive⁹.

Se gettiamo uno sguardo nel futuro, possiamo facilmente pronosticare che anche fra trenta o quarant'anni in Germania si parlerà e si controverterà intorno alla pena, alle sue finalità e ci si confronterà sulla “corretta” struttura del reato. Tuttavia simili questioni non occuperanno il centro del dibattito come accaduto nel secolo scorso e io dubito altresì che su questo terreno ci attendano nuove fondamentali scoperte¹⁰.

l'attenzione sulla lunga tradizione delle questioni “dogmatiche” a partire dalle discussioni intorno all'attribuzione di responsabilità presso i giusnaturalisti del XVII secolo. Sul tema dell'imputazione di responsabilità penali si veda W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.

⁵ Numerosi esempi di dogmatica “felicitemente riuscita”, specialmente con riguardo alla prima metà del XX secolo, sono forniti da W. FRISCH, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, a cura di A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT, 2000, 165 ss.

⁶ Cfr. B. SCHÜNEMANN, in *Festschrift für C. Roxin*, 2001, 1 ss.; nonché H.J. HIRSCH, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, 835.

⁷ In particolare, sulla questione attinente alla possibilità e affidabilità di prognosi individuali cfr. W. FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1983, 22 ss.

⁸ In *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1987, 361 ss.; nonché in: C. ROXIN-G. WIDMAIER (a cura di), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. IV, 2000, 269; e ancora, in *Festschrift für Müller-Dietz*, 2001, 237; in W. FRISCH, A. VON HIRSCH, H. J. ALBRECHT (a cura di), *Tatproportionalität*, 2003, 3; e in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2009, 385.

⁹ Cfr. da ultimo W. FRISCH, in *Goltdammer's Archiv*, cit. 390.

¹⁰ In termini critici sulla produttività della dogmatica penale tedesca si esprime B. BURKHARDT, *Die Strafrechtswissenschaft im Blick anderer Wissenschaften und der Öffentlichkeit*, in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, cit., 129. Per argomenti più affidabili vedi tuttavia C. ROXIN, *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, *ivi*, 379.

Per quanto concerne il dibattito tedesco sulle finalità della pena, le divergenze sono già cessate¹¹. Approcci di tipo puramente comportamentale non hanno quasi più fautori. Trovano invece adesioni teorie “assolute” della pena, nel senso propugnato dalla filosofia idealistica¹²; guadagna altresì terreno l’idea della proporzione fra fatto e sanzione come criterio commisurativo adeguato¹³. Ma soprattutto l’idea di una perequazione fra colpevolezza e sanzione si arricchisce di una componente “sociale”, nella misura in cui la giusta sanzione è intesa come mezzo per restaurare la coesione sociale, non per riaffermare il valore della norma violata¹⁴. Anche W. FRISCH, all’esito di una paziente e completa analisi, si è orientato nel senso di una teoria “combinata”, il cui fondamento egli ravvisa nell’esigenza di giustizia: si tratta, in primo luogo, di “assicurare la certezza delle situazioni giuridiche”, oltre che di “rimuovere le situazioni di contrarietà al diritto con il mezzo simbolico della pena”; la pena è dunque irrogata “nel nome della libertà”¹⁵. Quest’ultima frase troverebbe oggi d’accordo tutti i cultori tedeschi del diritto penale. Resta con ciò certamente insoluto il faticoso compito – peraltro aggravato dalle più recenti riforme in tema di mediazione (§ 46a StGB) e di collaborazione giudiziaria (§46b StGB) – di tradurre le grandi visioni teoriche nella moneta spicciola dei criteri commisurativi e del relativo contenuto. Persino domande significative come quelle concernenti il rilievo da attribuire alla recidiva in un diritto penale della colpevolezza sono rimaste finora inspiegate. W. FRISCH ha da anni intrapreso il compito di abbozzare una “parte speciale” del diritto sanzionatorio¹⁶, senza tuttavia trovare molti seguaci¹⁷.

L’alta reputazione della dogmatica penale, specialmente nella versione tedesca, non dipende solo dalla statura dei suoi protagonisti. Essa è altresì conseguenza del suo riconosciuto valore quale fonte normativa, prima delle codificazioni ottocentesche, e quale ispiratrice di contributi teorici alla redazione dei codici. Nell’opinione – stando alla quale la punibilità di un ubriaco non imputabile

¹¹ Sul punto, da ultimo, si veda la panoramica offerta da T. HÖRNLE, *Straftheorien*, Tübingen 2011.

¹² Ad es. M. KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2^a ed., Berlin 1997, 37 ss. e, più di recente, M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen 2012, 90 ss.

¹³ Cfr., al riguardo, T. HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999; *Einleitung, Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe*, in W. FRISCH-A. VON HIRSCH, H. J. ALBRECHT, *Tatproportionalität*, Heidelberg 2003.

¹⁴ Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2^a ed. 1991, 6 ss.; per una teoria “associata” con forte enfasi sulle finalità preventive della pena si veda inoltre C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner, Teil I*, 4^a ed., München 2006, 37 s.

¹⁵ W. FRISCH, *Schwächen und berechtigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention*, in B. SCHÜNEMANN, A. VON HIRSCH, N. JAREBORG, *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, 143.

¹⁶ W. FRISCH, *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik*, in *ZStW*, 1987, 751.

¹⁷ Si veda tuttavia F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen: die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 3^a ed. 2012, 261 ss.

(diversamente da quanto stabilisce il § 20 StGB) possa fare leva sulla categoria dell'*actio libera in causa*¹⁸ – riecheggia l'idea di una scienza penale capace di sostituirsi alla legislazione ponendosi in posizione sovraordinata alla stessa. Di fatto, la dogmatica penale – intesa come filosofia pratica orientata alla legge¹⁹ – non vive più oggi di vita propria; può solo sforzarsi di seguire le sinuosità della legislazione, spianando eventuali contrasti²⁰. Quando, invece, ripiega su posizioni critiche contro un'ipotetica “illiceità” della legislazione o della giurisprudenza, la dogmatica mantiene sì la propria purezza, ma finisce col cedere ad attitudini nostalgiche condannandosi a una sterile protesta²¹.

Nemmeno il rapporto fra dogmatica penale di stile accademico e giurisprudenza è privo di tensioni. Diversamente che in altri Stati, i giudici tedeschi tengono in grande considerazione le elaborazioni teoriche dei grandi commentari, dei principali manuali e dei contributi degli autori più accreditati; si è giunti al punto di organizzare un *forum* di discussione e confronto attraverso il *Karlsruher Strafrechtsdialog*²². Raramente i giudici tedeschi sono rimproverabili di non confrontarsi²³, nelle loro motivazioni, con le diverse opinioni dottrinali maturate intorno alle principali questioni giuridiche e di limitarsi a esporre le opinioni di quegli autori che appoggiano la soluzione data in sentenza²⁴. Si aggiunga che la giurisprudenza rifugge dall'aderire a teorie troppo rigide, manifestando la propria preferenza piuttosto per gli orientamenti che lasciano un margine interpretativo per la soluzione del caso: col che si spiega, ad esempio, l'attestarsi della giurisprudenza su una “valutazione complessiva” nel quadro della teoria “soggettiva” a proposito

¹⁸ Si veda ad esempio J. WESSELS, W. BEULKE, H. SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 44^a ed. 2014, nr. 415.

¹⁹ Al riguardo cfr. W. FRISCH, *Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Entwicklung des Strafrechts*, in *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, cit., 176.

²⁰ Lo ammette anche C. ROXIN *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, cit. 384-387, che per il resto afferma convintamente l'alto valore dell'approccio dogmatico. Per contro, B. SCHÜNEMANN, in *Festschrift Herzberg*, 2008, 45, parla della dogmatica penale come di un “quarto potere”, certamente solo in rapporto con la giurisprudenza che essa si limita a controllare, senza esercitare un vero dominio. Analogamente H. RADTKE, *Gestörte Wechselbezüge? - Zum Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung*, in *ZStW* 2007, 73 ss.

²¹ Nello stesso senso W. FRISCH, *Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik*, cit., 187.

²² I materiali sono pubblicati in *Strafprozessrechtspraxis und Rechtswissenschaft - Getrennte Welten?*, a cura di M. JAHN-A. NACK, 2008; e, dello stesso autore, *Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?*, 2010; *Gegenwartsfragen des europäischen und deutschen Strafrechts*, 2011.

²³ Nel senso di un obbligo costituzionalmente fondato (!) per i giudici di “osservare i concetti della dogmatica penale e di confrontarsi con gli stessi nell'attività interpretativa” si veda tuttavia, l'esplicita affermazione di B. SCHÜNEMANN *Festschrift Herzberg*, cit., 45. Giustamente critico sul punto H. RADTKE, *Gestörte Wechselbezüge*, cit. 70.

²⁴ Si veda al riguardo B. SCHÜNEMANN, in *Goldammer's Archiv* 2011, 451 ss.; nonché H. RADTKE, *Gestörte Wechselbezüge*, cit., 78 ss.

della distinzione fra autoria e partecipazione nel reato²⁵, così come la preferenza per flessibili “teorie volontaristiche” a proposito della distinzione fra dolo e colpa²⁶. Resta il fatto che nessuna teoria, per quanto perfettamente pensata e costruita, può ambire ad affermarsi nella pratica solo in ragione del suo rigore logico.

L’assunto che, in futuro, le grandi costruzioni teoriche sono destinate ad essere relegate in secondo piano non significa che la scienza penale possa rinunciare del tutto alla formazione di concetti e teorie: l’argomentazione sistematica e coerente continuerà ad essere un marchio di qualità per la giurisprudenza futura²⁷. Tuttavia non è un caso che progetti teorici ampi e individualmente concepiti, come ad esempio quelli di HANS WELZEL, CLAUS ROXIN, GÜNTHER JAKOBS, EBERHARD SCHMIDHÄUSER o MICHAEL KÖHLER e relativi allievi sembrano non avere praticamente seguaci nelle giovani generazioni²⁸. Del resto, se si guarda all’esperienza di altri ordinamenti – ad esempio quello inglese o quello francese – si nota una capacità di (soprav-)vivere anche senza le raffinatezze dell’approccio dogmatico. Anzi. Grazie a un approccio più pratico, orientato alla “ragionevolezza” e, per questo, più capace di adeguarsi alla varietà dei casi da decidere, quel diverso modo di porsi può essere per i riformatori di altri ordinamenti persino più attraente di quanto oggi non appaia l’inaccessibile dogmatica tedesca. Pertanto, nell’epoca dell’unificazione o armonizzazione fra sistemi giuridici europei, la tradizione di pensiero tedesca – benché presente nel dialogo internazionale – ha minori chances di successo di quanto alcuni suoi rappresentanti mostrino di credere²⁹.

II. Tendenze espansive

1. Se la sistematica penetrazione del diritto penale è destinata a indietreggiare di fronte alle classiche costruzioni teoriche di parte generale, è invece prevedibile una ulteriore espansione della parte speciale. Non si tratta solo (e comunque non in primo luogo) dell’*adattamento dei divieti ai cambiamenti dei nostri stili di vita* con particolare riguardo alle tecnologie informatiche³⁰. Non si assiste ad alcun rivoluzionario sconvolgimento, quando, ad esempio, alla falsificazione o distruzione di documenti manoscritti (§§ 267, comma 1, e 274, comma 1, StGB) si affian-

²⁵ Si veda, ad esempio, *Bundesgerichtshof in Strafsachen* (d’ora in poi BGHSt) 8, 396; 37, 291; 48, 56.

²⁶ Ad esempio BGHSt 7, 363, 368 f.; 36, 1, 9; BGH in *Strafverteidiger* 1988, 328.

²⁷ Circa il significato delle costruzioni teoriche cfr. B. SCHÜNEMANN, in *Goltdammer’s Archiv* 2011, 447; M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, cit. 3 ss.

²⁸ Si veda tuttavia da ultimo M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, cit., il quale si batte per un sistema penale “a getto unico”.

²⁹ Si vedano J. VOGEL, in *Juristenzeitung* 2012, 27 ss. e R. WAHL, *ibidem*, 866 ss.

³⁰ Cfr. W. FRISCH, *Gesellschaftlicher Wandel als formende Kraft und als Herausforderung des Strafrechts*, in *Festschrift Jung*, 2007, 190 ss.

ca la manipolazione o la cancellazione di dati archiviati in memorie elettroniche (§§ 274, comma 1, nr. 2, 303a e 303b StGB). Persino l'adattamento di tradizionali disposizioni penali alla "vita virtuale" di molte persone in Internet, specialmente nell'uso dei *social network*, non implica un mutamento qualitativo del diritto penale: il fatto che affermazioni ingiuriose o diffamatorie possano oggi essere diffuse grazie a *Facebook* non esclude per nulla l'applicabilità delle vigenti norme penali. Il diritto penale preserva il proprio carattere e il proprio ambito di tutela anche a fronte di "beni giuridici" definibili come nuovi: se, nel loro tempo libero, le persone non si diletano più con il modellismo navale, ma armano personaggi di fantasia con giochi *on-line* dispendiosi di tempo, si può certo riflettere circa l'opportunità di creare nuove disposizioni penali volte a sanzionare danni o furti di identità virtuali³¹. Ma anche qui saremmo in presenza di un semplice adattamento del diritto penale classico alla necessità di tutelare nuovi ambiti sensibili per molte persone, in ragione del tempo, del danaro o della fatica investiti.

2. Un mutamento non solo quantitativo è ravvisabile invece in un settore penalistico dove già si osserva un'espansione verosimilmente destinata a espandersi nel prossimo futuro: alludo all'*ambito dell'economia e delle finanze*. Qui la tendenza è nel senso di un intervento capillare del diritto penale a copertura di regole che assicurino condotte imprenditoriali ispirate a ragionevolezza e cautela. La punibilità del riciclaggio – per dolo o per avventatezza (§ 261, commi 1, 2 e 5 StGB – l'estensione della fattispecie di infedeltà a pratiche commerciali rischiose (§ 266 StGB)³², la creazione di nuove fattispecie penali riguardanti la possibile manipolazione dei corsi borsistici (§ 38 *Wertpapierhandelsgesetz*)³³, l'incriminazione (anche a titolo di colpa) di iniziative finanziarie senza previa autorizzazione dell'ufficio di controllo bancario (§ 54 *Kreditwesengesetz*)³⁴, così come il divieto penalmente sanzionato di traffico di sostanze dopanti (§ 95, comma 1, nr. 2a e § 6a *Arzneimittelgesetz*), sono solo alcuni esempi che documentano la tendenza legislativa a minacciare con sanzioni penali qualsivoglia messa in pericolo anche solo della fiducia che il cittadino dovrebbe riporre in un regolare assetto della vita economica³⁵.

³¹ Cfr. J. VAN KOKSWIJK, *Granting Personality to a Virtual Identity*, in *International Journal of Human and Social Sciences* 2008, 207; M. GERCKE, *Understanding Cybercrime*, 2^a ed. 2011, 86 ss.

³² Cfr. BGHSt 47, 148; 51, 111 ss.; 53, 199; fondamentalmente confermata dalla sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 126, 170. Sul punto, anche in prospettiva comparata, T. RÖNNAU, in *ZStW*, 2010, 299 e B. SCHÜNEMANN, *Der Begriff des Vermögensschadens als archimedischer Punkt des Untreuetatbestandes*, in *Strafverteidiger Forum* 2010, 477.

³³ Al riguardo R. SCHMITZ, in *ZStW* 2003, 501; H. KUDLICH, in *Juristische Rundschau* 2004, 191.

³⁴ A proposito del dubbio bene giuridico protetto da tale norma si veda G. JANSSEN, in *Münchener Kommentars zum StGB*, 2^a ediz. 2015, vol. 7, § 54 KWG Rn. 11-13.

³⁵ Si veda R. HEFENDEHL, in *ZStW* 2007, 816; E. KEMPF, K. LÜDERSSEN, K. VOLK (a cura di), *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers – wirtschaftliche Perspektiven, strafrechtliche und ethische*

Resta da dire quali effetti questa tendenza relativamente recente può avere sulle dinamiche dell'economia e, in particolare, se essa finirà col paralizzare le attività d'impresa o se contribuirà invece a un'elevazione dei parametri etici, contro l'avidità individuale dei soggetti economici. Già oggi si può tuttavia constatare l'indebolimento di taluni tradizionali principi del diritto penale economico: i "beni giuridici" diventano fluidi e altamente astratti, col che cessano di svolgere la classica funzione di limite alla punibilità³⁶; le fattispecie si limitano spesso a descrivere condotte di pericolo astratto³⁷; si prescinde dal requisito del dolo di danno o di pericolo, essendo sufficiente il semplice comportamento colposo a giustificare la punibilità³⁸; le persone giuridiche diventano titolari di responsabilità penali³⁹. Ma soprattutto si viene trasformando la funzione di minaccia e di esecuzione delle sanzioni penali: esse non sono più (soltanto) al servizio delle regole fondamentali della convivenza associata, bensì vengono impiegate per assicurare e rafforzare regole di comportamento, a loro volta, funzionali a disparati interessi e che, in linea generale, dovrebbero assicurare l'ordinato svolgersi della vita economica. In questo modo il diritto penale rientra in quel variegato strumentario giuridico che include il diritto tributario, il diritto pubblico dell'economia, il diritto dell'illecito amministrativo, il diritto delle attività non consentite e che, in linea generale, è concepito per conformare il comportamento dei cittadini ai fini normativi. Va così perduto il tratto specifico del diritto penale. Esso diventa un settore dell'esperienza giuridica non diverso qualitativamente da altri settori, le sue sanzioni non sono più associate a "disvalori etici", ma si distinguono dalle altre soltanto per la loro maggior incidenza sulla libertà e sul patrimonio. Al pari di ogni inflazione anche quella del diritto penale comporta una perdita di valore dei beni tutelati e ciò a prescindere dalla maggior o minor severità delle prassi giurisprudenziali sul terreno del diritto penale economico. Non credo che questa ten-

Schranken, 2009; A. J. GUGGENBERGER, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität in der Marktwirtschaft*, 2012.

³⁶ Sul punto, in generale, W. HASSEMER, U. NEUMANN, in *Nomos Kommentar zum StGB*, 3^a ed. 2010, premessa al § 1, nr. 122 ss.; con particolare riferimento ai "beni giuridici" del diritto penale economico vedi, in termini critici, P. WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2^a ed. 2011, 11 ss.; (in senso affermativo) K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 3^a ed. 2010, nr. 45 ss.; M. MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011, 32 ss., concepisce il "bene giuridico" nei delitti economici come interesse a facilitare "le condizioni in presenza delle quali i singoli possano perseguire i propri interessi patrimoniali a fronte di ingerenze di terzi meritevoli di sanzione penale" (*ivi* nr. 52).

³⁷ Cfr. M. MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, cit., 80 ss.

³⁸ Si vedano ad esempio il § 261, comma 5, StGB, il § 38, comma 4, *Wertpapierhandelsgesetz* e il § 34, comma 7, *Außenwirtschaftsgesetz*.

³⁹ Una panoramica critica è offerta da B. SCHÜNEMANN, in *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12^a ed. 2007, premessa al § 25, nr. 20 ss; per un approfondimento circa la ripartizione di responsabilità nell'ambito dell'impresa cfr. M. MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, cit., 315 ss.

denza espansiva del diritto penale sia contrastabile: troppo comoda risulta, infatti, l'incriminazione di condotte irregolari come mezzo per un miglior loro controllo e certamente l'Unione europea rafforzerà, anziché frenare, l'espansione del diritto penale economico e tributario.

3. Un secondo settore dove prevedibilmente si verificherà l'accennata tendenza espansiva è l'ambito delle *infrazioni morali*, vale a dire di quelle condotte che non causano alcun materiale danno individuale ma ledono le aspettative di comportamenti decorosi e rispettosi del vivere "civile"⁴⁰. Appartengono a questa tipologia, ad esempio, il disturbo di funzioni religiose e della quiete dei defunti (§§ 167-168 StGB), l'apologia del nazionalsocialismo e la negazione dei suoi crimini (§ 130, commi 3 e 4, StGB), l'esaltazione o la svalutazione di fatti violenti (§ 131 StGB), il maltrattamento di animali (§ 17 *Tierschutzgesetz*). Anche talune infrazioni contro l'integrità dell'ambiente (ad esempio §§ 324, 329 StGB) sono annoverabili nella lista degli illeciti privi di concreti effetti dannosi per la salute e tuttavia sanzionati penalmente per la contrarietà a diffuse aspettative di comportamento⁴¹. Infine, rientrano fra le *infrazioni morali* anche modalità di condotta come ad esempio l'assunzione di droghe o la guida di autoveicoli, vietate per ragioni paternalistiche⁴², al fine di proteggere il cittadino da possibili danni a se stesso.

Simili divieti possono essere considerati come "simbolici"⁴³ in quanto non sono creati per sanzionare davvero tutte le immaginabili violazioni; con essi si mira piuttosto ad esprimere in maniera incisiva il rifiuto morale col quale la società (e più precisamente i suoi *opinion makers*) bolla certe modalità comportamentali. L'incriminazione è, si può dire, il braccio armato di quella "correttezza politica" che penetra il lessico ufficiale e dal quale ci si attende, alla lunga, un mutamento anche interiore dei cittadini. Questi ultimi si debbono attenere alle regole di comportamento non in quanto la loro violazione recherebbe danno a qualcuno, ma perché – come il legislatore mostra di credere – ciò è bene per loro stessi⁴⁴. La

⁴⁰ Si veda al riguardo l'ampia ricerca di T. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, Frankfurt a. M. 2005, e quella pubblicata a cura di A. VON HIRSCH-A. P. SIMESTER, *Incivilities*, Oxford 2006.

⁴¹ Si veda tuttavia B. SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in *Goldammer's Archiv* 1995, 208, secondo il quale la "dispersione di risorse in danno delle generazioni future", integra il "concetto originario del delitto" ("*Urbegriff des Verbrechens*"); dello stesso autore si veda anche *Strafrecht und Strafprozess im Rechtsstaat*, pubblicato in H. SCHOLLER (a cura di), *Die Sicherung des Rechtsstaatsgebotes im modernen europäischen Recht*, Berlin 2011, 49.

⁴² Al riguardo si veda A. VON HIRSCH, U. NEUMANN, K. SEELMANN (a cura di), *Paternalismus im Strafrecht*, Baden-Baden 2010.

⁴³ Sul punto W. HASSEMER, in *Festschrift Roxin*, 2001, 1001; J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, in *ZStW* 2001, 516.

⁴⁴ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Strafrecht und Strafprozess*, cit., 50-53.

tendenza a penalizzare condotte “indecenti” rompe con una secolare tradizione europea, i cui fondamenti sono giustamente individuati nella filosofia illuministica⁴⁵. Essa contraddice anche il “principio di offensività”⁴⁶, che non ammette sanzioni penali per condotte semplicemente immorali. In cosa poi precisamente consista l’“offensività” qui evocata è questione plurisolubile⁴⁷. Non è difficile trovare un interesse suscettibili di tutela: la protezione di altri rispetto alla possibile lesione di loro privati sentimenti, la tutela del sistema sanitario pubblico e dei suoi costi rispetto al sovraccarico di malattie e lesioni che si potrebbero prevenire o, in casi di necessità, la “pace pubblica”⁴⁸, meritevole sempre e in ogni luogo di essere protetta. Bisogna però riconoscere che la vera forza propulsiva che preme per la penalizzazione di siffatti comportamenti non è affatto la protezione di concreti interessi, bensì il desiderio di educare e promuovere comportamenti conformi alle norme di civile convivenza⁴⁹.

Non è forse casuale che la tendenza a una nuova moralizzazione (anche) del diritto penale sia associata a un più forte influsso delle donne nella formazione della pubblica opinione, così come nella legislazione e nella giurisprudenza. Negli ultimi decenni, in tutti i paesi europei le donne hanno chiaramente rafforzato la loro presenza negli organi legislativi, nei tribunali, negli uffici d’accusa, nei mezzi di comunicazione e niente lascia supporre che una simile tendenza si arresti. Una delle ipotizzabili conseguenze di tale sviluppo è il crescente interesse che circonda la persona offesa dal reato sia nel diritto penale sia in quello processuale⁵⁰: le donne subiscono delitti più frequentemente di quanti ne commettano ed è perciò più facile per loro identificarsi con le vittime.

Assistiamo alla creazione o all’estensione di fattispecie incriminatrici che lasciano supporre vittime in prevalenza femminili⁵¹. Si pensi al matrimonio forzato (§ 237 StGB), alle molestie (§ 238 StGB), alla tratta di persone per finalità di sfruttamento sessuale (§ 232 StGB) così come alla realizzazione furtiva di immagini (§ 201a StGB). Degno di nota è altresì lo spostamento d’accento osservabile

⁴⁵ W. FRISCH, *Rechtsphilosophie und Strafrecht in Europa*, in *Goltdammer’s Archiv* 2007, 253.

⁴⁶ Si veda A. VON HIRSCH, in R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, 13.

⁴⁷ Ad esempio K. AMELUNG, in: R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, 155; T. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 22 ss.

⁴⁸ T. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, cit., 90 ss.

⁴⁹ Cfr. C. PRITZWITZ, in U. NEUMANN-C. PRITZWITZ (a cura di), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a. M. 2000, 136.

⁵⁰ Sugli sviluppi attuali e per un primo provvisorio bilancio dopo un quarto di secolo di politica criminale in Germania si veda il volume collettaneo curato da S. BARTON e R. KÖLBEL, *Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts*, Baden-Baden 2012.

⁵¹ Per un primo sguardo all’approccio femminista al diritto penale si veda U. LEMBKE, in L. FOLJANTY-U. LEMBKE (a cura di), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2^a ed. 2012, 235.

nella recente normativa in tema di prostituzione: il libero esercizio della stessa è stato legalizzato, mentre è stata confermata (§§ 180a, 181a StGB) la punibilità dello sfruttamento (quasi sempre opera di maschi), e ultimamente è stata assoggettata a sanzione anche la condotta del minore (verosimilmente maschio) che abusa di altro minore (§ 182 II StGB)⁵². Infine anche nell'ampliamento di tutela penale in favore di bambini e minori, ad esempio nel campo dello sfruttamento sessuale e dell'uso di immagine pornografiche (§§ 180, 184c StGB), è ravvisabile una scelta associabile con istinti materni, mentre i supposti autori sono prevalentemente dei maschi.

Per contro, l'ideale libertario affermatosi a partire dal XIX secolo e imperniato sul valore supremo del libero comportamento, può essere visto come rappresentativo di un ordine di valori tipicamente maschile ormai in fase recessiva. Il credo liberale di un pensatore come JOHN STUART MILL, secondo il quale nessuno può essere limitato nella propria libertà, finché non lede interessi altrui⁵³ non trova più riscontro nell'ordine di valori vigenti nel XXI secolo. Ci stiamo muovendo dall'ideale (tipicamente maschile?) dell'autoaffermazione, dell'individualismo, della libertà e dell'autorealizzazione, verso una forte accentuazione della socialità, dell'empatia, dell'apertura ai desideri, alle aspettative, ai bisogni e alle sensibilità del prossimo: ciò che si riflette anche sul modo in cui diventa lecito esprimere le proprie opinioni e i propri desideri. Niente da obiettare, naturalmente, a questa coloritura comunitarista dei valori. Va però detto che chi si attesta su questo livello è probabilmente incline ad accettare limitazioni di libertà individuale in cambio del rispetto delle regole di convivenza sociale: e questo anche con i mezzi del diritto penale.

4. Circa le ragioni che hanno propiziato questa espansione "moralessante" del diritto penale è possibile avanzare qualche supposizione. Una riflessione plausibile si spinge ad affermare che i membri della "società del rischio" (*Risiko-gesellschaft*) sono disposti ad accettare limitazioni alla loro di libertà, per averne in cambio protezione a fronte delle molteplici insicurezze e dei pericoli che incontrano nella loro vita⁵⁴. Sono andati perduti molti dei sicuri ancoraggi sui quali

⁵² Sulla *ratio* del § 182 II StGB vedi T. HÖRNLE, in *Leipziger Kommentar*, 12^a ed. 2010, § 182 nr. 4, 5 (la quale ricorda che nella disposizione penetrano "considerazioni paternalistico-morali").

⁵³ J. S. MILL, *On Liberty*, 2^a ed. 1859, 135: "As soon as any part of a person's conduct affects prejudicially the interests of others, society has jurisdiction over it (...). But there is no room for entertaining any such question when a person's conduct affects the interests of no person besides himself, or needs not affect them unless they like. In all such cases there should be perfect freedom, legal and social, to do the action and stand the consequences".

⁵⁴ Il tema vanta una ricca letteratura. Si vedano in particolare C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993; W. HASSEMER, in *Festschrift Roxin*, 2001, 1001; J. SILVA SANCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, 2003, 7 ss.; W. FRISCH, in: *Festschrift Jung*, 2005, 194 ss.

fino a cinquant'anni fa si poteva ancora contare: la sopravvivenza dell'ambiente naturale è minacciata; le strutture genetiche delle piante, degli animali e persino degli uomini sono esposte a manipolazioni dalle conseguenze ignote e imprevedibili; l'integrità della nazione è insidiata dall'esterno a causa di movimenti migratori e altri molteplici influssi disgregatori; istituzioni come la famiglia, la chiesa, i comuni sono caduti a pezzi o hanno quanto meno perduto l'importanza che in passato avevano nella vita sociale, ciò che si è tradotto in un allentamento del controllo sociale informale. Infine, nelle società multiculturali si scontrano in modo spesso inconciliabile rappresentazioni molto diverse circa l'idea di condotta socialmente corretta o quanto meno tollerabile. Il generale senso di insicurezza e di instabilità che assale molte persone produce una forte paura di essere aggrediti e prevaricati nel proprio spazio vitale, specialmente in presenza di paure artatamente gonfiate. Fenomeni a lungo discussi e trattati dai mezzi di comunicazione come ad esempio il terrorismo, con i suoi anonimi protagonisti, per molti incomprensibili motivi si traducono facilmente in simboli efficaci di una minaccia alla sicurezza personale, costante, imprevedibile e perciò stesso difficile da prevenire.

Il clima di minaccia percepita e di anomia in un mondo destrutturato e difficile da decifrare predispone molte persone a sacrificare la propria libertà di azione, se i limiti cui si sottopongono si agganciano a promesse (o quanto meno ad aspettative) di riacquistare la sicurezza che si credeva perduta. In simile contesto gioca un importante ruolo simbolico il diritto penale con le sue chiare regole e il suo meccanismo di stretta coerenza⁵⁵: per molti esso si presenta come la scialuppa di salvataggio nel mare agitato dell'insicurezza; un salvagente che promette la fisica rimozione (attraverso appositi sbarramenti) di uomini percepiti come pericolosi in quanto estranei e incomprensibili per le loro opinioni o per il loro modo di agire⁵⁶. L'opinione pubblica e la sua diffusione fa salire la pressione sul legislatore e sui giudici invitati a "far qualcosa" al fine di contrastare efficacemente minacce spesso erroneamente associate al delinquere⁵⁷.

Gli uomini colgono solo il volto amichevole del Leviatano, quello che restituisce sicurezza, ignorando così il pericolo della sua tirannia. La tendenza a sacrificare le libertà individuali (di azione, di pensiero, di opinione) in cambio di maggior sicurezza si intreccia con le ininterrotte tradizioni delle società asiatiche

⁵⁵ Vedi L. KUHLEN, *Kritik und Rechtfertigung*, cit., 113.

⁵⁶ Per uno spunto in tal senso nei confronti dei "terroristi" cfr. O. DEPENHEUER, *Die Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, 2^a ed. 2008; M. PAWLIK, *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, München 2008. Giustamente critico a proposito della legislazione sul terrorismo in questa congiuntura storica M. CANCIO MELIÀ, *Zum strafrechtlichen Begriff des Terrorismus*, in *Goltdammer's Archiv* 2012, 1, 4 s.; vedi altresì M. ZÖLLER, *Terrorismusstrafrecht*, 2009.

⁵⁷ Cfr. K.L. KUNZ, in *Festschrift Schöch*, 2010, 362.

(dell'estremo oriente), che non hanno mai cessato di lasciare alla persona margini angusti di realizzazione e autonomia individuale.

Non è una sorpresa per gli esperti constatare che l'espansione del diritto penale non è davvero in grado di produrre né la sicurezza sperata, né l'affrancamento dalla paura; ancor meno esso è idoneo a risolvere problemi di giustizia sociale. Ciò nonostante la creazione e l'estensione di disposizioni penali resta attrae la politica: segnala attenzione e consapevolezza dei problemi del momento (ad esempio, i danni provocati dallo sfruttamento selvaggio dell'ambiente, le lesioni alla *privacy* che possono derivare dall'uso delle nuove tecnologie) oltre a capacità di prendere le cose sul serio, offrendo rimedi a buon mercato. Di questo passo, la politica si sgrava del compito di abordar le reali cause dei problemi in questione, ciò che sarebbe verosimilmente più impegnativo sul piano finanziario e, dunque, meno gradito all'elettorato. Per questo, anche i prossimi decenni saranno prevedibilmente caratterizzata da una progressiva espansione del diritto penale.

C'è però qualcosa di pericoloso – va detto – nel credere che la sanzione penale sia in grado di risolvere problemi sociali oppure di prevenire condotte immorali o socialmente nocive. Chi afferma questo nell'arena pubblica risveglia aspettative irrealistiche, destinate a restar deluse. Di questo passo si corre al contempo il rischio non solo di inflazionare lo strumento repressivo, ma anche di smarrire i confini del diritto penale. Quando si abbandona il tratto specifico della punibilità (vale a dire la giustificata riprovevolezza morale della condotta incriminata), il diritto penale finisce col perdere il proprio profilo politico-costituzionale (*rechtsstaatlich*)⁵⁸ e col confondersi con il diritto di polizia o con l'attività di *intelligence* in un insieme normativo privo di contorni e ispirato a un *homeland security law* suscettibile di ulteriori arbitrarie espansioni secondo il motto *more of the same*, fino al ritorno, irrealisticamente atteso, a un'epoca aurea di sicurezza e pace sociale⁵⁹.

5. Un diritto penale della sicurezza, eticamente orientato, che si proponga di contrastare in maniera efficiente tutte le condotte socialmente dannose non si attiene ai tradizionali principi, se questi risultano disfunzionali al fine di garantire ampia protezione rispetto a incombenti minacce. Poco importa se questi principi sono espressi in brocardi latini e abbiano dietro di sé una lunga tradizione.

Meno plausibile deve apparire, a un fautore della tendenza qui criticata, l'idea del carattere "frammentario" del diritto penale. Già KARL BINDING, al quale si deve questa figura concettuale, ravvisava in essa un difetto, non vantaggio. Per-

⁵⁸ C. PRITZWITZ, *Kritik und Rechtfertigung*, cit., 138.

⁵⁹ Sul punto si rinvia all'eccellente analisi di W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Höbstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* 2006, 130 ss.

ché mai – egli si chiedeva – dovrebbe essere le “casualità della vita quotidiana a determinare ciò che il legislatore fissa come punibile”?⁶⁰ Solo in un periodo successivo si è affermata l’idea che non ogni condotta riprovevole merita di essere incriminata⁶¹. Un simile pensiero muove tuttavia dal postulato liberale di un latente conflitto fra libertà del cittadino e potere repressivo (e potenzialmente oppressivo) dello Stato. Se il diritto penale viene inteso (ancora solo) come strumento di tutela per “tutti noi”, la sua frammentarietà appare illogica. In un simile sistema il diritto penale deve abbracciare idealmente tutti e solo quei fatti nei quali sia ravvisabile un’offesa alle legittime aspettative di comportamento della generalità dei cittadini; eventuali lacune legislative producono solo vantaggi forieri di ineguaglianza e per ciò stesso illegittimi, finendo col favore scaltri parassiti sociali.

Persino brocardi come *nullum crimen sine lege, nulla poena sine culpa* o principi come il divieto di retroattività vacillano nel “moderno” sistema penale. Si tratta di principi sviluppatasi sin dal XVII secolo per proteggere il cittadino dallo sconfinato potere repressivo del sovrano⁶². Essi pongono limiti all’effettività e alla funzionalità del potere punitivo; il liberalismo illuministico ha sempre considerato come un vantaggio questa autolimitazione del potere statale: consapevolmente e volutamente, in nome della libertà individuale, lo Stato pone ostacoli alla punibilità, vincolandosi al dettato testuale delle norme di legge e al divieto di retroattività.

Ma cosa accade quando la legge penale è dettata non da un monarca assoluto, capriccioso ed egoista, ma da “noi stessi”, cittadini alla ricerca di protezione e sicurezza? Possiamo ancora dire che le intenzionali (almeno in parte volute) disfunzionalità del diritto penale prodotte dal principio di legalità siano ancora virtuose? O dobbiamo piuttosto vedere in quel difetto di funzionamento un censurabile “limite di punibilità”? Perché mai non si dovrebbero applicare le norme penali in via analogica a casi non previsti dal legislatore, quando il colmare la lacuna fosse idoneo ad accrescere il senso di sicurezza dell’intera società, vale a dire di “tutti noi”? Suppongo che, nel 2050, gli studenti e i giudici conosceranno e citeranno ancora il principio *nullum crimen sine lege*. È però possibile che lo percepiranno come un corpo estraneo e come ostacolo alla realizzazione di una auspicabile giustizia penale, sicché saranno portati a concepirlo in maniera più restrittiva di quanto noi oggi siamo abituati a intenderlo⁶³.

⁶⁰ K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil I*, 2^a ed. 1902, 20.

⁶¹ Al riguardo si veda W. NAUCKE, *Strafrecht*, 10^a ed. 2002, 64 ss.

⁶² Già in THOMAS HOBBS affermava: “Nessuna legge emanata dopo che un’azione è stata compiuta, può farla diventare un crimine (...) e una legge positiva non può essere conosciuta prima di essere fatta e pertanto non può essere obbligatoria” (*Leviatano* (1651), trad. it. a cura di A. PACCHI, 7^a ed., Roma-Bari 2001, 242).

⁶³ Nello stesso senso – con riguardo alle interferenze del diritto internazionale – B. JÄHNKE, *Zur Erosion des Verfassungssatzes “Keine Strafe ohne Gesetz”*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2010, 469 ss.

III. Considerazione conclusiva

Se la mia previsione è corretta, ci dobbiamo aspettare una estensione quantitativa del diritto penale in diversi ambiti (della vita associata) che non necessariamente saranno interessati da un coevo miglioramento qualitativo delle rispettive funzionalità. Sono potenzialmente sotto attacco i limiti che tradizionalmente il potere statale si impone a tutela del cittadino. La circostanza che le linee di politica criminale sono elaborate al livello sovranazionale dell'Unione europea e meno a livello nazionale – benché sul punto non sia qui possibile dilungarsi – dà ulteriore avallo a questa prognosi pessimistica⁶⁴.

Ci stiamo probabilmente muovendo in un mondo dove l'armonia conta più della libertà. In questo contesto il diritto penale è chiamato ad assicurare un'armonia libera da fattori di disturbo, nel rispetto reciproco fra le persone, attraverso una serie di regole di comportamento penalmente sanzionate, volte alla preservazione dell'ordine economico e alla conservazione di una società complessivamente sana. Come ogni "nuovo mondo" (nel senso del *Brave new world*) anche questo ha la duplice potenzialità di evolversi nel senso sia dell'utopia pacifica, sia della distruttiva distopia di un'asfissiante tirannia delle opinioni. Comunque sia, il diritto penale è destinato a mutare il proprio volto: non sarà più un padre severo che punisce duramente alcune infrazioni, lasciando per il resto una certa libertà nella scelta dello stile di vita; sarà piuttosto come una madre premurosa, disposta ad accompagnare e ad ammonire costantemente il proprio figlio.

⁶⁴ Sull'effetto espansivo del diritto penale eurounitario cfr. B. SCHÜNEMANN, *StV* 2003, 116; J. SILVA SÁNCHEZ, *Die Expansion des Strafrechts*, cit., 44; W. FRISCH, *Konzept der Strafe und Entwicklung des Strafrechts in Europa*, in *Goldammer's Archiv* 2009, 401 ss.; si veda altresì l'esemplare illustrazione di R. GEIGER, *Auswirkungen europäischer Strafrechtsharmonisierung auf nationaler Ebene*, Berlin 2012. Per una sottolineatura del principio di proporzionalità e del diritto penale come ultima *ratio* si veda, per contro, il "Manifesto per una politica criminale europea" redatto da alcuni penalisti e riprodotto in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2009, 697.

I grandi temi
Garanzie e garantismo

ALBERTO DI MARTINO

UNA LEGALITÀ PER DUE?
RISERVA DI LEGGE, LEGALITÀ CEDU E GIUDICE-FONTE

SOMMARIO: 1. Premessa: il giudice è fonte del diritto, perché così dice la Corte europea dei diritti dell'uomo? – 2. Due legalità, o una legalità per due: ipotesi. – 3. Campo d'applicazione: alcuni esempi. – 3.0. Avvertenza metodologica. – 3.1. Giudice penale "limitatamente" creativo. – 3.2. Giudice-fonte: pari legittimità con la fonte scritta ("*Gleichstellung*"). – 3.3. Efficacia della decisione "produttiva" penale nel tempo. – 4. Atteggiamento culturale della Corte costituzionale, "*in a nutshell*". – 5. Una prima valutazione critica. – 6. Posizioni dottrinali e recezioni filosofiche (qualche dubbio). – 7. Legalità funzionalmente distinte: legalità formale, legalità effettuale. – 8. Legalità distinte, ma non "separate". – 8.1. Compatibilismo e riserva di legge: punto di vista nazionale. – 8.2. Punto di snodo: il giudice convenzionale. – 8.3. Compatibilismo e legalità convenzionale. – 9. Fondazioni teoriche: uno schizzo. – 10. Riflessione in chiusura.

1. *Premessa: il giudice è fonte del diritto, perché così dice la Corte europea dei diritti dell'uomo?*

Scopo delle riflessioni che seguono è quello di rimeditare alcune affermazioni, ricorrenti nella giurisprudenza (in particolare, della Corte di cassazione italiana) mediante le quali in modo particolarmente convinto è stato affermato essere ormai fuori discussione il fatto che la giurisprudenza sia fonte del diritto¹, certa-

¹ Il tema del ruolo del giudice di fronte alla norma penale è ovviamente parte della più generale questione del rapporto del giudice con la norma giuridica generale ed astratta (cfr. la ricostruzione storica nei primi tre volumi del monumentale lavoro di W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, I-V, Tübingen, 1975-1977: la parte di ricostruzione dogmatica è nel vol. IV, in cui si può utilmente consultare in partic. il cap. 32 "*Gesetzesrecht und Richterrecht*", 269 ss. Dal canto suo, l'autore afferma la pari legittimazione di diritto legislativo e giurisprudenziale a costituire il diritto positivo e cioè le fonti testuali del diritto – *textliche Rechtsquellen*: 374 ss.; ma riconosce il divieto di analogia in materia penale (320) e la circostanza che gli ordinamenti possano determinare un confine – in particolare, la dizione testuale della legge – fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, salve le questioni teoriche e pratiche che una tale scelta solleva). In questi termini, si tratta di una questione che accompagna né più né meno che l'intera storia del pensiero occidentale non soltanto giuridico ma anche filosofico, religioso ed antropologico (che il concetto di diritto in società non occidentali non possa essere assimilato a quello familiare alla storia occidentale è noto almeno a partire dalla fondamentale opera di É. BENVENISTE, *Le Droit*, in *Vocabulaire des institutions indo-européennes*, II, Paris, 1969, 97 ss. Per quanto concerne il tema dell'essenza del concetto di crimine nelle società primitive fu pionieristico ed è ancora di grande interesse lo studio di B. MALINOWSKI,

mente anche in materia penale; affermazioni per le quali di recente – questo è il punto focale – i giudici di legittimità ritengono di trovare ulteriore e, per così dire, autorevole e definitiva conferma nel riconoscimento che di questo ‘dato di fatto’ promana (o meglio, promanerebbe) da Corti internazionali, in particolare dalla Corte europea dei diritti dell’uomo.

È pertanto questo specifico richiamo al principio di legalità espresso dalla Convenzione europea dei diritti umani, nel sistema della Convenzione stessa e dei suoi protocolli così come nell’interpretazione datane dalla Corte competente, che sarà oggetto di queste riflessioni: si tratta di saggiarne la tenuta teorica e riflettere sulle relative implicazioni culturali, soltanto tenendo presenti le quali possono essere comprese anche le conseguenze più immediatamente pratiche, che coinvolgono assetti consolidati in gangli essenziali del sistema penale, nel suo abito sia sostanziale sia processuale (se mai una differenza continui a mantenere un qualche senso non meramente burocratico-accademico)².

Crime and Custom in Savage Society, New York, 1926, spec. 55 ss. e 71 ss.; cfr. anche il classico saggio di M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, tr. it., Torino, rist. 2002 – ed. orig. 1923-24, ad es. sull’origine del termine *reus*: cap. III, parte I, Scolio; in generale, E.A. HOEBEL, *Il diritto nelle società primitive. Uno studio comparato sulla dinamica dei fenomeni giuridici*, tr. it., Bologna, 1973 (ed. orig. 1954), spec. la Parte I sul fondamento culturale del diritto ed il concetto di ‘diritto’; si può vedere anche R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, partic. la Parte II sulle «grandi epoche del diritto», spec. 92 ss. e la Parte III sulle «radici del diritto». Ed è parte – a sua volta – del più generale e basilare interrogativo di fondo del diritto su se stesso (cfr.). In quanto affare di *longue durée*, esso per un verso non può sottrarsi ad una necessaria contestualizzazione storica; per altro verso, presuppone una tale messe di riferimenti culturali da inibire ogni partenza a chi non si occupi professionalmente di filosofia tout court, oltretutto, ovviamente, di filosofia o teoria del diritto: sulla differenza fra queste ‘discipline’, scetticamente, Arth. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in Arth. KAUFMANN, W. HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, 1994⁶, spec. 10 ss. (teoria del diritto come tendenzialmente interessata ai momenti logico-formali; filosofia più agli aspetti contenutistici) e del diritto penale, dove questa sia oggetto di autonomo culto – s’intende, filosofia del diritto penale come oggetto sia di ricerca, sia di insegnamento accademico: così tradizionalmente in Germania (‘*Strafrechtsphilosophie*’: ha impronta filosofica tutta l’impostazione dottrinale tedesca, non ha senso fare nomi; solo per menzionare l’etichetta’, cfr. ad es. di recente A. MONTENBRUCK, *Strafrechtsphilosophie (1995-2010)*, Berlin, 2010², in *open access*), ma anche nel mondo anglosassone (si veda in partic. la monumentale produzione di Joel Feinberg; ma anche quella di Michael Moore, forse ancora poco conosciuta in Italia – v. innanzi tutto ID., *Placing Blame: A general Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997); a temi etichettati come *Philosophy of Criminal Law* sono comunque dedicati, ad esempio e per limitarsi agli ultimi anni, i saggi in R.A. DUFF, S. GREEN (eds.) *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, 2011; le pagine di D. HUSAK, *The Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2010; è stato edito un dizionario: J. DEIGH, D. DOLINKO (eds.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2011; oltre che una rivista: *Criminal Law and Philosophy*). Si comprenderà dunque come nessuna di queste due prospettive possa costituire, in quanto tale, tema di queste riflessioni – sottofondo, al più.

² Il tema ha comunque suscitato da tempo l’attenzione della dottrina; oltre agli autori citati nel prosieguo di questo lavoro si vedano i saggi dedicati al tema da Gaetano Insolera (qui richiamo innanzi

Quest'approccio è stato già oggetto, per vero, di alcune considerazioni metodologiche abbozzate da chi scrive in un lavoro dedicato alle sanzioni c.d. accessorie, nella prospettiva di «intersezioni di legalità» (nazionale, internazionale, sovranazionale) che connotano anche questo aspetto del sistema sanzionatorio. Si trattava di considerazioni le quali, peraltro, proprio perché condensate ed in qualche modo celate nelle pieghe di un saggio non espressamente dedicato alla legalità in quanto tale, hanno avuto il carattere appena dirozzato di un'argomentazione non del tutto esplicitata e distesa. Qui riprenderemmo pertanto quell'abbozzo, cercando di articolarne meglio il senso con l'intenzione, forse l'illusione, di procedere da quello stadio di lavoro che nella tecnica della pittura a fresco è il "rinzafo", la base rozza per l'intonacatura, quantomeno a una sinopia.

2. Due legalità, o una legalità per due: ipotesi

L'ipotesi che s'intende verificare è se alla base del richiamo alla legalità convenzionale (della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, CEDU) come puntello di questa rinnovata autopercezione del giudice circa la natura della propria attività, vi sia un fraintendimento di fondo sulla natura delle 'due legalità', come se queste si muovessero – sia pure ciascuna nella sua sfera 'spirituale' e soprattutto operativa di autorità – pur sempre su uno stesso piano: confliggendo talvolta per rispettive pretese cesaropapiste, talaltra dialogando, ma sempre implicandosi a vicenda e contribuendo così all'evoluzione dei diritti (fondamentali) e del diritto come sistema di tutela.

In questa prospettiva, il dialogo – o, come qualcuno preferisce dire, la *legal communication* –³ fra giudici nazionali e giudici della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) avrebbe trovato proprio nella tesi della giurisprudenza-fonte un punto d'incontro tanto marcato quanto apparente e precario.

tutto quelli già citati in bibliografia da A. DI MARTINO, sub "Art. 1", in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, 2015) e specificamente G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, II, 2351 ss. Fra i contributi più recenti cfr. in particolare M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss. (illuminante sulla rinuncia alle formule comode del tipo "crisi della legalità", e con sottolineatura di quello che l'A. definisce l'autoritarismo ben intenzionato della giurisprudenza).

³ M. WAGNER, *Transnational Legal Communication: A Partial Legacy of Supreme Court President Aharon Barak*, in 47 *Tulsa Law Review* 437 (2012), spec. 441 ss.

Marcato, perché – particolarmente in una stagione di crisi della legislazione⁴ e labirintico⁵ smarrimento dei destinatari a vario titolo di essa – la rappresentazione di un giudice non soltanto ‘parte’ di un sistema ordinamentale, ma per l’appunto vera ‘fonte’ di esso, quale attore produttivamente fecondo di vere e proprie regole penali, si rivela obiettivamente qualificante d’una non formalizzata ma intima, profonda evoluzione del sistema.

Ma anche precario ed apparente, perché quella stessa autorappresentazione, ad onta dell’ossequio (variamente declinato) ai limiti testuali della legge penale, entra in tensione – da un lato – con la dimensione costituzionale di un principio, quello della riserva di legge, che finisce con il rivelarsi in fin dei conti marginalizzato; dall’altro, e correlativamente, fomenta incomprensioni sia all’interno, sia all’esterno dello stesso ordinamento nazionale, che sorgono attorno ad un terreno – quello di coltivazione del concetto di legalità ‘allargata’ alla giurisprudenza – la cui consistenza è in realtà tutta da verificare.

3. Campo d’applicazione: alcuni esempi

3.0. Avvertenza metodologica

Come espressione del recente atteggiamento culturale dei giudici, di merito e di legittimità, è utile considerare un trittico di pronunce, scelte non soltanto per comodità descrittiva ma anche per la particolare lucidità espressiva che le contraddistingue. Si tratta della sentenza in tema di effetti del riconoscimento giurisprudenziale di un’*abolitio criminis* e conseguente sopravvenienza dei presuppo-

⁴ Su ciò v. ad es. di recente C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2011. Di recente v. anche L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2014, 218 ss. In generale, al tema della crisi del principio di legalità è dedicato il volume collettaneo curato da C.-A. MORAND, *Figures de la légalité*, Paris, s.d.

⁵ Evoco qui il lavoro di V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, spec. 22 ss., 28 ss. (cfr. anche Id., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i «nuovi» vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2413, spec. 2442-2446). Si veda anche C. SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012. In prospettiva non dissimile, nella letteratura tedesca, cfr. di recente F. MEYER, *Eine Geologie des Strafrechts*, in *ZStW* 2011, 1 ss. (ma diversamente R. ZACZYK, *Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum Begriff “fragmentarisches Strafrecht”*, in *ZStW* 2011, 691, spec. 706 ss.; su un tema processuale (rimedi contro provvedimenti di tipo esecutivo dell’autorità giudiziaria – c.d. *Justizverwaltungssakte*, es. perquisizione locale – che incidono su diritti fondamentali ma per i quali non sia previsto uno specifico rimedio), ma con intento metodologico, H.-U. PEAFFGEN, *Wie man Lücken entdeckt, die nicht existieren, und sie schließt, ohne es zu dürfen*, in *FS-Kargl*, cit., 373 ss. e spec. 384 ss., 391 s.).

sti per la concessione di benefici⁶; della pronuncia delle Sezioni Unite in tema di tentativo di rapina impropria⁷; della pronuncia di un giudice di merito in tema di retroattività di un indirizzo giurisprudenziale ‘innovativo’ e diretta applicazione dell’art. 673 c.p.p., in un’ottica d’interpretazione orientata alla tutela diretta dei diritti fondamentali iscritti nella CEDU.

Occorre sin d’ora avvertire ch’esse saranno prese in considerazione non già per le specifiche soluzioni raggiunte nel merito, le quali possono essere condivisibili o meno; quanto perché sono espressive di un trend culturale circa il ruolo istituzionale del giudice penale, che tende ad autorappresentarsi come consolidato; rispetto ad esso tuttavia la Corte costituzionale, dal canto suo, ha opposto direttamente od indirettamente un atteggiamento diverso e più cauto, con diversi gradienti di disponibilità al “dialogo” (sia con i giudici nazionali, sia con la Corte europea)⁸, sui cui presupposti culturali e sulle cui prospettive evolutive sarà pertanto necessario indugiare, pur sempre nei limiti della prospettiva qui prescelta.

In modo mediato, come è ovvio, nell’analisi critica qui condotta saranno coinvolti sia quegli indirizzi dottrinali – che per comodità diremmo tradizionalisti – i quali si confrontano criticamente con questo indirizzo di rinnovata valorizzazione del *Richterrecht*, sul presupposto della ritenuta maggiore garanzia che sarebbe espressa dalla riserva di legge statutale e parlamentare affermata nella Costituzione italiana; sia quelli che affermano invece la diversa e non necessariamente minore tutela che ai cittadini deriverebbe dall’assumere una prospettiva realista in tema di (crisi della) riserva di legge, ravvisando nel sistema della CEDU una garanzia maggiore od almeno funzionalmente equipollente: quella espressa dal riferimento all’accessibilità e prevedibilità dell’incriminazione, anche quando questa emerga da un’interpretazione giudiziale sfavorevole. Così come saranno coinvolti, infine, quegli orientamenti che, con diversa sfumatura, valorizzano questo stesso aspetto di

⁶ Cass. S.U. 21.1.2010, n. 18288, con nota di A. MACCHIA, *La modifica interpretativa cambia il “diritto vivente” e impone di rivalutare la posizione del condannato*, in *Guida dir.*, 2010/27, 70; Cass. F 1.8.2013 n. 35729, rv. 256584: il mutamento giurisprudenziale sfavorevole «deve essere vagliato alla stregua del principio di irretroattività che, secondo la giurisprudenza comunitaria e della CEDU, impedisce “l’applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma che descrive un’infrazione, nel caso in cui si tratti di un’interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l’infrazione è stata commessa”». In dottrina v. già, in tema, S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica per l’analisi della decisione del caso*, a cura di U. Vincenti, Padova, 2000, 239 ss. e spec. 252 ss.

⁷ Cass. S.U. 19.4.2012, n. 34952, rv. 253153, ad es. in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1457 ss. ove le diverse valutazioni di E. GIRONI, *Discutibile avallo del tentativo di rapina impropria da parte delle Sezioni Unite* e P. PISA, *Un apprezzabile chiarimento sul tentativo di rapina impropria*.

⁸ Sul *judicial dialogue* come strumento di interazione fra i sistemi giuridici cfr. in generale, per tutti, G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interactions between Europe’s Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, London, 2012.

garanzia della prevedibilità delle decisioni giudiziarie sull'esplicito presupposto di una convinta, sincretistica adozione di prospettazioni filosofiche assunte nei termini d'una, peraltro ammirevole, *koinè* culturale: ciò vale in particolare per l'assunzione della prospettiva ermeneutica in senso (gius)filosofico.

3.1. *Giudice penale "limitatamente" creativo*

Assumiamo dunque, riportandola per pericopi significative, l'attuale *Weltanschauung* della Cassazione. Per vero, le sfumature non mancano e se ne deve dare conto, anche se sarebbe probabilmente eccessivo delineare orientamenti realmente differenti, trattandosi di pronunce su temi processuali non coincidenti o addirittura del tutto differenti, nelle quali la scelta del lessico e della scansione argomentativa è verosimilmente legata alle mere contingenze del caso. Il riferimento alle differenti sfumature valga dunque come categorizzazione di comodo.

Secondo una posizione che per pura convenzione possiamo definire "morbidata", si sottolinea innanzi tutto che la giurisprudenza opera in funzione di concretizzazione del precetto astrattamente posto dal legislatore; orbene, qualora il contenuto della norma così come interpretata, in particolare, da autorevole organo giudiziario (ad esempio, la Corte di cassazione a Sezioni unite), nel contesto di un mutamento di giurisprudenza, consenta di esercitare diritti altrimenti non esercitabili in base a diversa lettura dell'enunciato normativo⁹, allora questi diritti potranno senz'altro essere esercitati proprio in forza di quel mutamento "performativo".

L'esito è argomentato sulla base dell'«interpretazione conforme» del diritto interno (qui, la regola del codice di procedura che vieta la riproposizione di un'istanza basata sui medesimi «elementi» di diritto) alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte, in quest'ottica, muove da una premessa invero piuttosto ricorrente anche in letteratura, nel senso che, apparentemente, la Con-

⁹ Nel caso di specie, la questione concerneva l'interpretazione in base alla quale l'indulto non sarebbe applicabile a persone condannate all'estero e trasferite in Italia ai soli fini dell'espiazione della pena. La Corte di cassazione ha invece ritenuto, capovolgendo l'impostazione precedente, che il condono sia applicabile anche in tali casi; si poneva dunque la questione dello sbarramento rappresentato dal divieto di reiterare una richiesta di applicazione dell'indulto *in executivis* basata sulle stesse ragioni di diritto di una precedente, già respinta (art. 666, comma 2, c.p.p.). Interessante notare che il procuratore generale, pronunciandosi contro l'accoglimento dell'istanza, notava come la richiesta fosse preclusa dallo sbarramento, in quanto il sopravvenuto orientamento della corte di cassazione circa l'applicabilità dell'indulto non costituirebbe nuova ragione ma semplicemente un nuovo argomento a supporto di un «principio di diritto» enunciato in senso contrario. Su queste basi, il tema concettuale più cospicuo viene a concernere *a*) la differenza fra "ragioni" e "argomenti", che i giudici di merito ritengono mero esercizio dialettico; *b*) il modo con cui la magistratura intende i "principi" del diritto rispetto alle "regole": qui, si tratta di capire se il divieto di reiterare la richiesta sia un principio od una regola.

venzione ed in particolare il suo articolo 7 (dedicato per l'appunto al principio di legalità) presenterebbe una disciplina «“debole” e scarsamente “incisiva” rispetto ai connotati degli ordinamenti penali continentali». Riconosce tuttavia, proprio sulla base di questa premessa, che in realtà, soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte competente, i contenuti di garanzia espressi dall'art. 7 sono particolarmente estesi: un'estensione che si deve principalmente al fatto che la Corte ha «enucleato» nel 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».

In particolare – si prosegue – per via dell'esplicito riferimento al 'diritto' e non soltanto alla 'legge'¹⁰, frutto del temperamento fra i due grandi sistemi o famiglie della *civil law* e della *common law*¹¹, il principio di legalità dovrebbe essere inteso in senso «allargato»: la giurisprudenza di Strasburgo – questo il passaggio argomentativo d'interesse speciale ai nostri fini – ha infatti «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».

La Cassazione sottolinea dunque il rilievo che la Corte EDU conferisce al c.d. diritto giurisprudenziale, in particolare laddove viene delineata una dimensione innovativa del principio di irretroattività (v. *infra*, § 3.3), riferita ad una nuova interpretazione in senso sfavorevole di una norma, qualora non ragionevolmente prevedibile nel momento della commissione dell'infrazione. Su queste basi¹², si

¹⁰ La Corte cita il lemma inglese «*law*»; ma più precisamente avrebbe dovuto riferirsi alla traduzione francese, dove ricorre il termine «*droit*» anziché «*loi*»: solo riferendosi a questa lingua è possibile argomentare la differenza nei chiari termini in cui essa è predicata. Per comodità si riproducono i testi francese ed inglese del primo comma dell'art. 7: «1. *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise*»; «1. *No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed*».

¹¹ Anche questa è affermazione sempre ricorrente. Dal punto di vista della disciplina del diritto comparato, è appena il caso di ricordare che la distinzione fra sistemi o famiglie, risalente al grande classico di R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova (ed. 2004 con la coautoria di C. Jauffret Spinosi) è oggi recessiva: cfr. in lingua italiana A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008; inoltre, ampiamente R.B. SCHLESINGER, H.W. BAADA, P.E. HERZOG, E.M. WISE, *Comparative Law*, 1998⁶, 283 ss., 287 (gli A. propongono criteri di raggruppamento alternativi a seconda degli scopi della classificazione: spec. 313-324).

¹² Cioè preso atto che «secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il processo di conoscenza di una norma presuppone [...] “una relazione di tipo concorrenziale” tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il significato della norma, in un determinato contesto socio-

conclude che «il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza». La valorizzazione di questa visione sostanziale¹³ suggerisce alla Corte di concludere che il sistema convenzionale, «pur dando grande risalto al principio di legalità, "non ne assolutizza l'ambito valoriale, con la conseguente prevalenza del dato formale su quello propriamente giurisprudenziale", ma [...] ritiene complementari i due dati, che si integrano tra loro, con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma "vivente" risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici». Del tutto legittimamente, pertanto, si può parlare di funzione «limitatamente "creativa"» dell'interpretazione – così la Corte –, in funzione «integrativa» della norma.

L'assunto centrale è già qui integralmente esplicitato nella sua portata culturale: la legalità europea è, secondo questa prospettiva, una legalità *qualitativamente omogenea* rispetto a quella domestica¹⁴, ma 'allargata', cioè *contenutisticamente più ampia* della legalità nazionale (italiana in particolare, ma il discorso ha una portata strutturale che supera l'ordinamento concretamente coinvolto). Omogeneità qualitativa, dunque, diversità quantitativa in termini di contenuti.

In particolare, soddisfa il principio di legalità così inteso – ne è anzi elemento strutturale portante – l'attività concretizzatrice, integratrice, limitatamente creativa di norme (dunque, di diritto) realizzata dalla giurisprudenza. La legalità convenzionale, superando in prospettiva sostanziale e comunque contenutistica le strettezze della legalità costituzionale interna – di ogni legalità interna dei Paesi membri della Convenzione europea, comunque fondata a livello ordinamentale –, altro non è che il riconoscimento istituzionale 'esterno' di una realtà epistemica.

culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa» (Cass. S.U. 21.1.2010, cit., p. 11 della motivazione).

¹³ Per la verità, non è in relazione al ruolo riconosciuto alla giurisprudenza che si parla, di regola, di principio di legalità sostanziale (anche se la Cassazione si esprime in questi termini: p. 10 motiv.): piuttosto, il riferimento è inteso ad esplicitare l'irrelevanza delle qualifiche formali con cui sia etichettata in ambito domestico una norma sanzionata con quella che, per l'appunto, debba ritenersi una "pena" (criminale, *criminal sanction*).

¹⁴ Utilizzo il termini con la consapevolezza delle sue assonanze anglofone: *domestic criminal law* è locuzione che, negli studi di diritto penale internazionale in senso lato designa gli ordinamenti penali nazionali in rapporto con le dimensioni internazionali della penalità (*international criminal law*).

3.2. Giudice-fonte: pari legittimità con la fonte scritta (“Gleichstellung”)

La sostanza della posizione espressa nella sentenza appena considerata è ribadita nella seconda delle pronunce prescelte come rappresentative ai fini di questo studio, resa in tema di tentativo di rapina impropria. Non interessa qui la correttezza o meno della soluzione del caso di specie, bensì quella particolare scansione argomentativa mediante la quale i giudici, in un’ottica del tutto analoga ma questa volta con andamento più perentorio, ascrivono a se stessi il rango di fonte del diritto.

La posizione della difesa si era, per così dire, ingenuamente attestata sulla regola interpretativa elementare, punto di partenza di ogni esegesi d’un testo: la *littera legis*, che avrebbe reso ogni interpretazione difforme quasi frontalmente *contra legem*¹⁵. La Corte affronta di petto quell’argomento, classico dell’ermeneutica giuridica¹⁶, e muove a confutarlo non già mediante gli strumenti metodologici classici¹⁷ che pure sarebbero serviti allo scopo¹⁸ ma avrebbero forse richiesto uno sforzo argomentativo particolarmente serrato a fronte dell’irriducibile specificità della materia penale, quanto piuttosto richiamandosi, quasi con soddisfazione, proprio a quella nozione di legalità convenzionale che anche un paio d’anni prima era stata valorizzata ed impiegata, seppure *in bonam partem*.

«La giurisprudenza viene ad assumere un ruolo decisivo nella precisazione del contenuto e dell’ambito applicativo del precetto penale. *Il dato decisivo da cui dedurre il principio di legalità*, sempre secondo la Corte EDU, è, dunque, la prevedibilità del *risultato interpretativo* cui perviene l’elaborazione giurisprudenziale, tenendo conto del contenuto della struttura normativa»¹⁹.

¹⁵ Per comodità: l’art. 628, comma 2, c.p. punisce con la stessa pena prevista per la rapina impropria «chi adopera violenza o minaccia *immediatamente dopo la sottrazione*, per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l’impunità». L’interpretazione che si muova in aderenza al dettato normativo non può che decifrare la disposizione secondo uno schema di sequenza temporale: T_1 sottrazione - T_2 (per ΔT tendente a 0) violenza/minaccia per sottrarsi alla cattura. Si dovrà aggiungere, com’è ovvio e come in effetti opera la dottrina prevalente, una ragione convincente sul perché quella scansione temporale possa essere anche convincente da un punto di vista sistematico e di proporzione del trattamento penale. La Corte, come si accenna nel testo, respinge questa lettura naturalistico-temporale.

¹⁶ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin etc., 1991⁶, 320-324.

¹⁷ Ancora K. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., 320-343 e 343-346 sul rapporto di quei criteri fra loro; didatticamente utile R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, München, 2006¹⁰, 42 ss.

¹⁸ In altre occasioni la Corte ha avuto modo di escludere perentoriamente la sufficienza e soprattutto la pertinenza degli argomenti letterali, sia pure con specifico riferimento all’interpretazione del testo costituzionale: v. in partic. Corte cost., sent. 1/2013.

¹⁹ Cass. S.U., 19.4.2012, cit.

Riassumendo, formante dell'esperienza giuridica è senz'altro anche la giurisprudenza; la norma generale ed astratta non produce ancora il diritto applicato: questo vive solo e soltanto nel momento della concretizzazione giudiziale, e dunque la pronuncia del giudice è intrinsecamente creativa (non più, come quasi pudicamente la sentenza considerata in precedenza, «limitatamente» creativa). Orbene, fin qui nulla di nuovo²⁰, e nulla su cui davvero dissentire; discutibile è invece l'aggiunta nel senso che questo riconoscimento esprimerebbe una realtà innegabile ed irreversibile, nel momento in cui si prende in considerazione la fonte convenzionale europea: perché è solo e soltanto al *risultato* interpretativo – e non già alla *premessa* dell'interpretazione, cioè il testo da interpretare – che si deve fare riferimento per determinare il rispetto del principio di legalità²¹.

In forza del richiamo all'art. 7 della Convenzione europea, pertanto, la Cassazione sembra compiere in due balzi il passaggio del Rubicone: non soltanto, per un verso, si predica la sostanziale equivalenza istituzionale tra i formanti della regola di diritto (quello legislativo e quello giurisprudenziale)²²; ma si afferma, per altro verso, che «la legalità» (vale a dire, se intendiamo correttamente, il *principio* di legalità) anche nell'ordinamento costituzionale interno²³ non precede l'interpretazione, ma la segue: ne è, per l'appunto, il prodotto.

Il broccardo feuerbachiano sarebbe così finalmente sostituito, rispecchiando la realtà delle cose, da quello *nulla lex poenalis sine interpretatione*, dunque, o – se si preferisce – *nullum crimen sine interpretatione*. A questa conversione di significato e di portata del principio di legalità avrebbe dato certamente la sua be-

²⁰ Cfr. K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1968².

²¹ Che questa sia la posizione consolidata della Corte, è pacifico: di recente, a mero titolo di esempio, Corte EDU, sez. II, 29.10.2013 (def. 24.3.2014), *Varvara c. Italy*; Corte EDU, sez. IV, 14.4.2015 *Conrada v. Italy (n.3)*, spec. par. 60 ss.

²² L'espressione è mutuata dalla ben nota tesi di Rodolfo Sacco. L'assunto metodologico concerne le modalità di conoscenza della regola effettivamente vigente in un dato ordinamento, quando lo si voglia assumere come base scientificamente solida per l'attività di comparazione (che comunque, come si sa – anche se non sempre si pratica – non si esaurisce nella mera esposizione del diritto straniero). La tesi dei “formanti” si è imposta in Italia e nella dottrina italiana esportata in lingua inglese; sull'influenza internazionale di essa cfr. le note pacatamente sferzanti di B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Engaging with Foreign Law*, 2009, 77 ss., spec. 88 (in Tavola 3.1.), 100, 103 s. Cfr. tuttavia i rif. a Sacco in R.B. SCHLESINGER, H.W. BAADA, P.E. HERZOG, E.M. WISE, *op. cit.*, ai luoghi segnalati nell'Author Index.

²³ Come si è già detto, ciò vale per qualunque ordinamento penale nazionale; ma com'è chiaro, la conclusione è particolarmente importante in relazione al nostro art. 25 Cost. Che sia da considerare anche la “legalità raggiunta”, secondo la felice espressione di Tullio Padovani (*Il confine conteso. Metamorfosi, etc.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1304), non c'è dubbio; ma quel concetto era utilizzato in funzione critica rispetto al divario con la legalità “offerta”, in cui si inserisce con funzione costitutiva il processo. Sicché quella coppia concettuale non legittima la posizione della giurisprudenza considerata qui, nel testo.

nedizione Karl Binding, il quale verosimilmente, peraltro, avrebbe suggerito l'ancor più preciso apoftegma: *nulla interpretatio sine poena*, affrettandosi a precisare che in questi termini debba esser inteso il senso del discorso (su questo avremo modo di tornare: *infra*, 6)²⁴.

3.3. Efficacia della decisione "produttiva" penale nel tempo

A questo punto, i termini nei quali si debba porre il tema dell'efficacia nel tempo delle decisioni giudiziarie conseguono logicamente alle premesse, e così, per così dire, il cerchio si chiude.

Una volta che si ammetta l'«innovativo concetto di legalità sostanziale»²⁵ e cioè il principio secondo il quale la legalità materiale è composta dalla legge e dalla «mediazione accertativa» del diritto vivente, rappresentato nel caso di specie dalla Cassazione a Sezioni Unite²⁶, il tema dell'efficacia nel tempo del diritto così prodotto si pone *mutatis mutandis* in termini del tutto analoghi a quelli tradizionalmente discussi a proposito della legge o comunque della fonte scritta: irretroattività del "diritto" (accertato come) sfavorevole, retroattività del "diritto" (accertato come) favorevole²⁷. Su queste stesse basi, peraltro, si dovrebbe ammettere che l'impatto pratico della rivoluzione copernicana debba dispiegarsi nella sua massima estensione. Non avrebbe senso, cioè, predicare diversi presupposti e limiti di efficacia a seconda del momento processuale in cui gli effetti possano essere determinati. A fronte di una questione preliminare di diritto sostanziale quale quella concernente l'efficacia della "legge" o meglio dello *ius* (del "diritto penale vivente"), le contingenti vicende del processo dovrebbero restare programmaticamente irrilevanti, subire la valutazione sostanziale e non già concorrere a produrla.

²⁴ K. BINDING, *Strafgesetzgebung, Strafrecht und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zu einander*, in *ZStW*, 1881, 4 ss. (è il fascicolo d'esordio della Rivista). Cfr. anche *infra*, § 6 nel testo al richiamo delle note 53, 58 s. e lett. a).

²⁵ G.I.P. del Trib. Torino, ord. 30.1.2012, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁶ Cass. S.U. 24.2.2011, n. 16453, cit. Per comodità, si ricorda che la Cassazione ha ritenuto che la modifica legislativa dell'art. 6, comma 3, t.u. immigrazione (operata con l. n. 94/2009), per effetto della quale è punito lo straniero che non esibisca un documento di riconoscimento ed il permesso di soggiorno od altro documento attestante la regolare presenza nel territorio italiano, determini una *abolitio criminis*: solo lo straniero legittimamente residente può rendersi responsabile di tale reato, non lo straniero. Anche dopo la novella, per contro, l'orientamento interpretativo costante era nel senso che il fatto potesse essere commesso anche dallo straniero illegittimamente soggiornante sul territorio, quando non esibisse un documento d'identità (leggendo dunque in modo disgiuntivo la norma riformata).

²⁷ Nel caso di specie, si trattava dell'applicabilità dell'*abolitio criminis* giurisprudenzialmente affermata (meglio dovrebbe dirsi „prodotta“, in quest'ottica) ai fatti verificatisi dopo l'entrata in vigore della novella legislativa ma già giudicati prima dell'*overruling* della Cassazione, con conseguente applicazione dell'art. 673 c.p.p.

Per chiarezza, si consideri il caso deciso dall'ordinanza del giudice di Torino.

A) Una volta ammessa l'*abolitio per interpretationem* come fatto equipollente sul piano delle fonti, non avrebbe senso distinguere, in primo luogo, tra fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella e fatti commessi tra quella data e la data di produzione degli effetti della sentenza della cassazione (la pubblicazione in udienza mediante lettura del dispositivo)²⁸. Infatti, o la data a cui fare riferimento, ai fini del giudizio di retroattività, è quella della sentenza in quanto in quel momento e solo in quel momento essa concorre a formare lo *ius*, ed allora la retroattività si distende nel tempo all'indietro senza ulteriori distinzioni, essendo l'entrata in vigore della legge scritta solo un elemento necessario, ma non sufficiente a comporre detto *ius*; oppure la sentenza dichiara retroattivamente che la novella ha effetto di *abolitio*, ed allora lo *ius* esistente al momento del fatto non lo prevede come reato, con la conseguenza che le condanne intervenute successivamente al fatto costituiscono errore giudiziario. Ad esso potrebbe esser posto rimedio o mediante il ricorso straordinario in Cassazione per errore materiale o di fatto (art. 625-bis c.p.p., se si ammette che ne ricorrano gli estremi); oppure ai sensi dell'art. 673 c.p.p., ma solo interpretando questa norma nel senso che ogni caso di *abolitio*, quando sia in esecuzione una condanna per fatti coperti da essa in ragione del tempo di commissione, possa dar luogo al rimedio esecutivo²⁹. Si noti che il riferimento alla legalità europea verrebbe a sorreggere, allora, questa seconda, specifica parte dell'argomentazione, perché altrimenti l'ordinamento non appronterebbe alcun rimedio per il caso di errore giudiziario consistente nell'applicazione di un reato già abrogato³⁰; il che pone peraltro l'ulteriore problema se sia sufficiente operare in via interpretativa (procedendo ad esempio in via analogica)³¹ oppure se non sia necessario sollevare la questione davanti alla Corte costituzionale, come parrebbe in base all'orientamento da questa espresso con le "sentenze gemelle".

²⁸ Diversamente V. NAPOLEONI, *Mutamento della 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 *Dir. pen. cont.*, 2012/3-4, 164 ss. (168 in nt. 17 richiamando criticamente una sentenza della Cassazione che aveva ritenuto direttamente applicabile l'art. 673 c.p.p. in quanto il fenomeno rientrerebbe *pleno iure* nell'ambito applicativo di detta disposizione; così anche uno degli argomenti – miranti all'inammissibilità della questione – sostenuti dall'avvocatura dello Stato nel giudizio davanti alla Corte che ha portato alla sentenza n. 230/2012).

²⁹ Sul tema, complesso e articolato, del rapporto tra effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e normativa sostanziale, dal punto di vista dei rimedi disponibili in caso di sentenze passate in giudicato, v. nella dottrina penalistica, da ultimi (anche per opportuni riferimenti bibliografici), G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 25.5.2015, spec. 20 ss.

³⁰ V. sul punto ad es., la pensosa ammissione di V. NAPOLEONI, *Mutamento*, cit., 166.

³¹ In questi termini, ad es., il suggerimento di una nota redazionale di accompagnamento alla sentenza in *www.penalcontemporaneo.it* (F.Viganò).

Ed in effetti la questione è stata sollevata, com'è noto, proprio in questi termini: l'art. 673 c.p.p. sarebbe incostituzionale nella parte in cui non è applicabile al mutamento giurisprudenziale favorevole: precisamente «nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti) 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». La Convenzione europea, nell'argomentazione del giudice remittente, imporrebbe di ripensare quell'indirizzo della giurisprudenza di legittimità secondo il quale un orientamento giurisprudenziale, per quanto autorevole, non ha la stessa efficacia della previsione di legge, stante il difetto di vincolatività.

B) In secondo luogo, una volta affermata l'equipollenza fra interpretazione giurisprudenziale e legge nella prospettiva delle conseguenze temporali dell'*abolitio*, non sarebbe legittimo distinguere fra autorità giudiziarie, cioè fra pronunce di giudici comuni o 'supremi collegi', purché ovviamente definitive: gli effetti delle decisioni sarebbero infatti apprezzabili in quanto tali, indipendentemente dalla veste o dal rango del giudice per effetto della cui pronuncia si siano definitivamente prodotti.

La Corte costituzionale, come è noto, è intervenuta, e sulla posizione da essa espressa³², per quanto già ampiamente dissodata da un gran numero di commenti dottrinali³³, conviene comunque soffermarsi.

4. Atteggiamento culturale della Corte costituzionale, “in a nutshell”

Per quel che qui interessa, l'assunto culturale dal quale muove la Corte è esattamente opposto a quello finora considerato, che considera la legalità convenzionale come allargata e dunque più ampia rispetto a quella nazionale. Se infatti, afferma la Corte, si pongono a confronto i contenuti della legalità nazionale (qui: specificamente italiana) ed europea emerge come il principio convenzionale di legalità penale «risulti *meno comprensivo* di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali)». Ciò perché ad esso resta estraneo il principio della riserva di legge nell'accezione di cui all'art. 25, comma 2 Cost.: «principio che [...] demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale

³² Sent. n. 230/2012.

³³ Cfr. almeno i saggi disponibili anche *online* in www.giurcost.org, link “Decisioni”, *ad vocem*.

dall'intera collettività nazionale»³⁴. Simmetricamente, anche l'abrogazione delle norme, al pari della loro creazione, «non può [...] dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)»³⁵.

Si determina dunque un vero e proprio «scarto di tutela» che «preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale»³⁶.

La Corte esclude, infine, che dalla preclusione opposta contro l'equiparazione fra legge e sentenza derivino in concreto violazioni del principio di uguaglianza e di quello di cui all'art. 27, comma 3, Cost.

Quanto al primo, essa afferma che l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite, per quanto aspiri ad avere stabilità e ad essere generalmente seguito, non è istituzionalmente fornito di tali virtù, trattandosi di «connotati solo "tendenziali", in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo"»; il che *a fortiori* accade, precisa la Corte, anche per il c.d. diritto vivente, cui il giudice ha la facoltà e non l'obbligo di uniformarsi. Il giudicato non può dunque essere travolto, perché ne verrebbe travolta la «esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti»³⁷.

Quanto al secondo, e cioè il principio della finalità rieducativa della pena, il giudice remittente aveva rilevato che, una volta ritenuta la *abolitio criminis*, la pena avrebbe perduto ogni finalità preventiva e rieducativa, per il venir meno dello stesso presupposto di tale rieducazione: «l'esecuzione della pena non svolgerebbe più alcuna funzione né sul piano della retribuzione o della prevenzione (sia essa generale o speciale) – non essendovi alcuna ragione perché tali funzioni si esplichino in rapporto a un comportamento che, secondo il diritto vivente sopravvenuto, non costituisce reato – né sul piano della rieducazione del condannato, in quanto il fatto commesso, alla

³⁴ Corte cost., cit. par. 7.

³⁵ Corte cost., cit. par. 11.

³⁶ Nella decisione della questione la Corte considera assorbente peraltro un diverso argomento, che qui dev'essere riassunto per completezza ma non è in quanto tale decisivo ai fini del discorso condotto nel testo. In sostanza, la giurisprudenza della Corte europea non ha mai espresso il principio per il quale un mutamento favorevole di giurisprudenza possa portare alla rimozione delle sentenze passate in giudicato; si è limitata a considerare il carattere creativo della giurisprudenza per garantire, in caso d'interpretazioni *in malam partem*, la garanzia dei principi di accessibilità e prevedibilità. «[R]isulta in realtà priva di attuale riscontro nella giurisprudenza della Corte europea» proprio quella norma costituzionale interposta che il giudice a quo intendeva far valere.

³⁷ Corte cost., sent. 230/2012, par. 9 (corsivo aggiunto). Aggiunge la Corte che ne sarebbe sovvertito il sistema di ordinamento giudiziario, ché, per un verso, i giudici dell'esecuzione verrebbero ad essere gerarchicamente sottordinati alle Sezioni Unite al di fuori del giudizio di rinvio (l'art. 673 c.p.p. prefigura un obbligo per il giudice dell'esecuzione); per altro verso, il giudice della cognizione non sarebbe soggetto a nessun obbligo (il che sarebbe illogico). Il problema è dunque l'assenza di una regola di *stare decisis* nel nostro ordinamento.

luce del nuovo assetto giurisprudenziale che ne esclude la rilevanza penale, non richiederebbe più alcuna attività rieducativa». Su questo aspetto, peraltro molto laconicamente, la Corte ribatte che la censura *ex art. 27* cade con la premessa su cui regge, e cioè la pretesa equiparazione tra successione di leggi e successione di orientamenti giurisprudenziali, con la conseguente «consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale»³⁸.

5. Una prima valutazione critica

Tamburi, grancasse e tromboni della mitologia legicentrica, si dirà³⁹. A dire il vero, se la posizione della Corte non convince, non è tanto per via di quella che potrebbe suonare come un'ipostatizzazione del principio costituzionale della riserva di legge, quanto, piuttosto, proprio per la svalutazione del complesso di principi costituzionali che sono coinvolti nella vicenda. Così, la violazione dell'art. 3 Cost. è stata affermata su un presupposto francamente discutibile, soprattutto in un diritto penale costituzionalmente orientato ed a maggior ragione quando in questione sia l'esecuzione di pene detentive: quello per il quale con il giudicato il «rapporto giuridico» (fra Stato e reo) si debba considerare esaurito. Quando è in corso l'esecuzione di una pena, considerare tale rapporto come esaurito è semplicemente sbagliato, oltre a suonare tragicamente irridente quando sia in corso un'esecuzione carceraria⁴⁰. Quanto poi all'art. 27 Cost., si potrebbe replicare alla Corte, con analogia laconicità, che la violazione dell'art. 3 Cost. lascia automaticamente con sé anche quella del principio rieducativo.

Ma non è sul merito della questione risolta dalla Corte che intendiamo ora soffermarci; ai nostri fini è invece urgente focalizzare l'attenzione sul presupposto

³⁸ Corte cost., cit., par. 12.

³⁹ Non è chiarissimo sulla base di quali criteri M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, *App.* ora *online* in *DeJure*, p. 219 in nt. 288, possa dare (come sembra) un giudizio sostanzialmente positivo di questa pronuncia, tenuto conto dei presupposti teoretici da lui assunti e sviluppati, con dispiegamento di strumenti culturali davvero invidiabili ed una prosa cristallina. La ragione sarebbe l'«importante insegnamento» per il quale «attribuire il valore di fonte al diritto giurisprudenziale, come fa la Corte europea, non significa parificarlo *in toto* alla legge». L'insegnamento, così riassunto, più che importante mi pare scontato e tradizionale; quanto alla ragione di apprezzamento, rispetto all'esercizio di argomenti messo in campo dallo stesso Vogliotti, non solo resta in ombra, ma potrebbe addirittura sorprendere. Un po' poco, mi parrebbe, per un giudizio positivo sulla sentenza (date le premesse).

⁴⁰ Cfr. il felice accenno di Gioacchino Romeo, nel *post* (www.penalecontemporaneo.it, 12 maggio 2014) a commento delle osservazioni di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, ora in *Dir. pen. contemp.*, 1/2014, 250 ss.

di *metodo* sul quale fa perno la Corte, per verificare se esso sia intrinsecamente saldo, al di là del ricorso alla tradizione in ordine al posto della riserva di legge penale nella Costituzione italiana.

Orbene, a dispetto delle apparenze, tutta l'argomentazione della Corte si colloca in realtà sullo stesso piano assunto dai giudici remittenti. Corte e giudici, infatti, assumono la possibilità di una diretta comparazione fra contenuti della legalità costituzionale da una parte, europea dall'altra, come se si trattasse di due principi strutturalmente omologhi e parimenti funzionalmente deputati a determinare i contenuti dell'ordinamento giuridico nazionale. Che le conclusioni divergano nel merito non è metodologicamente rilevante; si tratta di movimenti di segno opposto lungo una direttrice pur sempre comune ad entrambi. Ora, questo contrasto può essere certamente tematizzato in modi e da angoli visuali differenti. Può apparire come un tessere e disfare una tela difficile da maneggiare⁴¹; come una difesa estrema ma prima o poi destinata a cedere o ad essere aggirata come ogni vallo eretto sul confine; o, più positivamente, come momento di un dialogo pur sempre aperto fra giudici alla ricerca del miglior assestamento dei rapporti fra ordinamento nazionale e fonti non nazionali, come tale meritorio, non solipsistico (come insegna la comparazione), essenzialmente fisiologico⁴².

In questa sede interessa da vicino, peraltro, non tanto il modo, le cadenze e le prospettive di questo dialogo – ben più adeguatamente valutabili dai cultori dei sistemi giuridici comparati – quanto la sua chiave, il suo intimo codice.

L'andirivieni di segno opposto sulla medesima direttrice rischia infatti di diventare un moto ossessivo: cioè una spia della necessità, a questo punto, d'abbandonare non già le rispettive posizioni, ma proprio la comune direttrice. Fuor di metafora, ci si deve chiedere se sia corretto considerare omologhe in termini funzionali le due Legalità, così che esse possano essere rispettivamente misurate in termini di 'quantità di contenuto'; o se le logiche che sottendono la legalità costituzionale e quella della Convenzione europea non si collochino piuttosto su piani diversi, bensì interrelati ma funzionalmente autonomi.

Questo è quanto si cercherà di sviluppare nelle considerazioni che seguono.

⁴¹ Mi riferisco evocativamente alla titolazione di A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilava 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.giurcost.org*. (successivam. anche F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30.3.2015).

⁴² Così, sia pure proposito della sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale, con ampi riferimenti comparatistici ad atteggiamenti simili di altre Corti 'supreme', G. MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e disobbedienza funzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

6. Posizioni dottrinali e recezioni filosofiche (qualche dubbio)

La domanda fondamentale muove da una constatazione preliminare. Non sembra che in dottrina vi siano dubbi sul fatto che i contenuti dei due principi possano essere comparati⁴³; le conclusioni divergono essenzialmente sugli esiti della valutazione 'quantitativa', a seconda che cioè si ritenga l'uno più ampio dell'altro, o viceversa.

Spesso, d'altra parte, si tratta di divergenze che tendono a farsi distanti ed irrigidite in ragione della maggiore o minore disponibilità a smarcarsi da fedeltà rigorose e intransigenti al principio della riserva di legge parlamentare, di ascendenza strettamente illuministica.

Chi muove da premesse dichiaratamente ed inderogabilmente ancorate al senso della riserva di legge parlamentare in un sistema democratico (ancora storicamente incarnato in Stati nazionali, nonostante la compresenza di istituzioni internazionali e sovranazionali)⁴⁴ nota inevitabilmente, assumendo l'ottica della comparazione dei contenuti, la povertà di quelli formalmente espressi dai testi europei: per quel che qui interessa, anche dall'art. 7 Conv. europea; così come tende a rimproverare alla Corte di non valorizzare il contenuto di garanzia di una riserva così intesa.

Peraltro, anche chi con maggiore apertura valorizza il contributo creativo della giurisprudenza di Strasburgo nella definizione dei contenuti del principio di

⁴³ Ciò non vale soltanto per la dottrina italiana. Cfr. ad es. M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *In pursuit of basics for a new principle of legal reserve in supranational criminal law*, in *EuCLR*, 252 ss. (lavoro peraltro dedicato al diritto sovranazionale EU); nella dottrina tedesca, di recente, K. DRENKHahn, C. MORGENSTERN, *Dabei soll es uns auf den Namen nicht ankommen – Der Streit um die Sicherungsverwahrung*, in *ZStW*, 2011, 132 (146; 148): per un verso, le autrici sembrano farne una questione, per così dire, di puntiglio circa l'organo ai cui compete l'interpretazione corretta del principio di legalità convenzionale («nella delimitazione autonoma del concetto di penalità (la *autonome Begriffsbildung*) si rispecchia la coscienza di sé (*Selbstverständnis*) della Corte europea»); per altro verso sembrano cogliere il punto della funzione del principio, ma sottolineando prevalentemente gli aspetti di legittimazione normativa e accettazione fattuale dell'interpretazione sostanzialistica e dunque senza spiegare adeguatamente il perché le cose stiano così.

⁴⁴ Ci si riferisce in particolare ad es. ai vari lavori che condensano la posizione ideale di S. MOCIA, di cui ci si limita a ricordare *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in questa *Rivista*, 2012, 299 ss. (si veda comunque anche la tavola rotonda su «*Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*», in questa *Rivista*, 2013, 205 ss. ove in particolare l'esordio dell'intervento di A. VALLINI, 247 ss., il quale ricorda la nota battuta di Churchill sulla democrazia). Per la difesa della riserva di legge cfr. anche l'intera opera di G. MARINUCCI, di cui v. di recente, ad es., *L'analoga e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.; nonché E. DOLCINI, di cui ad es. *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50 ss. e spec. 53 s., che ammonisce «i teorici del disincanto» acciocché non «carichino la riserva di legge in materia penale di pretese che le sono del tutto estranee, e che quindi, ovviamente, il principio non è in grado di soddisfare». Su questi temi cfr. le brevi ma utili riflessioni di due giudici della Corte di cassazione tedesca: R. ESCHELBACH, C. KREHL, *Art. 103 Abs. 2 GG und Rechtsanwendung*, in *FS-Kargl*, Berlin, 2015, 81 ss.

legalità convenzionale, non esita a riconoscere che per l'appunto di contributo creativo si è trattato, perché dal punto di vista della riserva di legge, e cioè di quello specifico aspetto del principio di legalità che è storicamente condizionato⁴⁵ dal modo con il quale le istanze illuministiche sono state tradotte a partire dalla rivoluzione fino alla stagione delle codificazioni, le disposizioni convenzionali sono ambienti vuoti e muti. Così, si è scritto che «l'assoluto silenzio dell'art. 7.1 CEDU in merito ai corollari "storici" della legalità penale (quelli cioè deputati a selezionare gli organi legittimati a produrre norme penali) è stato, per così dire, amplificato dal parallelo, inevitabile silenzio sul punto della Corte EDU. In definitiva, nessun vincolo (sia a carico degli Stati del Consiglio d'Europa sia a carico dell'Unione europea) in merito agli organi deputati a varare le norme penali può discendere dall'art. 7.1 CEDU così come interpretato dagli organi di Strasburgo»⁴⁶. Insomma, nell'articolo 7 della Convenzione europea si avverte un «vuoto normativo» che la Corte europea non ha potuto o voluto colmare⁴⁷. La legalità convenzionale, almeno per come verbalizzata nella relativa fonte, è un *minus* rispetto a quella costituzionale; argomento che, come si è visto, si è ben attestato anche in giurisprudenza.

Su altro versante si colloca quella parte della dottrina che muove da una premessa ritenuta indiscutibile teoricamente (o comunque ormai storicamente tale): non è possibile affermare che un diritto scritto sia di per sé garanzia di uguaglianza e sicurezza⁴⁸ maggiori di quelle offerte dal diritto non scritto. Questa posizione, che s'inserisce comunque in una tradizione del pensiero giuridico nobilissima e risalente, è poi variamente argomentata a seconda delle preferenze individuali per la valorizzazione di una prospettiva storica o giusfilosofica (o filosofica *tout court*)⁴⁹.

In una prospettiva storica, si prende definitivamente atto della crisi della riserva di legge, cominciata almeno a partire dalla crisi dello Stato borghese monoclasse (suppergiù fatta risalire alla fine del XIX secolo)⁵⁰ ed ormai sostanzialmente

⁴⁵ Il riconoscimento del carattere storicamente condizionato del principio è ormai comunemente accettato, a partire dalle rimediazioni di F. Palazzo, del quale si rinvia qui, almeno, alle opere citate in bibliografia da chi scrive, *sub* "Art. 1", in *Codice penale*, cit.). Ciò che tuttora non appare condiviso è il giudizio sulla persistenza del valore ideale della preminenza legislativa.

⁴⁶ A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 37 ss (50).

⁴⁷ A. BERNARDI, *All'indomani*, cit., 45.

⁴⁸ Letteratura vastissima; mi limito a citare, nella letteratura italiana più recente, le fasciose pagine di G. FIANDACA, *Diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002; cfr. anche E. BACIGALUPO, *Applicazione del diritto penale ed uguaglianza dinanzi alla legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 961 ss. (963).

⁴⁹ Una visione sia storica che filosofica è offerta dall'affresco di M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 374 ss. e *passim*.

⁵⁰ Cfr. per tutti M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 374 e nt. 37.

irrecuperabile; sulla diagnosi di questa crisi, d'altronde, v'è una tale concordia d'opinioni che non mette conto soffermarsi in questa sede.

Si può solo soggiungere, peraltro, che la scaturigine della crisi finisce con l'essere sostanzialmente coeva alla stessa stagione codificatoria, ad onta della sclerosi delle idealità illuministiche disagnosticabile successivamente negli sviluppi più radicali del positivismo giuridico. Sclerosi, perché, com'è ben noto, l'originaria idealizzazione della legge riposava sull'idea ch'essa fosse naturale sede dell'uguaglianza; si ricorderà l'immaginifica descrizione del primo Sieyès: la legge al centro di un immenso globo, sulla cui circonferenza stanno alla stessa distanza tutti i cittadini senza eccezioni, e ognuno «*n'y occupe que des places égales*»⁵¹. Ma già al momento della codificazione, quell'idea di uguaglianza si trasformava, nell'Europa continentale⁵², in illusione di completezza dell'ordinamento, di sufficienza di esso a se stesso⁵³: imperativismo e statualismo. Nello stesso momento in cui il diritto prendeva corpo nei codici divenne espressione del *gubernaculum*, metonimia della sovranità statale – di uno Stato nazionalista, elitario, disuguale – oppure inidoneo strumento dello Stato sociale; in ogni caso, autoritaria quanto vana pretesa di ridurre il diritto a volontà.

In quella stagione di fine Ottocento emersero compiutamente, come si sa, anche la tensione legge-diritto come reazione all'illusione codificatoria, e la conseguente discussione sulla natura del potere del giudice. Fossero le teorie antiformalistiche *à la* Bülow (solo la sentenza del giudice è creatrice del diritto)⁵⁴, o la sociologia di Ehrlich, Gény, Saleilles, o ancora lo scetticismo di un Holmes (diritto è la previsione di ciò che decideranno i giudici)⁵⁵ – che (solo) la legge fosse *diritto* fu presto contestato.

⁵¹ *Des Opinions politiques du citoyen Sieyès*, Paris, An VIII (=1799-1800), 46; brano molto spesso citato: v. ad es. P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris 1998, 48 e nt. 55. Eccone una pericope più ampia: «*Je me figure la loi au centre d'un globe immense; tous les citoyens sans exception sont à la même distance sur la circonférence et n'y occupent que des places égales; tous dépendent également de la loi, tous lui offrent leur liberté et leur propriété à protéger; et c'est ce que j'appelle les droits communs de citoyens, par où ils se ressemblent tous*».

⁵² Ma non solo: si ricorderanno le pagine di John Austin (1790-1859): *Lectures on Jurisprudence – Or the Philosophy of Positive Law*, Lecture I: diritto (*law*) è imperatività, evoca un rapporto di superiore ad inferiore; Lecture II «*province of the jurisprudence*» è solo il «*positive law*» quale «*appropriate matter of jurisprudence*».

⁵³ Valga ancora l'affresco di G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto - III. Ottocento e Novecento*, Roma-Bari 2001 (rist.), 5 ss. e 176 ss.

⁵⁴ O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt. Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1885. Se poi l'autore possa veramente essere considerato antiformalista, sarebbe da discutere: un argomento importante ch'egli utilizza per sostenere il proprio assunto è quello che la sentenza fa stato, una volta definitiva, anche quando sia ingiusta; non mi pare un argomento qualificabile come antiformalista.

⁵⁵ Ricorda però G. HALLEVY, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Heidelberg et al., 2010, 42 in nota 155, che lo stesso giudice, trattandosi di crimini, avvertì che «*it is*

Non sembra storicamente documentabile una stagione che non sia stata di crisi, o considerata come tale. Le polemiche accompagnarono la codificazione sin dalla sua genesi, divenendo esse stesse presto “classiche”: risale esattamente a duecent’anni fa (1814) quella fra Thibaut e Savigny sulla necessità o meno di un codice unico per tutta la Germania a fronte di una situazione delle fonti che, ancora nel 1881, Karl Binding ricordava (con retrospettiva nostalgia, per le sue ragioni): «mai un giudice si era trovato in tale stato d’infelice abbandono davanti ad un così bizzarramente complicato apparato di fonti quale il giudice inquisitore tedesco del diciottesimo secolo»⁵⁶.

Ciò non toglie, ovviamente, che alcuni snodi storici siano stati effettivamente critici, o piuttosto di svolta definitiva. Tale è stata la stagione costituzionale che ha portato al giudizio di sindacato sulla legge⁵⁷. In questa prospettiva, è stato osservato, proprio il crescente ruolo della giurisprudenza, non soltanto costituzionale, è stato fra le cause della crisi⁵⁸; ruolo inevitabile, se la lettura dei principi costituzionali non può essere utilmente condotta come se si esercitasse sul testocodice. La teoria dell’interpretazione è stata ritenuta, conseguentemente, la meglio attrezzata a far fronte al nuovo. Suggestioni, non sono mancate: la norma è *open texture*, il giudice la deve comporre tessendo: la creatività del suo agire diviene evidente se non lo fosse già considerando la sua funzione di concretizzazione della regola astratta rispetto al caso concreto, che non è attività logica ma «comprensione scenica»⁵⁹.

Quest’ultima osservazione suggerisce che il tema della crisi sia in realtà null’altro che un capitolo, quello del definitivo crollo scenografico, della storia di un mito fallace come tutti i miti, forse utile in pristino epoche d’ingenuo progresso, dannoso però nella stagione della scienza: quello della completezza della legge

reasonable that fair warning should be given to the world in language that the common world will understand, of what the law intends to do if a certain line is passed. To make the warning fair, so far as possible the line must be clear» (1931) e ancor più recisamente a proposito dell’abolizione dei *common-law crimes* (1934): «*The bar, the courts, society in general, as well as each private person, were to be specifically informed concerning acts which are criminal and the nature and degrees of particular crimes as defined».*

⁵⁶ K. BINDING, *op. cit.*, 15.

⁵⁷ Riferimenti bibliografici essenziali in M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 397 ss.

⁵⁸ R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti: per una teoria quantitativa delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare – Il diritto costituzionale come regola e come limite al potere*, I. *Delle fonti del diritto*, Napoli, 2009, 36, 42.

⁵⁹ Perché le regole dell’interpretazione altro non sarebbero che strumenti di una rappresentazione della decisione, ma mai regole della produzione di essa: non esiste una metaregola sull’uso delle regole. prescrivono un procedimento interpretativo, ma non prescrivono affatto in quali situazioni un procedimento debba essere seguito invece di un altro: W. HASSEMER, *Juristische Hermeneutik*, in *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001, 17 ss. (25; l’espressione *szenisches Verstehen* è a p. 34).

e della natura puramente dichiarativa dell'interpretazione (giudiziale). Proprio questa è la dimensione prescelta da quei critici della riserva di legge che ne disvelano la fallacia sulla presupposta, esplicita adesione ai più moderni indirizzi filosofici; in primo luogo, all'ermeneutica filosofica e giuridica.

Come si è premesso sin dall'inizio, non è però questa discussione che intendiamo seguire in questo lavoro, anche se *incidenter tantum* vorremmo accennare alla perplessità metodologica di fondo che attanaglia a fronte di teorie che importano interi orizzonti culturali, molto eterogenei rispetto all'oggetto della disciplina giuridica. Tre rilievi.

a) Valorizzare nel diritto penale 'giurisprudenziale' la natura strutturalmente creatrice suscita dubbi per la dimensione empirica attuale (non solo storica)⁶⁰ delle conseguenze che derivano dalla liberazione di forze che premono verso lo *un-gesetzliches (Straf-)Recht*. Proprio volendo essere realisti, in effetti, si deve constatare che gli esiti interpretativi immediati di un diritto giurisprudenziale che si percepisce come fonte sembrano essere prevalentemente *in malam partem*. Così è per il caso già ricordato del tentativo di rapina impropria, come per quelli della sostituzione di persona⁶¹, dell'inquinamento elettromagnetico⁶², della prostituzione "virtuale"⁶³; e gli esempi potrebbero continuare. Si potrebbe essere tentati di soggiungere che non possa essere altrimenti, ricordando che si tratta dell'atteggiamento culturale addirittura auspicato da Karl Binding: sarcasticamente ironizzando sull'idolatria (*Abgöttere*) tributata alla proposizione *nullum crimen*, mostro che diffonde morte spirituale⁶⁴, indicava chiaramente l'inaccettabilità della codificazione (e del connesso divieto di analogia) in ciò, ch'essa impedisce al giudice di colmare le lacune affinché il delinquente non s'infili in vie di scampo.

⁶⁰ Sull'aspetto storico si sofferma potentemente l'intero scritto di G. MARINUCCI, *L'analogia*, cit.

⁶¹ Cass. V 28.11.2012, n. 18826, rv. 255086, in *Cass. pen.* con nota di G. STAMPANONI BASSI, *Sostituzione di persona commessa nella rete Internet*, nonché di E. MENGONI, *Chattare con un nickname riconducibile ad altri (e comunicare il loro numero telefonico) integra il reato di sostituzione di persona*. Si trattava di una situazione nella quale, diversamente da altre situazioni fattuali già ritenute "casi" di sostituzione di persona dalla stessa Corte, l'imputata non aveva aperto un account attribuendosi falsamente le generalità di un altro soggetto, ma aveva inserito in una chat d'incontri personali i dati identificativi della persona offesa, ovviamente ad insaputa di quest'ultima. La sostituzione si avrebbe non solo nel caso di materiale "presa del posto di", ma anche quando si attribuisca ad altri un falso nome, o un falso stato o una qualità cui la legge attribuisca effetti giuridici; dove per nome s'intendono tutti i contrassegni di identità, dunque anche il cd. nickname utilizzato per le comunicazioni via internet.

⁶² Es., Cass. III 9.1.2009, Abbaneo, in *CED Cass.*, rv. 243433.

⁶³ Es., Cass. III 21.3.2006, Terrazzi, in *CED Cass.*, rv. 233929.

⁶⁴ «*Ein geistigen Tod verbreitendes Monstrum*»: K. BINDING, *op. cit.*, 11-12.

b) Un secondo rilievo concerne l'affermazione circa il carattere creativo ed analogico dell'interpretazione, che dipanandosi secondo la narrazione ermeneutica del 'tipo', si rivelerebbe particolarmente consona alle società democratiche postmoderne; per l'appunto l'ermeneutica – in senso filosofico, come dottrina generale della conoscenza – contribuirebbe in modo decisivo a valorizzare quello scorrere dialogico dell'interprete tra fatto e norma, fra testo e contesto come strumento di conoscenza, che è anche la cifra dell'attività giudiziale. Solo il giudice, trascorrendo fra testo e contesto, può compiutamente esaminare e valutare il fatto per ascriverlo (o meno) ad una norma del *caso* concreto, ad un 'tipo' quale risultante dall'interpretazione e non solo dal testo (normativo). Il lavoro interpretativo così dialogicamente esplicitato sarebbe anche, deonticamente (cioè riguardato nel suo *dover essere* in base alle regole dell'ordinamento), dichiarato e controllabile, dunque sindacabile e con ciò, in definitiva, senz'altro coerente con il principio democratico.

Prescindiamo dal valore dell'ermeneutica come dottrina generale della conoscenza (su cui qualche dubbio è stato avanzato ad esempio da Habermas)⁶⁵. Or bene, chi, muovendo da una *tabula rasa* e cioè da ignorante⁶⁶ legga il testo fondamentale del padre (o uno dei padri) dell'ermeneutica contemporanea, Gadamer, può restare interdetto sulle conseguenze che dai presupposti teoretici espressi in *Wahrheit und Methode* sono state successivamente e “per importazione” derivate, in ordine non già alla natura dell'attività interpretativa in sé e per sé, ma al rapporto fra giudice e testo normativo.

In effetti, può essere utile ritornare su un brano molto noto e molto citato⁶⁷, in cui è espresso il carattere fondamentale dell'ermeneutica giuridica al fine di comprendere la stessa ermeneutica filosofica⁶⁸. Gadamer muove dal presupposto che il giudice cerca di corrispondere all'oggettivo intento (*Rechtsgedanke*, pensiero) della legge, nel momento in cui lo misura, mediandolo, sulla situazione attuale (*mit der Gegenwart vermittelt*). Su questa base, precisa il filosofo, condizione essenziale per un'ermeneutica giuridica è innanzi tutto che la legge vincoli tutti i membri della collettività allo stesso modo. Dove ciò non accade – dove ad esempio, come nell'assolutismo, la volontà del signore assoluto sta al disopra della legge – non ci può essere ermeneutica. Ora, è vero che l'attività produttiva d'integrazione del diritto (*Leistung produktiver Rechtsergänzung*)⁶⁹ è senz'altro ri-

⁶⁵ Sulla critica di Habermas a Gadamer cfr. un cenno in S. GLANERT, *Method?*, in P.G. Monateri (Ed.), *Methods of Comparative Law?*, Cheltenham, 2012, 74 e nt. 93.

⁶⁶ Intendo, lo scrivente.

⁶⁷ *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1972³ (prima ed. 1960), 307-324.

⁶⁸ In particolare, il paragone è fatto con l'ermeneutica storica e teologica.

⁶⁹ Letteralmente: attività d'integrazione del diritto di tipo produttivo.

servata al giudice, «ma» – e qui è la precisazione che riteniamo fondamentale – «il giudice sta al disotto della legge precisamente come ogni altro membro della collettività»⁷⁰. Se è vero che il compito di concretizzazione della legge non consiste nella semplice conoscenza degli articoli, non è richiesto qui però nessun altro legame di «appartenenza» (*Zugehörigkeit*) alla legge, se non quello che l'ordinamento richiede a chiunque altro, nel senso che nessuno sia eccettuato dall'osservanza della legge⁷¹.

Certamente, il riferimento all'interpretazione giuridica serve a Gadamer per dimostrare che l'«applicazione» cioè l'applicarsi ad un testo (utilizzandolo: la *Applikation*) non è un impiego (*Anwendung*) retrospettivo, ad un dato concreto, di qualcosa di generale già dato, che prima sia compreso in quanto tale, ma è la vera comprensione dello stesso generale, la quale è efficace, dispiega cioè efficacia sullo stesso testo (comprendere è un modo di dispiegare consapevole efficacia su un testo)⁷². Parole, confessiamo, a noi impervie. Ma sembra da riconoscere che il testo normativo s'impone 'dall'esterno' per il vincolo d'osservanza, la cui fonte è altrove e che per ciò stesso sta fuori e prima – cioè è *postulato* – dalla stessa attività interpretativa.

Quando fa riferimento all'efficacia dell'interpretazione, ad ogni modo, sembra che il filosofo intenda che il passaggio dal generale al concreto è un passaggio effettivo, reale, efficace appunto (perché concretizza il generale)⁷³; ma non sapremmo dire se in questo caso si possa affermare una dimensione di “creatività” (nel senso che il giudice crea la legge con la sua comprensione, il suo *Verstehen*).

In effetti, vi sarebbero ragioni invece per escludere che la *Wirkung* debba essere intesa come attività creativa; e ciò proprio perché, nell'interpretazione giuridica, esiste un dato la cui validità, secondo lo stesso Gadamer, è assunta come data – la legge –, tanto “data” che vale per tutti, anche per il giudice⁷⁴.

⁷⁰ «Der (Richter) aber genau so unter dem Gesetz steht wie jeder andere Glied der Rechtsgemeinschaft» (*Wahrheit und Methode*, cit., 312). Diversa interpretazione, sulla base della trad. italiana, in O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale – Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 163-164.

⁷¹ «Die Aufgabe der Konkretisierung besteht freilich nicht in einem bloßen Paragraphenkenntnis ... aber keine andere Zugehörigkeit zum Gesetz ist hier gefordert als eben die, daß die Rechtsordnung für jedermann als gültig anerkannt ist, daß es also keinen aus ihr Ausgenommenen gibt» (*loc. ult. cit.*).

⁷² «Das Verstehen erweist sich als eine Weise von Wirkung und weiß sich als eine solche Wirkung» (323).

⁷³ Così anche R. BIN, *op. cit.*, 48, valorizza il brano. Non ho contingentemente la nota edizione italiana cui Bin si affida.

⁷⁴ Chi scrive è consapevole della pochezza di questi rilievi. Purtuttavia, perplessità possono essere avanzate anche nei confronti di quei filoni dell'ermeneutica di stampo più strettamente giusfilosofico. Pensiamo ad esempio ad Arthur Kaufmann, il quale, nel discutere del rapporto fra teoria dell'argomentazione ed ermeneutica, sottolinea che nella ricerca della *verità*, posto che una verità oggettiva non esiste se non per la Chiesa (meglio, le religioni), il pluralismo è il presupposto fonda-

c) Un'ultima perplessità concerne un ulteriore aspetto di drenaggio culturale, che almeno in materia penale suggerisce qualche maggior cautela. Infatti, quando si afferma che i giudici hanno il potere-dovere di decidere il caso, anche quando manchi il *casus legis* (cosa che nessuno si sogna di contestare, in generale) e su questo si cercano di identificare regole d'interpretazione per un sistema incoerente⁷⁵ argomentate metaforicamente in relazione ai concetti della meccanica quantistica, si deve avvertire che tutto ciò non può automaticamente valere anche per la materia penale. Non foss'altro perché si deve avvertire che il potere-dovere di de-

mentale per arrivare, per l'appunto, ad una verità intesa come verità intersoggettiva (A. KAUFMANN, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*, 2 Aufl., München, 1994, 48). Il testo, nel pensiero ermeneutico, è ricompreso nel procedimento della costituzione intersoggettiva di una «decisione giusta». Ma l'intersoggettività e l'inclusione del testo nell'interprete/interpretazione (che sarebbe innanzi tutto un autocomprendersi dell'interpretante: «*Sichselbstverstehen des Verstehenssubjekts*», 45), perfettamente comprensibile quando oggetto del procedimento sia un testo letterario, un'opera d'arte ecc., non convince quando si tratti di una norma di legge (penale), come ch'essa sia costruita, precisa o imprecisa: la negoziazione si esercita allora prevalentemente sul fatto (rilevante per l'applicazione di una norma), e non sulla norma in quanto tale; quanto a questa, essa non viene negoziata con il soggetto che ne è destinatario principale: l'indagato o l'imputato, i quali subiscono la decisione dell'investigatore prima, del giudice poi, che nel momento decisivo non è affatto discorsiva ma imperativa (lo stesso Kaufmann osserva con Engisch che la giustapposizione di norma e fatto empirico – *Gleichsetzung* – non è sussunzione ma decisione, e cioè esternazione della forza, *Äusserung von Macht*). Quanto poi al circolo ermeneutico (o «spirale», per dirla con l'Hassemmer di *Tatbestand und Typus*), il senso comune ha qualche dubbio. Prendiamo l'esempio del paragrafo 250 del codice penale tedesco, prima della modifica introdotta per rispondere ad una sentenza del *Bundesgerichtshof*, il famoso caso dell'acido cloridrico gettato in viso ad una cassiera per rubarle il portafoglio: “arma” ai fini dell'applicazione della rapina aggravata? Il circolo consisterebbe in ciò, che in tanto si può comprendere il caso come di rapina aggravata, in quanto si sappia cosa è una rapina aggravata; ché se fosse inteso come tentativo di omicidio il problema dell'arma non si porrebbe. E la precomprensione, correlativamente, sta nel fatto che ci s'imbatte nella domanda: “l'acido cloridrico, una sostanza chimica, è un'arma?”, solo se si pre-comprende l'accaduto come possibile caso di rapina aggravata (A. KAUFMANN, *Grundprobleme*, 74). Ma che le conoscenze professionali del giudice, oltre alle contingenti vicende della sua carriera, siano la base del suo stesso essere giudice in quel caso, siano cioè la cornice culturale con la quale egli lo inquadra, depone nel senso che ciò che si attiva è un intero paradigma cognitivo – quello delle discipline penalistiche – e non una precomprensione né un circolo (di fronte allo stesso caso, uno psicologo si chiederà delle ragioni profonde del gesto, attivando altri paradigmi; il neuroscienziato si chiederà se vi sono lesioni neuronali o disposizioni genetiche che inibiscono la capacità di reazione agli stimoli aggressivi, attivando così tutt'altro tipo di paradigmi); il paradigma non avrebbe nulla a che vedere con una precomprensione del testo, ma con la prospettazione di una (o più) qualificazioni possibili a partire dal dovere di attivare il tipo di paradigma giuridico-penale (il fatto che ci possa essere un tentato omicidio, poi, non esclude affatto l'altra domanda: a meno che il giudice non sia stato ben formato, e ometta per questo di valutare *tutte* le qualificazioni possibili). Il rimprovero al *BGH* di aver interpretato con “analogia non ammessa” la sostanza chimica come arma, potrebbe cambiare se vi fosse stata un'argomentazione più distesa per legittimare discorsivamente l'interpretazione obiettivo-teleologica? – Ad Umberto Eco è occorso di dire che, invecchiando, è sempre più incline a ragionare secondo il senso comune.

⁷⁵ R. BIN, *op. cit.*, 46 s.

cidere il caso, se manca la regola, non si attiva proprio per via del principio espresso dall'art. 25, comma 2, della Costituzione.

E peraltro, se proprio si voglia proseguire, per stare al gioco metaforico, sulla strada del prestito extradisciplinare, è invece suggestiva rispetto all'argomento che ci occupa – il rapporto fra legalità costituzionale e legalità convenzionale europea – la premessa di metodo della recentissima teoria fisica cd. delle stringhe. Come si apprende dalla divulgazione di uno dei suoi principali assertori, essa intende rispondere al problema fondamentale posto dal fatto che la combinazione fra due teorie entrambe dimostrate vere – meccanica quantistica e relatività generale – non porta affatto alle conseguenze che dovrebbero derivarne sul piano teorico. In quella combinazione, dunque, «ci deve essere qualcosa di sbagliato»⁷⁶. E sbagliato sarebbe l'assunto sottinteso ad entrambe le teorie, cioè che i blocchi di struttura di base della materia siano puntiformi. Che non lo siano, e siano invece «stringhe», è per l'appunto la diversa ipotesi che spiega perché le altre due teorie non si parlino: perché accettano entrambe un sottinteso sbagliato.

Analoga situazione accade per il confronto tra le due 'legalità penali' e le relative teorie esplicative. Vera quella nazional-costituzionale nell'affermare la riserva di legge come principio fondamentale domestico, talché quella europea ha, per questa parte, un tono minore; vera però anche la seconda, perché i risultanti di garanzia, per larga parte, possono essere maggiori, sicché applicando la seconda (la legalità europea) non accade quel che ci si potrebbe aspettare in base alla prima (la rottura del sistema). Perché?

7. Legalità funzionalmente distinte: legalità formale, legalità effettuale

Torniamo al tema, a questo punto. Come si è più volte avvertito, le contrastanti opinioni sul rapporto fra le due legalità in termini di rispettivo contenuto muovono dall'assunto comune che, in effetti, una comparazione in termini di contenuto sia possibile. E una sostanziale convergenza descrittiva – non in punto di valutazione – si registra sul fatto che la legalità convenzionale sia una legalità materiale mentre quella domestica sia orientata in prospettiva essenzialmente formalistica (nel senso della valorizzazione delle scelte astratte della legge). Ma ciò che resta pressoché sempre in ombra, proprio in questa rappresentazione, è l'interrogativo sul *perché* vi sia questa differenza di prospettiva.

⁷⁶ D. BERMAN, *String Theory: from Newton to Einstein and beyond*, in <https://plus.maths.org/content/string-theory-newton-einstein-and-beyond> (ne esiste una tr. it. in www.matematica.unibocconi.it/print/595): «Evidently, since spacetime is here and this hasn't happened, there must be something wrong with combining relativity and quantum mechanics. But what? Both these theories are well-tested and believed to be true. Perhaps we have made a hidden assumption?».

Per un verso, non ci si può accontentare della ragione storica comunemente allegata, relativa al necessario contemperamento, in sede di redazione della Convenzione, fra i differenti sistemi europei, in particolare – ma non esclusivamente – fra quelli di *civil law* e di *common law*. Anche assumendo che questo possa essere stato uno dei motivi contingenti, essa sarebbe innanzi tutto ormai debole a giustificare lo stato attuale delle cose. Infatti, per quanto gli ordinamenti anglosassoni mantengano un atteggiamento tuttora equivoco sul punto della legittimazione della fonte, si riconosce che l'evoluzione verso la *statutory law* in materia penale costituisca ormai un trend stabilizzato che riduce sensibilmente le differenze. Insomma, sembra di poter affermare che, anche a voler vedere nel «*social consensus*» uno dei principi generali che sorreggono la fonte legittimata ad esser tale in materia penale⁷⁷, anche nel contesto anglosassone si esclude che istituzione sociale legittimata a produrre consenso («*to forge consensus*») possa essere il giudice⁷⁸. D'altra parte, si può osservare che le teorie dell'interpretazione sono nate in relazione ad ambiti disciplinari estranei al diritto penale, e non lo hanno mai preso in specifica considerazione; quando ciò è accaduto, sembra essersi avvertita la necessità di una maggiore cautela. Così lo studioso inglese Gabriel Hallevy ricorda che il giudice della Corte Suprema Holmes, noto per le sue posizioni antiformalistiche (v. *supra*, n. 5.2), affermava che in materia penale non poteva valere quella libertà di produrre una *general rule* mediante una decisione giudiziale: «per far ciò, ci dev'essere un processo logico d'induzione volto ad identificare la *ratio decidendi* ed a separarla dall'*obiter dictum*. Frequentemente questo è impossibile in materia penale».

Per altro verso, è evidente che, nel momento in cui si descrive la differenza fra prospettiva nazionale e sistema della Convenzione europea nei termini di una contrapposizione fra visione formale e visione sostanziale della legalità, ci si attesta, per l'appunto, su un piano meramente descrittivo e si manca di spiegare perché nel sistema convenzionale vi sia l'esigenza di elaborare una nozione sostanziale.

Si approssima bensì alla questione centrale chi afferma che la Convenzione/Corte europea adotta una visione funzionale della legalità, perché le visioni formalistiche «*possono rivelarsi inadeguate in ambito, dove emerge invece [...] l'esigenza di elaborare, almeno a fini garantistici, nozioni di 'diritto penale' e di 'materia penale' di tipo, appunto, meno formale e più sostanziale*»⁷⁹. L'affermazione è in sé corretta, ma ciò che va spiegato è precisamente il perché emerga quell'esigenza sostanziale.

Non è sufficiente, d'altronde, ammettere che la nozione formale 'possa' rivelarsi insufficiente: sia perché il criterio dell'insufficienza sarebbe rimesso alla finzione delle situazioni concrete ed avrebbe bisogno a sua volta di una legitti-

⁷⁷ Così G. HALLEVY, *op. cit.*, 21-22.

⁷⁸ G. HALLEVY, *op. cit.*, 21. L'A. aggiunge che «*there is some uniformity worldwide in that judicial decisions are not a legitimate source for creating criminal norms*» (41).

⁷⁹ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 40.

mazione ulteriore, che si collocherebbe al di là di esso e che non è dato rinvenire; sia, soprattutto, perché la chiave di lettura sostanziale è talmente fondante nella prospettiva della legalità convenzionale che non può costituire un accidente legato alla fisionomia del caso concreto.

Ne deriva che una criteriologia puramente quantitativa – che fa trascorrere una medesima legalità fra due poli, uno ‘più’ formale ed uno ‘più’ sostanziale, collocando su un’unica linea contenuti disposti secondo un gradiente di rigidità – non ha capacità realmente esplicative, perché non sa rendere adeguata ragione del fatto che, nella prospettiva della Convenzione e della Corte che la applica, *non si potrebbe fare a meno di adottare una prospettiva sostanziale*, nella quale le classificazioni formali degradano a mero indizio, punto di partenza del sindacato sul rispetto dei diritti.

Ciò accade perché fra il principio di legalità nazionale – ma in particolare quello di riserva di legge – e la legalità *ex art. 7 CEDU* non intercorre tanto una differenza di contenuti, quanto di *funzione*. Il principio di riserva di legge nazionale, quale norma sulla fonte, ha la funzione di definire il soggetto che per l’ordinamento interno è deputato istituzionalmente ad operare la selezione primaria fra lecito ed illecito; ad effettuare, dunque, scelte di criminalizzazione e definizione dei criteri di imputazione penale. Si tratta di una scelta che non è solo dell’ordinamento italiano, ma che comunemente si ritiene propria della maggior parte dei sistemi giuridici del mondo⁸⁰.

Diversamente, nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo non ha rilievo la prospettiva ‘genetica’ delle norme astratte, cioè non conta come le norme nell’ordinamento siano (debbono essere) approvate, né conseguentemente interessano primariamente le questioni di legittimazione della fonte dal punto di vista dell’ordinamento interno⁸¹. Ciò che conta è che l’atto normativo produca un effetto sul diritto previsto dalla Convenzione: la legalità convenzionale è parametro di controllo sugli effetti prodotti dalla scelta nazionale sui diritti tutelati dalla stessa Convenzione.

Dal punto di vista dell’art. 7 CEDU, pertanto, adottare una prospettiva non già genetica ma “effettuale” è necessario, e non potrebbe essere altrimenti. Sono gli effetti di pregiudizio che contano, e precisamente per questo la Corte non si può accontentare di considerare le forme, ma deve sindacare la sostanza dell’attività ordinamentale.

A proposito della legalità convenzionale sembra dunque pertinente parlare, ancor più che di legalità materiale o sostanziale, di *legalità effettuale*.

⁸⁰ G. HALLEVY, *op. cit.*, 42.

⁸¹ Conta se mai l’identità della fonte come idoneo oggetto di sindacato.

Proprio per questa ragione si tratta di superare le definizioni nominalistiche o formali del diritto penale, del reato, della pena: perché è il tipo di giudizio che deve essere condotto dalla Corte europea che impone questo superamento. La prospettiva effettuale plasma il significato del principio di legalità in termini indipendenti dalla fisionomia della fonte: diverso è il giudizio (non selezione di comportamenti ma controllo sul rispetto dei diritti), diverso il suo parametro (legalità in senso effettuale anziché legalità formale)⁸².

Soltanto questo chiarimento sulla diversa funzione delle regole sulle fonti nel diritto domestico, da un lato, e il principio di legalità convenzionale⁸³, dall'altro lato, pare idoneo a rendere giustizia dell'uno e dell'altro, evitando fraintendimenti ed indebite sovrapposizioni, per ciò stesso al contempo potenziando il dialogo fra le istituzioni. Quando sia chiaro che è operazione vana la comparazione di contenuti, perché i due principi si dislocano su piani funzionalmente diversi⁸⁴, perde di senso la disputa se l'uno sia più esteso dell'altro; ed al contempo perdono di senso prodromiche ritrosie e diffidenze che proprio lo scontro frontale fra le 'due Autorità' sembra tuttora determinare, sia in Italia⁸⁵ che altrove, come la Giudice della Corte Suprema britannica Brenda Hale ha ben mostrato in uno scritto a tratti discutibile, ma consapevole ed intelligente⁸⁶.

A questo punto, appare del tutto evidente la *compatibilità* tra asserzioni altrimenti (e vacuamente) percepite come incompatibili, che determinano sproporzionati arrocchi. Ci si soffermerà di seguito, innanzi tutto, ad approfondire i termini di questa compatibilità, che esprime bensì una distinzione, ma non una separatezza (§ 8); in secondo luogo, si rivela altrettanto necessario, correlativamente, dedicare sia pur brevi cenni alla legittimazione teoretica di questa posizione "compatibilista": essa può essere fondata, come cercheremo subito di esplicitare (§ 9), mediante il ricorso a presupposti di teoria del diritto diversi dal ricorso alle teorie filosofiche dell'interpretazione o del c.d. decostruzionismo.

⁸² Si riprende qui quanto affermato in A. DI MARTINO, *Intersezioni di legalità e "sanzioni" accessorie. Tra giurisprudenza nazionale, diritti umani, sistemi penali stranieri*, in *Studi in onore di M. Romano*, cit., 193 ss., 225.

⁸³ Lo intuisce bene A. VALLINI, *op. cit.*, 254.

⁸⁴ Un accenno fulmineo in V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *AIC - maggio 2015*, 1 s.

⁸⁵ Cfr. soltanto, da ultimo, la sent. della Corte costituzionale n. 49/2015.

⁸⁶ Cfr. B. HALE, *Argentoratam Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?*, in *Human R. Law Rev.*, 2012, 65 ss. (67-68 e 71 dopo il richiamo della nota 32).

8. Legalità distinte, ma non “separate”

8.1. Compatibilismo e riserva di legge: punto di vista nazionale

Quanto al primo aspetto, dalla tesi espressa circa il differente livello funzionale al quale si collocano le due Legalità, deriva quanto segue. Legittimare (ed autolegittimare) la giurisprudenza in quanto fonte del diritto penale ‘come sostiene la Corte di Strasburgo’ nell’interpretare il principio di legalità di cui all’art. 7 CEDU è insostenibile perché poggia su un fraintendimento teoretico che ci siamo qui sforzati di chiarire.

La giurisprudenza non è fonte del diritto nel senso istituzionale del termine. A questa conclusione osta, d’altronde, il ben noto art. 53 CEDU, secondo il quale «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione» – dunque neppure quella fondamentale dell’articolo 7 – «può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell’Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi [*laws, lois*] di ogni parte contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi»⁸⁷. Non sembra dubbio che tra questi diritti vi sia in Italia tuttora quello, costituzionalmente sancito, per il quale le scelte di incriminazione sono effettuate dalla legge, e non dal giudice. La teoria della giurisprudenza-fonte è dunque costituzionalmente intollerabile.

Certamente la dimensione storica della riserva di legge, la crisi della legge e della democrazia rappresentativa, la perdita di legittimazione morale e sociale del legislatore, sono elementi di contesto che impongono un’attenta considerazione della dimensione reale della riserva (peraltro, bisognerebbe dimostrare se la perdita di legittimazione del legislatore contingente sia anche una crisi del ‘potere’ legislativo).

Tuttavia, e questo è un aspetto che non pare sempre adeguatamente valutato, sarebbe altrettanto necessario verificare – innanzi tutto con verifiche empirico-statistiche, sulle quali basare eventuali approfondimenti di tipo sociologico – il grado di legittimazione, di credibilità sociale del giudice quando lo si prospetti (al cittadino-campione statistico) *esplicitamente come soggetto ‘creatore’ del diritto penale*. Così come sarebbe necessaria un’indagine seria sulla misura d’incidenza delle correnti sulla definizione delle posizioni di vertice nell’ambito dell’organizzazione giudiziaria. Chi scrive ha la sensazione che se ne avrebbe qualche sorpresa, circa la totale immunità del potere giudiziario dalla crisi che investe quello politico (e la società in generale).

⁸⁷ Dubita dell’efficacia del ricorso alle clausole di salvezza della maggior tutela offerta in ambito nazionale, al fine di far valere la riserva di legge, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, IV, Napoli, 2011, 2197 (2217, sia pure a proposito dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; ma il discorso vale *mutatis mutandis* anche per l’art. 53 CEDU).

Il problema, in realtà, non attiene ai criteri di legittimazione attualmente predicabili a costituzione data; bensì alla ricerca di forme di (ri)organizzazione istituzionale capaci di far fronte alla realtà dei modi di reggimento politico della società e con essa anche dell'ordinamento giuridico⁸⁸.

8.2. Punto di snodo: il giudice convenzionale

Quanto appena osservato, ovviamente, non elimina il problema della natura dell'interpretazione. Tuttavia, esso assume una fisionomia del tutto particolare, se si tiene presente che legalità nazionale e legalità convenzionale (come legalità effettuale) sono bensì funzionalmente distinte, non sono però separate. Il rapporto reciproco è governato da un giudice, la Corte EDU, il cui compito rispecchia la scomposizione su due livelli della legalità: essa ha una funzione di controllo non della genesi del diritto, ma dei suoi effetti; le regole (e non solo) sono il suo "contesto di fatto", la sua decisione esprime anche necessariamente un'azione performativa, quella di giudicare della "giustizia" o "ingiustizia" di quel fatto (alla stregua dei parametri convenzionali, ovviamente). Si tratta d'un ruolo non dissimile, nel senso dell'esercizio d'una funzione di controllo, da quello del giudice costituzionale rispetto alle leggi interne; per esso, in effetti, i temi dell'interpretazione si pongono in termini diversi rispetto al momento della genesi della norma penale. Del tutto coerente, in questa prospettiva, la definizione del ruolo della Corte EDU di cui al Protocollo n. 15, nella parte in cui confida alla Corte il ruolo di «*supervisory jurisdiction*» del modo con cui gli ordinamenti statuali garantiscono i diritti convenzionali, sia dell'uso che essi fanno del «*margin of appreciation*».

Rispetto a questo ruolo, gli indirizzi ermeneutici, l'approccio basato sulla logica del bilanciamento ecc., acquistano una ben maggiore plausibilità e sostenibilità domestico-costituzionale. Con una duplice precisazione, tuttavia.

a) Per un verso, si deve ribadire la convinzione che è necessaria una grande cautela nell'importare indirizzi filosofici generali nel ragionamento giuridico-penale, in ragione della specificità di una materia che reagisce *in corpore vili* – almeno sino a quando la privazione della libertà personale, innanzi tutto carceraria, così come la stigmatizzazione connessa al processo penale e la rovina derivante dalla sua durata continueranno ad esserne la cifra. Per altro verso, come si è accennato in particolare a proposito della posizione di Gadamer, in quegli stessi indirizzi sembrerebbero ravvisabili elementi indizianti di conclusioni ben diverse da quelle che ne vengono comunemente tratte.

⁸⁸ In ciò concordiamo senz'altro con M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 431 ss.

D'altronde, la scelta fra indirizzi diversi (ma anche un eventuale sincretismo) finisce con il basarsi su un elemento di arbitrarietà e parzialità incontrollabile. Perché ad esempio il decostruzionismo di Derrida?⁸⁹ e non invece, diciamo per dire, la riflessione epistemologica di un Carlo Sini? (il quale ha avvertito come l'indicibilità del significato espresso dal segno al di fuori dell'espressione, l'inesistenza della differenza fra significato e significante alla base della teoria della *differAnce* e dell'atteggiamento decostruzionista è come l'atteggiamento di colui che, percorrendo in lungo e in largo una città senza uscire dalla metropolitana e dunque basandosi soltanto sui cartelli – i segni – che indicano luoghi, si convince che la città è quei cartelli, e non ha un'esistenza al di fuori di quei segni di espressione); o il neo-realismo nei termini prospettati da Maurizio Ferraris?

b) In secondo luogo, anche il giudice europeo, per così dire, subisce la scomposizione della legalità su due livelli. Se sul livello a lui proprio – l'interpretazione della convenzione ed il giudizio sugli ordinamenti – il suo ruolo è chiaro, meno approfondita sembra essere la questione se questo stesso giudice debba anche tenere in conto la regola dell'art. 53 CEDU, qualora essa possa venire in considerazione nel determinare il *rispetto o meno di un diritto quando l'aspettativa del ricorrente, obiettivamente legittimata dalle regole sulle fonti stabilite dall'ordinamento soggetto a giudizio, è quella di non vedere una regola penale creata da un giudice, anche se assistita dalle qualità della chiarezza e della prevedibilità*. Qui la logica dell'art. 53 dovrebbe essere intesa come strettamente saldata a quella del c.d. *margin of appreciation*: nel senso che la Corte EDU si porrebbe, in casi come questo, non solo e non tanto come giudice dei diritti individuali, quanto (anche) come giudice dello Stato che riconosca – nel caso concreto – maggior livello di pretese formali in funzione di tutela.

In ciò, il sistema della Convenzione europea si rivela (si rivelerebbe) compiutamente sistema di *Rule of Law*: nel RoL non regna un fondamentalismo incondizionato dell'unilaterale priorità dei diritti, ma si afferma un'esigenza di equilibrio *in funzione di tutela* – di cui la Corte è *supervisor*, ma per ciò stesso attore – fra legge, sovranità, democrazia, diritto non sovrano, diritti individuali, diritti fondamentali. Per tematizzare questo ruolo, tuttavia, piuttosto che alle teorie dell'interpretazione sembra necessario ricorrere a diversi ambiti di riflessione giurisfilosofica (*infra*, n. 9).

8.3. *Compatibilismo e legalità convenzionale*

La tesi qui espressa si rivela anche perfettamente in linea con un atteggiamento di favore per il sindacato sull'ordinamento e sulle sue scelte operato dalla Cor-

⁸⁹ Se lo chiedono, dal punto di vista degli atteggiamenti teoretici dei comparatisti B. MARKE-SINIS, J. FEDTKE, *op. cit.*, 58 e *passim*.

te europea. Quando sia chiarito, infatti, che la legalità CEDU opera in funzione di controllo sull'ordinamento nazionale, ben si comprenderà che, dal punto di vista della Corte, tutto l'ordinamento è soggetto a scrutinio per gli effetti che produce sui diritti: e questo sono costitutivamente legati, più che alle norme in quanto tali, nella loro dimensione formale, per l'appunto alla loro applicazione: è dunque perfettamente naturale che oggetto del giudizio della Corte sia anche e soprattutto la giurisprudenza; è perfettamente logico che in quest'ottica la giurisprudenza sia intesa come 'fonte' – ma non *dell'*ordinamento (fonte di produzione), bensì *nell'*ordinamento (fonte di cognizione), necessaria per verificare come esso agisce nei confronti dei diritti.

Oggetto del giudizio è dunque, per dirla con Giuseppe Capograssi, l'«esperienza giuridica» ordinamentale. Del resto, proprio rammentando l'elementare informazione che alla Corte EDU pervengono solo violazioni 'irrimediabili' per l'ordinamento interno, è giocoforza ammettere che non soltanto il pronunciamento legislativo, ma tutto quell'ordinamento implode, per così dire, in quella eventuale violazione, come ordinamento potenzialmente ineffettuale nella tutela del diritto.

9. *Fondazioni teoriche: uno schizzo*

Come si è accennato più sopra, una fondazione teorica della posizione compatibilista può essere ricercata utilmente, piuttosto che nelle teorie dell'interpretazione, nel contesto della discussione teorica sul concetto di *rule of law*.

Il principio di legalità nazionale, al livello del quale si pone l'interrogativo di quale sia la fonte legittimata a emanare norme penali, esprime soltanto e necessariamente un aspetto *jurisdiction related*, cioè relativo ad un ordinamento dato⁹⁰. In questo contesto dato, la riserva di legge come versante formale del diritto (penale) esprime l'idea che anche i poteri pubblici sono soggetti a regole prestabilite (il «*law of rules*» di Antonin Scalia)⁹¹, fra le quali la principale è la separazione dei poteri. Si tratta di una preconditione necessaria; non si vuol affatto dire che sia sufficiente. Che infatti non lo sia, è sotto gli occhi di tutti. Ma questo non è un problema teorico, bensì operativo (e che impegna idee di riforma organizzativa,

⁹⁰ Tengo come punto di riferimento concettuale di queste considerazioni, fra i lavori di G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari 2006; ID., *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il rule of law*, dattiloscritto (in corso di stampa presso la casa editrice Il Mulino nell'ambito di un volume collettaneo).

⁹¹ A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in 56 *U. Chi. L. Rev.* 1175 (1989). Per il pensiero di Scalia cfr. anche in tempi recenti, ampiamente, A. SCALIA, B.A. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul (MN), 2012.

non di riforma delle regole sulle condizioni di legittimazione della fonte). Se, ad esempio, la quantità di normazione prodotta dal potere esecutivo anche in materia penale è debordante, ciò comporta soltanto che le scelte politiche qualificanti risalgono inevitabilmente verso livelli di astrazione particolarmente rarefatti; ma ciò comporta che tanto più rigorosa dovrà essere la pretesa: *a*) che il legislatore effettui quelle scelte in modo empiricamente fondato⁹², non irragionevole, e che esse – e non quelle tecniche – siano chiare e distinte; nonché, in termini altrettanto rigorosi ed esigenti, *b*) che la Corte costituzionale si incarichi del controllo non solo sul prodotto ma anche sul processo legislativo (è accaduto ad esempio, com'è ben noto, in tema di decretazione d'urgenza in materia penale).

C'è dunque un garante, per questa pretesa: la Corte costituzionale⁹³. Il resto, è questione pratica di verifica sul campo circa il debordare o meno del potere.

Quanto poi alle scelte tecniche, certamente il sindacato di costituzionalità è la sede *ultima* per l'operare di quelle dimensioni di garanzia, peraltro già tematizzate da Max Weber e rappresentate dai principi dell'imputazione: prevedibilità e calcolabilità, presupposto della colpevolezza. Si tratterà di 'prendere sul serio' anche questi principi (già peraltro da parte dei giudici comuni), non a caso sulla scorta della loro valorizzazione da parte della Corte EDU.

Tuttavia è evidente che né la riserva di legge né la legalità interna si identificano (e men che meno esauriscono) con il *rule of law*. Con la riserva di legge come preconditione necessaria, unitamente al distinto operare all'interno dell'ordinamento degli altri principi e strutture istituzionali (*in primis*, il sindacato di legittimità costituzionale) quale completamento della non sufficienza di quello stesso principio, siamo pur sempre nell'ambito di ciò che soddisfa, nell'ordinamento dato, le sue condizioni di esistenza (qui, l'ordinamento penale).

Siamo ancora, con ciò, nell'ambito del principio di legalità domestica, che può essere definito come *rule by law*⁹⁴.

Come è stato scritto, peraltro, «soddisfare requisiti per l'esistenza del diritto, non significa automaticamente che il *rule of law* sia realizzato»⁹⁵; esso cioè non

⁹² Cfr. su questo aspetto G. MARINUCCI, "Depenalizzazione" del falso in bilancio con l'avallo della SEC: ma è proprio così?, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 137.

⁹³ Per una articolata riflessione su questi aspetti del controllo di costituzionalità (il particolare sul c.d. diritto vivente), con particolare attenzione ai rapporti con il sistema di tutela «multilivello», cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale mite? Una formula "bella e infedele"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 985 ss.

⁹⁴ Diversamente M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., 376, identifica senza meno il rinnovamento del principio di legalità (in cui si cingono il diritto come è e quello come deve essere per essere giusto, accettato dalla società) e *rule of law*.

⁹⁵ G. PALOMBELLA, *Oltre il principio*, cit.

può essere ridotto ad un principio di legalità⁹⁶, né ai criteri organizzativi del potere politico quale strumento di essi⁹⁷.

L'esperienza storica mostra precisamente questo, che l'idea di Stato di diritto non è affatto incompatibile con la compressione dei diritti e delle libertà: fino al limite estremo dell'ingiustizia radicale, contro il quale si rivolge la formula (plurale) di Radbruch⁹⁸ – peraltro, un'ingiustizia nella quale una buona parte fu giocata dallo stesso potere giudiziario. Qui, proprio la stagione delle costituzioni europee contemporanee costituisce il punto di svolta: se si deve ammettere che *le norme* penali devono essere di fonte legislativa (livello del *rule by law*), si deve pure stabilire irrevocabilmente che *i diritti* non dipendono dalla legislazione (livello del *rule of law*): «furono le costituzioni ad assicurare ai diritti fondamentali e ad altri concorrenti principi, rango equipollente al principio democratico, escludendo così che il secondo detenesse il potere giuridico di determinare a propria discrezione il destino dei primi»⁹⁹.

Se è chiara la distinzione fra *rule by law* e *rule of law*, appare evidente come ogni sede nella quale si ponga, quale oggetto dell'attività giurisdizionale, non già l'applicazione delle norme in quanto espressione del potere dello Stato, ma la tutela dei diritti fondamentali *contro* il potere dello Stato, pertiene all'ambito del *rule of law*.

La difficoltà del giudice sta più che nel labirinto delle fonti, nel riconoscere i confini rispettivi dei due livelli. Quando opera nell'applicazione delle norme, il giudice siede, per così dire, nel recinto del *rule by law*; ma allo stesso tempo deve commisurare quelle norme alla tutela dei diritti fondamentali. Proprio per le regole del suo ordinamento, tuttavia, egli non può essere giudice dell'eventuale conflitto che riconosca come insanabile: questo potere è riservato alla Corte costituzionale; e questo è il livello 'domestico' del *rule of law*.

Ma vi è anche un ulteriore livello del *rule of law*: questo è proprio il sistema convenzionale. Rispetto al sistema di tutela approntato dalla CEDU, il diritto nazionale (l'esperienza giuridica) è oggetto di giudizio circa il rispetto dei diritti: in questa sede, sia la stessa deliberazione democratica precipitata nella fonte, sia l'atteggiamento ordinamentale che si esprime nella sua applicazione (o non applicazione) da parte dell'amministrazione e/o del potere giudiziario potrebbero complessivamente rivelarsi incompatibili con la libertà.

⁹⁶ Così invece sostanzialmente B.Z. TAMANAHA, *A Concise Guide to the Rule of Law*, in G. PALOMBELLA, N. WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, 2009, 3.

⁹⁷ S. HOLMES, *Lineages of the Rule of Law*, in J. MARAVALL, A. PRZEWORSKI (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, 2003, 49 ss.

⁹⁸ D'obbligo, nella letteratura italiana, il richiamo a G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla produzione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania post-comunista*, Milano, 2001.

⁹⁹ G. PALOMBELLA, *Oltre il principio*, 7.

10. Riflessioni in chiusura

Come è evidente, i confini devono essere rispettati da tutti gli attori in gioco; dunque, anche dalla Corte europea. Su questo nessuno nutre dubbi, e la dottrina del margine di apprezzamento esprime la tematizzazione di questo aspetto¹⁰⁰. Essa esprime cioè, a sua volta, una concretizzazione del contenuto centrale del *rule of law*: quello di impedire la monopolizzazione della capacità di *rule-making*, in nome di un'esigenza di protezione di istanze che, se del caso, proprio l'ordinamento nazionale può essere in grado ed in dovere di proteggere.

Siccome però, a livello di sindacato della Corte, l'oggetto del giudizio non sono norme in quanto tali, ma, per così dire, comportamenti *mediante* norme e prassi (fondate o non fondate su norme), può risultare particolarmente difficile la comprensione del significato di tali comportamenti, e misurarne gli effetti. Il 'dialogo' mediante i suoi veicoli istituzionalizzati deve servire proprio a questo (con l'espressione «veicoli istituzionalizzati» intendiamo, ad esempio, meccanismi come quello della *advisory opinion* previsto dal Protocollo n°16 alla Convenzione)¹⁰¹. Strumento del dialogo, del resto, sono proposizioni verbali; e l'importanza dell'espressione (o meglio, del rapporto fra significante e significato) non può certo essere sottovalutata. Qui sta forse il nucleo più valido del messaggio delle teorie dell'interpretazione, qui la principale difficoltà del dialogo: è necessario tener presente sia il significante, sia il significato. Un esempio.

Quando la Corte europea fa riferimento ad una sentenza di condanna¹⁰², dovrebbe essere (messa in) condizione¹⁰³ di apprezzare l'esistenza di forme di accertamento di responsabilità senza forma della condanna. Oggetto del giudizio di compatibilità con i diritti sarà allora anche la possibilità e legittimità di questa dissociazione; ma non sarebbe legittimo ignorarla, perché con ciò si comprimerebbe indebitamente l'oggetto del dialogo.

La Corte muove dal presupposto che la ragione per la quale le Corti italiane dispongono la confisca anche in mancanza di condanna è la ritenuta natura amministrativa. Su questa base, giustamente afferma di non riuscire a rendersi conto di come si possa disporre una pena – ché una pena è quella confisca – in assenza

¹⁰⁰ Cfr. ora la proposizione aggiunta al preambolo della Convenzione dal Protocollo n. 15: «*the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention*».

¹⁰¹ «*Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto*».

¹⁰² Ci si riferisce a Corte EDU, *Varvara c. Italy*, cit.

¹⁰³ Per effetto del dialogo *nel* processo dinanzi ad essa.

di una condanna¹⁰⁴; così come, a proposito della posizione di terzi (nel caso di specie, acquirenti dell'immobile contestato), si afferma come dallo stesso principio di legalità derivi l'inammissibilità di una responsabilità per fatto altrui. Infine, ed è l'aspetto più problematico ma anche decisivo nell'economia di queste considerazioni, il principio di legalità esprime il divieto di irrogare una pena senza un accertamento di responsabilità («*the prohibition on imposing a penalty without a finding of liability*», o «*guilty*»)¹⁰⁵.

Su queste basi, il tema principale da affrontare non può essere considerato quello della natura della sanzione (amministrativa o penale), quanto piuttosto se si possa distinguere, ed eventualmente sulla base di quali criteri, fra concetto di 'condanna' e concetto di 'accertamento di responsabilità'¹⁰⁶: questa distinzione può avere cittadinanza davanti alla Corte nel giudizio *ex art. 7*? E che cosa si intende, a questo punto, per responsabilità? Certo è che per «attribuzione dell'offesa»¹⁰⁷ la Corte ha mostrato di non intendere necessariamente una responsabilità anche soggettiva.

Non è questa a sede per rispondere nel merito a questi interrogativi; ma dev'essere chiaro ch'essi non possono non essere sollevati come oggetto di dialogo 'democraticamente plurale' fra i sistemi ordinamentali.

Un utile strumento di dialogo, almeno di tipo preliminare (non potendosi tuttot esaurire in questioni linguistiche) può essere la consapevolezza che nel passaggio dal sistema nazionale a sistemi extranazionali i termini tecnici del linguaggio devono essere oggetto di definizioni stipulative il più precise possibile¹⁰⁸. Così, ad esempio, il termine 'condanna', linguisticamente parlando, è un cd. tecnicismo collaterale, nel senso che il suo significato tecnico, per quanto suscettibile di essere tradotto in forme del linguaggio comune, è utilizzato nella cerchia degli specialisti – nel diritto nazionale – con riferimento specifico alla sentenza *ex art. 533 c.p.p.* In tal senso, essa presuppone l'accertamento di un fatto tipico, anti-giuridico (se si ammette la cd. tripartizione) e certo colpevole.

Ma fuori dal diritto nazionale il tecnicismo può non avere lo stesso significato, perché cambia la comunità dei parlanti: e questo è anche il caso della Corte europea. È sempre necessaria una traduzione (che in questo caso potremmo definire, prendendo abusivamente a prestito un'espressione di Umberto Eco, trans-

¹⁰⁴ «*The Court fails to see how punishing a defendant whose trial has not resulted in a conviction could be compatible with Article 7 of the Convention, which provision clearly sets out the principle of legality in criminal law*»: Corte EDU, *Varvara c. Italy*, cit., par. 39.

¹⁰⁵ Corte EDU, *Varvara c. Italy*, cit., par. 45.

¹⁰⁶ Opportune riflessioni in V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 2 s.

¹⁰⁷ Testualmente: «*a finding of liability [...] enabling the offence to be attributed*»: Corte EDU, *Varvara c. Italy*, cit., par. 49.

¹⁰⁸ Su questi aspetti cfr., volendo, A. DI MARTINO, *Questo limite non è un termine. Tecnicismi "specifici" e "collaterali" in un sistema penale internazionalizzato*, in *Arch. pen.*, 2011/3, 1 ss.

semiotica)¹⁰⁹: una sentenza di condanna può non essere fondata su un'attribuzione dell'offesa che sia a sua volta basata necessariamente su requisiti anche soggettivi; ciò accade in qualche ordinamento. Per converso, nelle forme concrete di un ordinamento nazionale (per come vive nella giurisprudenza), potrebbe verificarsi il caso di una sentenza che "contiene" un giudizio di responsabilità, per giunta con valutazioni in termini di colpevolezza, ma non ha la forma della sentenza di condanna perché vi osta la prescrizione. Una sentenza che contiene un giudizio di responsabilità è però anche un 'accertamento' di essa? E via dicendo¹¹⁰.

Ne consegue allora che la definizione di condanna, nella traduzione «trans-semiotica», deve essere oggetto di una previa definizione stipulativa. E proprio qui sta la necessità, ed anche la possibilità del dialogo: contribuire a definire il proprio oggetto; qui, il concetto di accertamento, di responsabilità, di condanna.

Non pare che questi concetti siano stati sinora oggetto d'un chiarimento inequivocabile; senza perdere ulteriore tempo in dispute cesaropapiste, sarà bene (continuare a) incamminarsi sulla strada del lavoro oscuro e lento sui significati.

¹⁰⁹ U. ECO, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Milano, 2013.

¹¹⁰ Nel merito di questi problemi v. ad es. V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.4.2015.

LUIGI FERRAJOLI
COS'È IL GARANTISMO

SOMMARIO: 1. Sulla nozione di garantismo. Il garantismo penale. – 2. Una nozione allargata di garantismo. – 3. Due aspetti della crisi del garantismo penale: A) la deriva inflazionistica. Riserva di codice e riforma del sistema delle pene. – 4. Un secondo fattore di crisi: B) il carattere classista della giustizia italiana. – 5. Per una politica penale razionale.

1. *Sulla nozione di garantismo. Il garantismo penale*

‘*Garantismo*’ è un termine del lessico giuridico e politico relativamente nuovo. Nel vecchio lessico giuridico, con “garanzie” si intendeva prevalentemente una classe di istituti gius-privatistici risalenti al diritto romano e volti ad assicurare l’adempimento delle obbligazioni e la tutela dei corrispondenti *diritti patrimoniali*: le garanzie reali come il pegno e l’ipoteca e le garanzie personali come la fideiussione e l’avallo. Oggi, con “garanzie” si intende anche, e direi prevalentemente, l’insieme dei limiti e dei vincoli imposti ai pubblici poteri a garanzia dei *diritti fondamentali*. Più in generale, le garanzie possono essere ridefinite, in sede di teoria del diritto, come gli obblighi o i divieti correlativi a diritti soggettivi, siano essi fondamentali o patrimoniali.

Con “garantismo” si intende, conseguentemente, un modello di diritto finalizzato alla *garanzia* dei diritti soggettivi. A seconda dei tipi di diritti a sostegno dei quali vengono previste le “garanzie”, ossia le tecniche idonee ad assicurarne l’effettiva *tutela* o *soddisfazione*, distingueremo più tipi di garantismo. Parleremo quindi di *garantismo proprietario* per designare il sistema di garanzie poste a tutela del diritto di proprietà e degli altri diritti patrimoniali; di *garantismo liberale*, e specificamente *penale*, per designare le tecniche apprestate a difesa dei diritti di libertà, primo tra tutti la libertà personale, contro interventi punitivi arbitrari di tipo poliziesco o giudiziario; di *garantismo sociale* per designare l’insieme delle garanzie volte a soddisfare i diritti sociali, come i diritti alla salute, all’istruzione, al lavoro e simili; di *garantismo civile* per designare le garanzie poste a tutela dei diritti civili di autonomia negoziale, ma anche i limiti imposti all’esercizio di tali diritti a tutela dei diritti dei lavoratori o dei consumatori, oppure a protezione dell’ambiente e della stessa concorrenza; infine, di *garantismo internazionale* per

designare l'insieme delle garanzie, purtroppo quasi interamente mancanti, a tutela della pace e dei diritti fondamentali stabiliti dalle tante carte, dichiarazioni, patti e convenzioni di diritto internazionale. In tutti questi significati, "garantismo" si configura come l'altra faccia del costituzionalismo, così come le garanzie sono l'altra faccia dei diritti costituzionalmente stabiliti dei quali valgono ad assicurare il massimo grado di effettività. Tutti i diritti fondamentali, infatti, richiedono leggi di attuazione, cioè l'introduzione di efficaci garanzie e di adeguate funzioni e istituzioni di garanzia, in assenza delle quali sono destinati a rimanere in larga misura ineffettivi.

Il settore del diritto con riferimento al quale la teoria del garantismo è stata originariamente elaborata è stato il diritto penale. È infatti sul terreno penale che il garantismo è nato, nella cultura giuridica italiana progressista degli anni settanta ed ottanta, quale replica alla legislazione e alla giurisdizione dell'emergenza che in quegli anni ridussero il già debole sistema delle garanzie del corretto processo. In questo senso, il garantismo si collega alla tradizione classica del pensiero penale liberale. Ed esprime l'istanza, che fu propria dell'illuminismo giuridico, della *minimizzazione* di quel "terribile potere", come lo chiamò Montesquieu, che è il potere punitivo, attraverso la sua rigida soggezione al diritto: precisamente attraverso la soggezione alla legge del potere penale giudiziario e attraverso la soggezione a norme costituzionali del potere penale legislativo.

Questa istanza si è venuta perciò identificando con il progetto di un *diritto penale minimo*. "Garantismo penale" e "diritto penale minimo" sono in effetti termini sinonimi, che designano un modello teorico e normativo di diritto penale in grado di razionalizzare e minimizzare la violenza dell'intervento punitivo vincolandolo – nella previsione legale dei reati, come nel loro accertamento giudiziario – a limiti rigidi imposti a tutela dei diritti della persona. Per quanto riguarda il *reato*, questi limiti altro non sono che le *garanzie penali sostanziali*: dal principio di stretta legalità o tassatività dei fatti punibili a quelli della loro offensività, materialità e colpevolezza. Per quanto riguarda il *processo*, essi corrispondono alle *garanzie processuali e ordinamentali*: il contraddittorio, la parità tra accusa e difesa, la separazione tra giudice e accusa, la presunzione di innocenza, l'onere accusatorio della prova, l'oralità e la pubblicità del giudizio, l'indipendenza interna ed esterna della magistratura e il principio del giudice naturale. Mentre le garanzie penali sono finalizzate alla minimizzazione dei reati, ossia alla massima riduzione di ciò che al potere legislativo è consentito punire, le garanzie processuali sono finalizzate alla minimizzazione del potere giudiziario, ossia alla massima riduzione dei suoi margini di arbitrio.

Esiste peraltro un nesso non solo tra diritto penale minimo e garantismo, ma anche tra diritto penale minimo, effettività e legittimazione del sistema penale. Solo un diritto penale finalizzato unicamente alla tutela di beni primari e di diritti

fondamentali può infatti assicurare, insieme alla certezza e alle altre garanzie penali, anche l'efficienza della giurisdizione contro le forme, sempre più potenti e minacciose, della criminalità organizzata. E solo un diritto processuale garantista, basato sulla parità tra accusa e difesa e sulla riduzione della custodia cautelare, può offrire un fondamento credibile all'indipendenza della magistratura e al suo ruolo di controllo sulle illegalità dei pubblici poteri, al di là della legittimazione, sempre impropria e precaria, del consenso della pubblica opinione. Difesa sociale e garantismo, tutela di beni primari e garanzia dei diritti degli indagati e poi dei condannati, si configurano perciò come i due scopi non solo essenziali ma tra loro connessi che legittimano la potestà punitiva. Il diritto penale minimo ne risulta caratterizzato come la *legge del più debole*, che nel momento del reato è la parte offesa, in quello del processo è l'imputato e in quello della pena è il condannato.

2. Una nozione allargata di garantismo

Una simile concezione del garantismo si presta a mio parere ad essere allargata, quale paradigma della teoria generale del diritto, all'intero campo dei diritti della persona. Tutti i diritti fondamentali infatti – dai diritti di libertà ai diritti sociali, dai diritti dei lavoratori ai diritti delle minoranze – possono essere concepiti come *leggi del più debole* in alternativa alla legge del più forte che prevarrebbe in loro assenza. Con 'garantismo' s'intenderà quindi, in questa più larga accezione, un modello di diritto fondato sulla rigida subordinazione alla legge di tutti i poteri e sui vincoli loro imposti a garanzia dei tanti diritti, primi tra tutti i diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni. In questo senso il garantismo è sinonimo di "stato costituzionale di diritto", cioè di un sistema che ricalca il paradigma classico dello stato liberale allargandolo in due direzioni: da un lato a tutti i poteri, non solo a quello giudiziario ma anche a quelli legislativi e di governo, non solo ai poteri pubblici ma anche a quelli economici privati e non solo ai poteri statali ma anche ai poteri sovra-statali; dall'altro a tutti i diritti, non solo a quelli di libertà, ma anche a quelli sociali, e non solo ai diritti ma anche a beni stipulati come vitali, con conseguenti obblighi di soddisfazione e tutela, oltre che divieti di lesione, a carico della sfera pubblica. Del resto, anche storicamente il primo modello dello stato di diritto è stato elaborato sul terreno penale, quale sistema di limiti al potere punitivo allargatisi poi, nello stato costituzionale di diritto, a tutti i poteri e a garanzia di tutti i diritti.

Non è inutile aggiungere che oggi, in Italia, l'opzione tra uso ristretto e uso allargato di "garantismo" non è politicamente neutrale. L'appello al garantismo quale sistema di limiti imposti alla sola giurisdizione penale si è infatti coniugato, nella propaganda delle forze politiche che del termine fanno un uso ristretto, con l'insofferenza per ogni limite e controllo giuridico, e in particolare per quello

giudiziario, nei confronti del potere politico e di quello economico. La “democrazia”, secondo l’immagine che è alle spalle di tale uso ristretto di “garantismo”, altro non sarebbe che l’onnipotenza della maggioranza legittimata dal voto popolare, il quale varrebbe a consentirne ogni abuso incluso il conflitto tra interessi pubblici e interessi privati; così come il “liberalismo” equivarrebbe, a sua volta, all’assenza di regole e di limiti alla libertà d’impresa. L’espressione “liberaldemocrazia” ha finito così per designare – in simili usi ristretti di garantismo e allargati di liberalismo e di democrazia – due forme convergenti di assolutismo, entrambe contrarie al sistema di vincoli e contrappesi nel quale consiste il garantismo quale categoria generale: l’assolutismo della maggioranza e l’assolutismo del mercato, dei poteri politici come di quelli economici, sempre più, oltre tutto, tra loro minacciosamente confusi.

È chiaro che in questo senso “garantismo” significa esattamente il contrario di quel che significa quale paradigma teorico generale: che vuol dire soggezione al diritto di qualunque potere, sia esso pubblico o privato, tramite vincoli giuridici e controlli giurisdizionali idonei a impedirne, a garanzia dei diritti di tutti, l’esercizio arbitrario o illegale. In questa nozione allargata, il garantismo designa l’insieme dei limiti e dei vincoli imposti al sistema dei poteri e idonei ad assicurare la massima effettività alle promesse costituzionali. Precisamente esso designa, in opposizione alle concezioni a-costituzionali e formali della democrazia quale onnipotenza della maggioranza, la dimensione costituzionale e sostanziale che vincola la democrazia non solo quanto alla forma, cioè al *chi* e al *come* delle decisioni, ma anche quanto alla sostanza, cioè al *che cosa* non è consentito decidere o non decidere.

Questa *sfera del non decidibile* – del *non decidibile che* e del *non decidibile che non* – altro non è che ciò che in quei contratti sociali in forma scritta che sono le costituzioni si è convenuto di sottrarre alla volontà della maggioranza: i diritti fondamentali di tutti – la vita e la libertà personale, la dignità della persona e i suoi minimi vitali – che formano le precondizioni del vivere civile e la ragion d’essere del patto di convivenza, e che non c’è volontà di maggioranza, né interesse generale o bene comune ai quali possono essere sacrificati. Precisamente, le garanzie dei diritti di libertà e di immunità, consistendo nei corrispondenti divieti di lesione in capo allo Stato, definiscono la sfera di ciò che nessuna maggioranza può decidere: nessuna maggioranza, neppure l’unanimità può decidere che un uomo sia privato senza processo della libertà personale o che ne siano limitate le libertà fondamentali. Al contrario le garanzie dei diritti sociali, consistendo nei corrispondenti obblighi di prestazione in capo alla sfera pubblica, definiscono la sfera di ciò che nessuna maggioranza può non decidere: come non fornire a taluno l’assistenza sanitaria, o l’istruzione elementare o non provvedere alla sua previdenza e sopravvivenza.

Indubbiamente, in quanto divieti e obblighi, le garanzie dei diritti fondamentali stabiliti nelle costituzioni valgono a limitare la democrazia politica. E tuttavia esse valgono anche a integrarla e per così dire a rafforzarla, insieme alla nozione, che è alle sue spalle, di “sovranità popolare”. Tutti i diritti fondamentali – non solo i diritti politici, ma anche i diritti civili, i diritti di libertà e i diritti sociali – essendo conferiti ugualmente a tutti in quanto persone o cittadini, alludono infatti al “popolo” intero, riferendosi a poteri e ad aspettative di *tutti*, ancor più dello stesso principio di maggioranza. La sovranità popolare, comunemente espressa nelle costituzioni democratiche dal principio che “la sovranità appartiene al popolo”, ne risulta ridefinita nell’unico senso nel quale è compatibile con lo stato costituzionale di diritto il quale non ammette poteri *legibus soluti*: da un lato come *garanzia negativa*, in forza della quale essa appartiene al popolo e a nessun altro e nessuno, né assemblea rappresentativa, né maggioranza parlamentare né presidente eletto dal popolo, può appropriarsene e usurparla o comunque invocarla come fonte di una pretesa onnipotenza; dall’altro come *garanzia positiva*, nel senso che, non essendo il popolo un macrosoggetto ma l’insieme di tutti i consociati, la sovranità appartiene a tutti e a ciascuno, identificandosi con la somma di quei frammenti di sovranità, cioè di quei poteri e contropoteri che sono i diritti fondamentali di cui tutti e ciascuno sono titolari. La sovranità, in breve, è di tutti e (perciò) di nessuno. Di qui il carattere “democratico” delle garanzie dei diritti fondamentali in quanto diritti di tutti, che innestano una dimensione “sostanziale” nella democrazia politica sottoponendola, oltre che al rispetto delle “forme” maggioritarie delle decisioni, anche ai limiti e ai vincoli di “sostanza” relativi ai loro contenuti.

Di qui, inoltre, il carattere non consensuale né rappresentativo, perché al contrario anti-maggioritario, delle funzioni e delle istituzioni di garanzia: delle *funzioni* e delle *istituzioni di garanzia primaria*, come per esempio la scuola e la sanità pubblica, deputate alla diretta tutela e soddisfazione dei diritti fondamentali; e delle *funzioni* e delle *istituzioni di garanzia secondaria* o *giurisdizionali*, deputate a sanzionare o ad annullare le violazioni delle garanzie primarie. Proprio perché i diritti fondamentali, secondo una felice espressione di Ronald Dworkin, sono diritti “contro la maggioranza”, anche le loro garanzie e le relative funzioni e istituzioni chiamate ad applicarle devono essere virtualmente “contro la maggioranza”. Per questo il carattere elettivo dei magistrati o la dipendenza dall’esecutivo del pubblico ministero sarebbero in contraddizione con la fonte di legittimazione politica della giurisdizione. Il senso della celebre frase “ci sarà pure un giudice a Berlino” è che deve pur esserci un giudice in grado di assolvere o condannare contro la volontà di tutti quando mancano o esistono le prove della sua colpevolezza.

Il garantismo, infine, non è solo un *modello di diritto* caratterizzato dalla presenza di garanzie volte ad assicurare il massimo grado di effettività al catalogo dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Esso è altresì una *filosofia politica*

sugli scopi e i fondamenti che giustificano il diritto e, insieme, una *teoria giuridica* delle garanzie di quei principi di giustizia che sono formulati nelle costituzioni degli ordinamenti democratici.

Come *filosofia politica*, esso è una dottrina normativa sul dover essere del diritto *da un punto di vista assiologico esterno*. Di qui la sua dimensione progettuale, oltre che normativa. La dottrina filosofica del garantismo, infatti, elabora e progetta i modelli normativi che nei diversi settori dell'ordinamento, e non solo in quello penale, valgono a giustificare volta a volta il diritto quale legge del più debole. E vale altresì a fornire i criteri di critica e di delegittimazione esterna dei profili di ingiustizia del diritto in concreto, o di sue singole norme o istituti, in quanto contrari o anche solo inadeguati a tale ruolo giustificante.

Come *teoria giuridica*, il garantismo è invece una teoria empirica, e insieme normativa, sul dover essere del diritto *dal punto di vista giuridico interno* dei principi di giustizia incorporati come norme positive nelle costituzioni degli ordinamenti democratici. In questo senso esso si confonde in gran parte con il costituzionalismo, ossia con quella straordinaria innovazione del diritto moderno che consiste nella progettazione anche sostanziale del diritto da parte del diritto medesimo. E si configura da un lato come teoria progettuale, volta a colmare o a integrare le eventuali lacune delle garanzie richieste dai diritti costituzionalmente stabiliti, dall'altro come teoria critica, volta a identificare i profili di invalidità e di incoerenza, rispetto al modello costituzionale, della legislazione vigente e della pratica giudiziaria.

3. *Due aspetti della crisi del garantismo penale:* *A) la deriva inflazionistica. Riserva di codice* *e riforma del sistema delle pene*

L'accezione prevalente di garantismo resta tuttavia, negli usi correnti, quella di "garantismo penale": per designare un sistema penale in grado di minimizzare non soltanto la violenza dei delitti, ma anche la violenza e l'arbitrarietà delle pene. In questo senso il garantismo penale esprime, in quanto modello di diritto penale minimo, l'istanza razionalistica di un utilitarismo penale riformato perché riferito non soltanto, quale tecnica di difesa sociale, alla massima utilità dei non devianti, ma anche, quale tecnica di garanzia contro gli eccessi e l'arbitrio, alla minima afflizione dei soggetti devianti o supposti tali. Si tratta, evidentemente, di un modello normativo limite, mai perfettamente realizzato, dal quale la realtà giuridica è più o meno lontana. La sua crisi odierna è dovuta a molteplici fattori che certamente non è possibile elencare nel breve spazio di questo scritto. Mi limiterò

a indicare, sommariamente, due di questi fattori di crisi e, insieme, due ordini di risposte che dovrebbero informare una politica penale garantista.

Il primo fattore di crisi consiste nel crollo della legalità penale. Si è sviluppata, soprattutto in questi ultimi decenni, una patologica inflazione legislativa, in forza della quale le leggi penali speciali e le figure di reato si contano ormai in decine di migliaia. All'inflazione delle leggi si è aggiunto il dissesto del linguaggio legale, che si manifesta in leggi formulate in termini oscuri, equivoci e polisensibili, articolate talora in innumerevoli articoli e commi che danno luogo, con continui rinvii a norme che a loro volta rinviano ad altre norme, a intricati e tortuosi labirinti normativi e a complicati sistemi di scatole cinesi. Ne è seguito il collasso del principio di legalità e una regressione del nostro sistema penale all'incertezza e all'arbitrarietà che furono proprie del diritto giurisprudenziale premoderno. Dobbiamo infatti riconoscere che la nota sentenza n. 364 del 1988, con la quale la nostra Corte Costituzionale ha archiviato come irrealistico il principio della non scusabilità dell'*ignorantia legis* in materia penale, equivale a una vera dichiarazione di bancarotta dell'intero diritto penale.

Il risultato di questa deriva è un diritto penale massimo, sviluppatosi fuori da qualunque disegno razionale e perciò in crisi rispetto a tutti i suoi classici principi garantisti: il principio di tassatività o determinatezza, e con esso la certezza della legge penale; la soggezione del giudice alla legge e il primato della legislazione sulla giurisdizione; l'obbligatorietà dell'azione penale e la centralità del dibattimento; la conoscibilità delle leggi da parte dei cittadini, il loro ruolo garantista e la loro efficacia deterrente; l'efficienza infine della macchina giudiziaria, ingorgata da un'infinità di processi inutili e costosi, il cui solo effetto è di offuscare il confine tra lecito e illecito e di sottrarre tempo e risorse alle inchieste più importanti, destinate sempre più spesso a quella amnistia surrettizia che è la prescrizione. Si aggiunga che un diritto penale pletorico, inevitabilmente afflitto da una crescente cifra nera di reati impuniti, si risolve nel discredito della giustizia penale e, insieme, in un fattore di arbitrio che grava come una pesante ipoteca sulle libertà dei cittadini, tenuti in ostaggio dal pericolo di incriminazioni imprevedibili. Contro questa deriva, una razionalizzazione e una minimizzazione del diritto penale richiede una sua radicale rifondazione. Mi limiterò qui a riproporre due ordini di riforme che ho più volte sostenuto.

La prima forma di minimizzazione e razionalizzazione del diritto penale consiste in una riforma strutturale: nella rifondazione e nel rafforzamento della legalità penale, attraverso la trasformazione della semplice riserva di legge in una *riserva di codice*. Si tratterebbe di un rafforzamento del principio di legalità, oggi indispensabile se si vuole superare la simultanea crisi di efficienza, di garanzie e di legittimazione del diritto penale, originata dall'inflazione crescente e altrimenti inarrestabile della legislazione speciale.

Ben più delle tante leggi di depenalizzazione, con cui ripetutamente e vanamente si è tentato di arginare l'ipertrofia legislativa, la riserva di codice varrebbe a rifondare la legalità penale. Essa equivale infatti a una garanzia non più semplicemente, come la tradizionale riserva di legge concepita all'origine dello stato liberale di diritto, contro il carattere arbitrario ed eterogeneo della giurisdizione, ma anche contro il carattere ormai pletorico e caotico dell'odierna legislazione: in breve, contro le leggi d'eccezione, d'emergenza o anche solo "d'occasione", come le chiamò Francesco Carrara, assai spesso dettate da un uso politico, congiunturale e demagogico della legge penale. Il codice penale diverrebbe, grazie alla riserva di codice, un testo esaustivo e insieme esclusivo dell'intera materia penale, della cui coerenza e sistematicità il legislatore dovrebbe ogni volta farsi carico. Ne verrebbe accresciuta la sua capacità regolativa, nei confronti tanto dei cittadini quanto dei giudici. Ne risulterebbe, oltre a un incremento della certezza e della credibilità del diritto penale, una riduzione della sua area di intervento, conformemente al suo ruolo di strumento estremo di difesa di beni e diritti fondamentali non altrimenti tutelabili. La radicale depenalizzazione che ne seguirebbe – a cominciare da quel diritto penale burocratico che è formato dalla congerie dei reati oggi puniti come contravvenzioni o con semplici pene pecuniarie – sarebbe largamente compensata dall'aumento della certezza, dell'effettività e del tasso di garantismo dell'insieme.

C'è poi una seconda riforma diretta a una minimizzazione del diritto penale. Essa riguarda, in Italia, il sistema delle pene: l'eliminazione della vergogna dell'ergastolo; l'abbassamento della durata massima delle pene detentive a livelli europei, cioè a 20 anni o ancor meno, come in Francia (artt.18 e 19 c.p.), in Svizzera (art.35 c.p.) e in Germania (art.14 c.p.); la previsione della reclusione per i soli reati più gravi e la trasformazione in pene principali delle attuali misure alternative alla detenzione – la detenzione di fine settimana, la detenzione domiciliare, la sorveglianza speciale, l'affidamento in prova e simili – oggi irrogate in sede di esecuzione della pena. Sono queste, pur sempre, misure limitative della libertà personale, e tuttavia non sono pene interamente segregative. È chiaro che il più ampio ventaglio di pene introdotto con una simile riforma consentirebbe, oltre a una riduzione del carico di afflizioni punitive, una più razionale soddisfazione del principio di proporzionalità della pena alla gravità dei reati.

4. *Un secondo fattore di crisi:*

B) Il carattere classista della giustizia italiana

Il secondo fattore di crisi del garantismo penale e della razionalità penalistica è il carattere pesantemente classista della nostra giustizia penale. La parola è fuori moda, ma dobbiamo chiamare le cose con il loro nome. Siamo di fronte a una pro-

fonda disuguaglianza penale, forse la più odiosa delle forme di disuguaglianza, attestata dalla composizione sociale della popolazione carceraria. Nelle nostre carceri ci sono quasi soltanto tossicodipendenti, immigrati e condannati per reati di strada. I detenuti per corruzione, o per peculato o per grandi bancarotte o evasioni fiscali rappresentano una percentuale irrilevante. Il diritto penale – luogo, nel suo modello normativo, quanto meno dell'uguaglianza formale davanti alla legge – è così diventato, di fatto, il luogo della massima disuguaglianza e discriminazione. Esso non solo riproduce le disuguaglianze presenti nella società, ma ha ormai codificato discriminazioni e privilegi modellati sugli stereotipi classisti e razzisti del “delinquente sociale”, oltre che “naturale”, attraverso politiche legislative tanto severe con la delinquenza di strada quanto indulgenti con quella del potere.

Si è così sviluppata, in una misura ancor più massiccia che in passato – non solo in Italia, ma in quasi tutti i paesi occidentali – una sorta di doppio binario della politica criminale e una conseguente duplicazione del diritto penale: diritto minimo e inefficiente per i ricchi e i potenti; diritto massimo e inflessibile per i poveri e gli emarginati. Si pensi solo, in Italia, alla legge Cirielli n. 251 del 5.12.2005, che ha introdotto aumenti massicci di pena per i recidivi, sull'esempio degli Stati Uniti, e, simultaneamente, la riduzione dei termini della prescrizione alla quale sono destinati, per la complessità delle indagini e le agguerrite difese, soprattutto i processi di corruzione, concussione, peculato e bancarotta. Oppure si pensi alle misure draconiane introdotte dai vari “pacchetti sicurezza” nei confronti soprattutto degli immigrati – a cominciare dalla legge più indegna della storia della Repubblica, quella sul reato di ingresso clandestino che di fatto criminalizza una condizione di *status* – e, insieme, all'edificazione di un intero *corpus iuris ad personam* finalizzato a paralizzare i tanti processi contro l'ex presidente del consiglio.

Questa disuguaglianza è l'effetto di un sistema legislativo che sembra costruito per ostacolare le indagini e i processi nei confronti della delinquenza dei potenti. Il sistema della corruzione prospera e si sviluppa sulla base dell'impunità, determinata dall'inadeguatezza delle pene, dai tempi brevi delle prescrizioni e dalla mancanza di idonee figure di reato. Le statistiche ci dicono che più dell'80% delle condanne per fatti di corruzione negli ultimi 20 anni sono state a pene inferiori a due anni, con conseguente sospensione condizionale della pena. La logica delle prescrizioni, d'altro canto, è stata, in questi anni, ribaltata: termini lunghi per i reati più semplici ma aggravati dalla recidiva, che di solito non richiedono quasi nessuna indagine; termini brevi per i reati più complessi – bancarotte, corruzioni, concussioni, truffe ai danni dello Stato – che richiedono indagini lunghe e complesse e i cui autori sono difesi da abili avvocati in grado di mettere in atto ogni tipo di pratica dilatoria. La difesa *dal* processo anziché *nel* processo è così diventata, in questi procedimenti, la regola. Infine il nostro sistema soffre di un'inadeguatezza non solo delle pene ma anche dei reati. Mancano tuttora figure

di reato come la corruzione privata dei dirigenti di aziende private che prendono tangenti, o il cosiddetto traffico di influenze, cioè i pagamenti anche ingenti senza che si riesca a identificare lo specifico atto pubblico in cambio del quale essi sono stati effettuati. Eppure il sistema della corruzione costa all'Italia tra i 50 e i 60 miliardi di euro l'anno e l'evasione fiscale costa 120 miliardi. La corruzione, inoltre, scoraggia gli investimenti, rende impossibile la concorrenza, deforma la spesa pubblica, mina alla radice la democrazia. È questo lo *spread* più grave dell'Italia rispetto agli altri paesi avanzati: l'enorme peso della corruzione, dell'evasione fiscale, del riciclaggio e del crimine organizzato che comporta danni economici non comparabili con quelli prodotti da tutti gli altri reati patrimoniali.

Questo carattere classista della giustizia penale si spiega con un aspetto della fenomenologia della devianza oggi enfatizzato dal ruolo dei media. La criminalità dei poveri si presta assai più di quella dei potenti ad essere utilizzata come fattore di allarme sociale e di attrazione del consenso elettorale mediante facili pur se inutili misure repressive. È su di essa e sulla paura da essa provocata che oggi fa leva il populismo penale in materia di sicurezza. Le statistiche storiche sulla criminalità ci dicono che il numero dei delitti, in Italia e in Europa, è in costante diminuzione. Il numero degli omicidi, per esempio, fu in Italia, pur con una popolazione assai inferiore a quella attuale, di 4.100 l'anno nell'ultimo ventennio dell'Ottocento, di oltre 3.800 negli anni Venti e di oltre 1.800 negli anni Cinquanta del secolo scorso, per poi scendere a meno di 1.700 nel 1990 e a circa 500 l'anno nell'ultimo decennio, di cui quasi la metà commessi tra le mura domestiche ad opera di solito di padri e mariti. A loro volta, le lesioni volontarie sono diminuite negli ultimi cinquanta anni di circa due terzi; e lo stesso è avvenuto per le violenze sessuali, benché sia sicuramente diminuita la cifra nera degli stupri non denunciati. Perfino i furti sono diminuiti. Eppure in Italia, come del resto in quasi tutti i paesi occidentali, è cresciuta la percezione dell'insicurezza, enfatizzata e sollecitata da quella fabbrica della paura che è diventata la televisione. In contrasto con la diminuzione oggettiva della criminalità, le statistiche ci dicono che la paura è andata crescendo progressivamente, tanto quanto è cresciuto, fino a raddoppiarsi, il tempo dedicato dai telegiornali e dai dibattiti televisivi alla cronaca dei delitti.

Ebbene, questa costruzione della paura rappresenta una facile e sicura risorsa della demagogia populista, cioè di una strategia politica in tema di sicurezza diretta a ottenere il consenso popolare con un uso congiunturale del diritto penale quale risposta illusoria al sentimento dell'insicurezza. È questa strategia che è stata sperimentata in Italia, come del resto in altre democrazie, con una lunga serie di misure demagogiche, tanto duramente repressive e antigarantiste quanto inefficaci rispetto alle dichiarate finalità di prevenzione: dalla criminalizzazione degli immigrati irregolari alle norme che ne favoriscono l'espulsione, dagli aumenti delle pene per i reati di strada all'impiego dell'esercito in funzioni di polizia e di

pubblica sicurezza. Queste misure e queste politiche non sono soltanto inutili. Non solo non hanno nessuna efficacia deterrente. E non è solo la restrizione delle libertà che fanno pagare a tutti. Esse indeboliscono altresì la lotta alla criminalità perché logorano il tessuto civile, che forma il primo presupposto non solo della democrazia, ma anche della sicurezza. La paura, infatti, rompe i legami sociali, alimenta tensioni e lacerazioni, deprime lo spirito pubblico, fomenta fanatismi, xenofobie e secessionismi, genera diffidenze, sospetti, odi e rancori. Avvelena, in breve, la società. E questa regressione forma il principale terreno di coltura della criminalità e della violenza, oltre che la minaccia più insidiosa per la democrazia. Senza contare che queste politiche demagogiche distolgono l'attenzione della pubblica opinione e l'impegno e le risorse degli apparati investigativi e giudiziari dalle indagini e dai processi nei confronti della criminalità organizzata e delle sue connivenze con i poteri politici ed economici.

È così che il populismo penale si coniuga con il populismo politico. Inseguendo e alimentando l'insicurezza e la paura, il sospetto e la percezione del diverso – dell'immigrato, del nero, dell'islamico – come nemico, esso deforma il sostrato simbolico della democrazia, che è il sentimento comune dell'uguaglianza e della solidarietà, sostituendolo con il sostrato simbolico dei regimi populistici e autoritari, consistente al contrario nel culto del capo, nel rapporto asimmetrico e gerarchico tra governanti e governati, nella spolticizzazione della società e nella chiusura di ciascuno nei suoi egoismi e interessi privati. Per questo, inversamente, contrastare questi processi, sviluppare forme di solidarietà, di accoglienza e di integrazione e, per altro verso, difendere contro la demagogia populista non soltanto le garanzie penali e processuali ma anche, più in generale, le garanzie dei diritti fondamentali di tutti, a cominciare dai diritti sociali, non vuol dire soltanto difendere e rafforzare la democrazia, ma anche porre in atto la migliore politica di prevenzione e riduzione del crimine e di rafforzamento della sicurezza pubblica.

5. Per una politica penale razionale

Il diritto penale disuguale edificato da queste politiche corrisponde a un capovolgimento della razionalità penalistica. Della capacità preventiva del diritto penale non si può infatti parlare, come fanno di solito i penalisti, in maniera generica e ideologica, come se essa fosse la stessa nei confronti di qualunque tipo di delitto. Occorre invece distinguere e riconoscere, in tema di prevenzione, quello che a me pare un principio teorico elementare, suffragato dall'esperienza. L'efficacia intimidatoria e deterrente del diritto penale e degli inasprimenti punitivi è direttamente proporzionale al grado di esigibilità dell'osservanza delle norme violate. È perciò massima per reati come l'omicidio e le violenze alle persone,

ma anche nei confronti del crimine organizzato, della corruzione, dei delitti dei colletti bianchi e in generale della criminalità niente affatto necessitata dei ricchi e dei potenti, la quale prospera esattamente nella misura della sua impunità. Ma è pressoché nulla per la maggior parte dei reati contro il patrimonio, soprattutto se legati all'indigenza, alla tossicodipendenza o all'emarginazione, e in generale nei confronti della criminalità di sussistenza. *Ad impossibilia nemo tenetur*: quanto più la devianza è provocata da cause materiali, tanto meno è prevenibile con le pene. È perciò soprattutto alla criminalità del primo tipo, oltre tutto ben più grave e minacciosa per la democrazia, che andrebbe indirizzata, perché massimamente efficace, la risposta penale. Accade invece che è quasi solo la delinquenza di strada che è trattata dal diritto penale: basti guardare alle altissime percentuali di neri negli Stati Uniti e, in Europa, di immigrati, tra i condannati e i detenuti. Mentre è chiaro che questo tipo di delinquenza, tanto quanto è originata dalla povertà, dall'insicurezza delle condizioni di vita o dalla tossicodipendenza, non è seriamente prevenibile con le pene, che per quanto severe hanno un valore poco più che simbolico: dei loro inasprimenti, infatti, i loro destinatari di solito non vengono neppure a conoscenza. Con l'ulteriore risultato che proprio l'impotenza del diritto penale nei confronti della criminalità del primo tipo e la sua inefficacia nei confronti di quella del secondo valgono a screditare la giustizia penale e ad accrescere il disagio e la generale sfiducia nel diritto e nelle istituzioni. Ovviamente la risposta penale alla criminalità dei poveri è necessaria. Ma è illusorio affidare ad essa la sua prevenzione, anziché a politiche sociali dirette a ridurre le cause, a cominciare dalla disoccupazione e dalla mancanza di mezzi di sussistenza: come se il diritto penale fosse una bacchetta magica in grado di sopprimere questo tipo di reati solo aggravandone le sanzioni. Giacché non consiste in altro che in questa illusione la "pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra", come scrisse Francesco Carrara un secolo e mezzo fa: che è la stessa "pazza idea" riproposta oggi dal populismo penale sotto lo slogan della "tolleranza zero", tanto suggestivo quanto irrealizzabile.

Aggiungo che l'irrazionalità e la disuguaglianza espressi dalla crisi della legalità e dal crescente carattere classista della giustizia penale sono una causa inevitabile di distruzione dello spirito civico, e perciò un potente fattore criminogeno. Per molteplici ragioni. È innanzitutto un fattore di dissoluzione dello spirito pubblico la percezione dell'ingiustizia di un sistema che punisce i poveri e lascia immuni i ricchi e la grande criminalità economica integrata nel sistema politico. Ma un fattore criminogeno ancor più forte è una politica che si illude ed illude che la prevenzione dei delitti dei poveri possa avvenire con misure penali, anziché con misure sociali; con politiche di esclusione e repressione, anziché con politiche di inclusione e integrazione dei soggetti emarginati. Giacché sempre, in società segnate da vistose disuguaglianze, come è ormai la società italiana, quanti

sono esclusi dalla società civile e legale sono esposti e disposti ad essere inclusi nelle comunità incivili e criminali. E sempre, inversamente, le organizzazioni criminali sono a loro volta disposte a reclutare e ad includere quanti sono esclusi e criminalizzati dalla società civile.

Sono perciò le politiche sociali – la scuola, il pieno impiego, il superamento della precarietà e la stabilità del lavoro, l'assistenza sanitaria e le garanzie dei diritti sociali – le sole politiche di prevenzione in grado di aggredire le cause strutturali di questo tipo di devianza. Purtroppo i principali ostacoli a riforme di questo tipo sono da un lato l'indisponibilità dei governi a investimenti nei servizi e nelle prestazioni sociali e, dall'altro e più ancora, la facile demagogia sui temi della sicurezza e l'uso congiunturale e populistico del diritto penale quali facili fonti di consenso. Ma questo accresce la responsabilità della politica per l'inerzia riformatrice e per il vuoto progettuale: una responsabilità che va al di là dei temi pur vitali della sicurezza e investe sempre più il futuro della convivenza civile e della democrazia.

Si rivela così, sul terreno del diritto penale, la complementarità e la convergenza tra garantismo liberale e garantismo sociale; tra garanzie penali e processuali e garanzie dei diritti sociali; tra sicurezza penale e sicurezza sociale. È l'assenza delle garanzie sociali dell'occupazione e della sussistenza la principale causa della delinquenza dei poveri, inclusa quella della manovalanza criminale, reclutata e sfruttata dalle grandi organizzazioni criminali e da esse esposta alla repressione penale. È questa, infatti, una criminalità subalterna alla grande criminalità organizzata, essendo costituita dalla mano d'opera delinquenziale reclutata dalle grandi organizzazioni criminali, le quali presentano, più di qualunque altra organizzazione imprenditoriale, una stratificazione di classe: i vertici sostanzialmente invisibili e magari integrati nelle classi dirigenti; la mano d'opera sfruttata ed esposta alla repressione penale. In tutti i casi, dove non c'è garanzia dei minimi vitali, non c'è integrazione, bensì esclusione ed emarginazione. Ed ogni forma di esclusione preclude la formazione e lo sviluppo del senso civico di appartenenza e, con esso, la comprensione stessa, prima ancora della condivisione, del valore della legalità: che sono i primi, indispensabili fattori di prevenzione del crimine.

FRANCESCO MORELLI

LE GARANZIE PROCESSUALI NELLA MORSA DELL'AMBIGUITÀ:
CONTRO LA GIURISPRUDENZA DELLE INTERPRETAZIONI MANCATE

SOMMARIO: 1. Il garantismo e la legge. Una premessa metodologica. – 2. Il problema. Norme sconfitte prima dell'interpretazione: le garanzie soffocate dall'ambiguità. – 3. Nessun garantismo senza le regole. – 4. Chi protegge il garantismo? Le regole hanno un ruolo nell'assicurare il rispetto delle regole?

1. *Il garantismo e la legge. Una premessa metodologica*

Il dibattito sulle garanzie nel processo penale, tradizionalmente, passa attraverso molteplici canali di discussione. Essi si intrecciano tra loro, eppure, possono essere distinti ed esaminati separatamente.

Secondo un primo approccio, parlare di garantismo significa affrontare il tema dei diritti e delle tutele di cui gode l'imputato che subisce il processo penale. Non si può fare a meno, in questa prospettiva, di affrontare (e, soprattutto, valutare criticamente) il contenuto delle situazioni giuridiche attive che sono attribuite all'imputato, dalla Costituzione prima, dal codice poi. Esse costituiscono l'apparato di tutele di cui questi deve godere affinché il processo possa dirsi strumento contenitivo e delimitativo del potere statale, che può portare a comprimere la libertà della persona, in forza dell'applicazione della sanzione. Qui conta la sostanza: il diritto alla difesa, la presunzione d'innocenza, la regola del contraddittorio rappresentano – solo per fare degli esempi – alcuni tra gli spazi di tutela dell'imputato che la Costituzione pretende non manchino nella disciplina del processo. Per questo, parlando di garantismo, si può tentare di identificare il contenuto di simili tutele costituzionali, si può verificarne l'attuazione da parte della legge nel (talvolta) inevitabile bilanciamento con gli interessi contrapposti, e si può infine saggiarne lo stato di salute nella prassi e nell'interpretazione giudiziaria. Parrebbe adatto, quindi, intendere il garantismo, in questo senso, come il complesso delle posizioni giuridiche soggettive attive che presidiano l'imputato nel contesto del processo penale.

Esiste, tuttavia, un secondo angolo prospettico dal quale poter apprezzare il senso del garantismo, ed è proprio su questo aspetto del problema che vorrebbe concentrarsi il presente lavoro.

La discussione su tale diverso tema, anche in questo caso vivida, passa sotto l'etichetta del principio di legalità ma, in definitiva, si tratta di un aspetto del discorso sul garantismo, che precede il tema della sostanza dei diritti processuali e si occupa di indagare la modalità con cui essi entrano a far parte del corredo di posizioni attive dell'imputato. È questa un'indagine che può svilupparsi quale che sia il contenuto delle tutele, quale ne sia l'intensità, quale che sia l'esito del bilanciamento legislativo tra i diritti dell'imputato nel processo e gli interessi contrapposti variamente individuabili. Qui, il garantismo può essere inteso non subito come tutela sostanziale¹, ma propriamente come garanzia, ovvero assicurazione circa l'applicazione di una certa tutela dell'imputato, dove ciò che conta non è il *quid* della stessa, ma il fatto che, a prescindere dal suo contenuto, tale protezione sia certa, immancabile; appunto, garantita. Garanzia, quindi, intesa come *assicurazione*, prima che come *protezione*.

Istintivo, si diceva poc'anzi, che considerando questa seconda accezione del garantismo venga in mente il principio di legalità e la soggezione del giudice alla sola legge²: simili principi, nella materia penale, anche processuale, evocano sì la fonte della produzione normativa, che sgorga dal Parlamento, ma soprattutto la sicurezza che la prescrizione recepita dalla legge avrà applicazione nel processo³.

Nella prospettiva adottata da questo lavoro, il garantismo, quale applicazione assicurata della tutela legale, non è estraneo al concetto di legalità, ma non vi coincide del tutto: esso va invece ristretto alla certezza non dell'applicazione della legge in generale ma dell'applicazione della legge che attua (il "come", pur rilevantissimo, qui non importa) una tutela dell'imputato nel processo penale, pretesa dal-

¹ Lo studio del garantismo così inteso è cruciale e non può che nutrire tutta la scienza processuale. Infatti, non si vuole affatto predicare l'indifferenza ai contenuti delle tutele dell'imputato nel discorso sul garantismo. Semplicemente, ciò che ci spinge a fare un passo indietro e occuparci di un altro aspetto del garantismo è un duplice ordine di motivi: anzitutto, osservando la sostanza dei diritti processuali, si apprezzano flessioni in un certo senso fisiologiche delle garanzie, auspicabilmente da contrastare, ma che non ne mettono in discussione il meccanismo di funzionamento. Ad esempio, che le garanzie nel processo diminuiscano ad opera della legge, quasi come un riflesso condizionato, nei momenti in cui esplose il fenomeno terroristico è certamente deprecabile (e spesso censurabile ad opera della Corte costituzionale), ma non mette in discussione il fatto che il giudice debba necessariamente applicare le norme che presidiano posizioni attive dell'imputato. Diverso è, invece, constatare che la legge, valida ed efficace, soffre di mancanze applicative (sporadiche o generalizzate nella prassi) nel singolo processo: questo fenomeno riflette una patologia di sistema ben più grave, perché svela che, per quanto corposa la garanzia processuale prevista dalla legge, essa potrebbe non funzionare e non proteggere alcuno o qualcuno.

² Per l'approfondimento di questo tema si veda il dibattito, *La soggezione del giudice alla legge: un principio ancora attuale?*, in questa *Rivista*, 2007, p. 73 ss.

³ I due significati del principio di legalità sono sinteticamente chiariti da L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, 1990, p. 1 che, già nella retrospettiva sul principio, nota che alla «valenza *garantista* – necessità della previa norma – si accompagnava quella *democratica*: che la norma provenisse da un atto che traesse la sua "forza vincolante dalla volontà dei cittadini"».

la Costituzione e tradotta in legge, o pretesa anche dalla sola legge ordinaria quando offre garanzie ulteriori rispetto al *minimum* di protezione attribuito dalla Carta costituzionale all'imputato. Nell'indagine sul "garantismo" non conviene ignorare questo aspetto, né pare interamente riconducibile al dibattito sulla legalità: non si tratta solo (verrebbe da dire, banalmente) di pretendere che la legge venga applicata, ma di pensare alla protezione legale dell'imputato come un dato certo, quasi ineluttabile e preminente rispetto agli altri, all'interno del singolo processo⁴.

L'idea di fondo di questo lavoro, dunque, è che la crisi del sistema processuale penale non è tanto la crisi della legalità, ma quella del garantismo, nella seconda accezione proposta, ossia della legge quando genera posizioni attive in capo all'imputato⁵.

Questo approccio, di certo non innovativo, permette però di chiarire bene la direzione del discorso.

Anzitutto, non ci si chiederà "cosa" debba prescrivere la legge perché di garantismo si possa parlare. Ma non si prenderà neppure in considerazione il problema dell'interpretazione della legge, dei metodi e delle regole che la presidiano. Il problema, assai complesso, della scelta interpretativa del giudice, che pure condiziona pesantemente l'effettività della tutela prescritta dalla legge, non verrà affrontato perché segue il passaggio, preliminare, dell'approccio del giudice al testo, siccome esso può del tutto mancare ed essere pretermesso con strategie e metodi diversi.

Parimenti non ci si chiederà neppure se e come la legge abbia attivato le protezioni fondamentali per l'imputato nel processo. Il garantismo verrà visto, in sostanza, nel rapporto tra giudice e legge ed anzi, nel particolare momento di quella relazione che si sostanzia nel contatto iniziale con il testo, e non tanto nell'interpretazione che ne segue.

⁴ Non mancano nozioni di garantismo che non si pongono nell'ottica della tutela globale delle posizioni attive dell'imputato – almeno – riconosciute in Costituzione, ma individuano le caratteristiche del processo garantista in profili assai circoscritti: «un processo penale quindi può dirsi possedere connotati garantistici nella misura in cui la sua definizione [...] presenti carattere cognitivo, si fondi cioè sull'accertamento dei fatti»; e tutto si riduce poi a due aspetti della disciplina processuale: le «modalità con cui viene illustrato al giudice e agli altri protagonisti del processo il *thema decidendum*» e gli «altri strumenti cognitivi con cui accertare la veridicità di quanto narrato nell'atto di imputazione» (C. SANTORIELLO, *Garantismo (processo penale)*, in *Dig. disc. pen.*, agg. III, vol. I, 2005, p. 551).

⁵ O, più in generale, che comprime (e non espande) i poteri decisionali del magistrato inquirente o giudicante. Per voler aggiungere un dato statistico a sostegno di questa scelta metodologica si pensi (anche senza l'appoggio immediato di una catalogazione capillare delle massime) a quante soluzioni giurisprudenziali che passano attraverso la torsione del dato normativo creino vantaggi alla posizione dell'imputato, deprimendo l'attività dell'accusa, e a quante, invece, rimuovano ostacoli alla condanna a detrimento delle istanze difensive.

In definitiva, il tema che ci si propone di approfondire, e che sembra decisivo per rifondare il garantismo, è quello della assicurazione legale circa l'applicazione della tutela, del tutto prescindendo dal contenuto della stessa che (in una certa misura) può variare senza che possa cambiare però la certezza della sua applicazione. Chiamando in causa i protagonisti di questa dinamica (giudice e legge)⁶, non importano molto le scelte interpretative della disposizione che il giudice compie, ma l'atto (mancato) del giudice di prendere in considerazione il testo, di affrontarne (quale che sia l'esito) la lettura e l'interpretazione⁷.

⁶ «Perché non provare a spostare l'asse del dibattito dal piano dei rapporti tra giudice e legislatore a quello dei rapporti tra giudice e legge?»; così F. PALAZZO, *Intervento in AA.VV., Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 5, nell'intento, si crede, di accantonare gli aspetti più politici della crisi della legalità, e di iniziare a rivolgere lo sguardo ai suoi profili tecnici.

⁷ Sia che si parli di interpretazioni mancate che di fedeltà apodittica al testo di legge, o solo di quella che il giudice ha eletto a norma regolatrice del caso ignorando il resto del tessuto normativo (pratiche che spesso coincidono nei risultati, per vero), ciò che dovrebbe spaventare il giurista è sempre l'assenza di dibattito sulle interpretazioni, come ben ricorda F. PALAZZO, *Intervento*, cit., p. 4: «l'interpretazione della legge – dopo la scoperta del mito della sua avalutatività – continua però a praticare ingiungenti che dietro l'apparenza di argomentazioni testuali aprono ad esigenze sostanziali, senza mai osare prospettare l'interrogativo, scientifico e politico, di nuove tecniche interpretative». Infatti, è ovvio che la scelta di non affrontare la lettura di un testo può entrare nella dinamica dell'interpretazione, sicché si potrebbe dire che già la selezione delle disposizioni rilevanti è interpretazione. Come osserva R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Milano, 2013, pp. 54-55, 66: «alla fine, quello che il giudice si trova ad applicare non è il "testo", ma qualcosa che assomiglia di più a un puzzle. Date le circostanze, il procedimento che serve ad individuare il testo "da applicare" è così intimamente connesso al processo di interpretazione del testo stesso che i due tendono a sovrapporsi. [...] l'interprete esercita una influenza tanto inevitabile quanto imprevedibile sull'oggetto della sua interpretazione». E, secondo l'Autore, non tutti questi passaggi sono suscettibili di spiegazione: «ciò che la motivazione di una decisione può fare è spiegare come e perché l'interprete ha raggiunto una certa conclusione, oppure come ha trattato una norma specifica dai testi in vigore e considerati rilevanti. Ma come le uova rotte non possono ritornare intere, un giudice non può riuscire a "ricreare" esattamente il complesso delle informazioni che lo hanno guidato alla conclusione. Né potrebbe attribuire l'esatto peso argomentativo a ogni fonte che ha influenzato la decisione, sia o meno menzionata nella motivazione». Questo discorso inquadra lucidamente la dimensione non intelligibile (o entropica, come direbbe l'Autore) del processo da cui scaturisce la regola del caso concreto. Ma se qualcuno pensasse di ricavarne l'assunto per cui ogni scelta in ordine al testo normativo è possibile e legittima sbaglierebbe di grosso e incorrerebbe nelle fondate critiche che U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 567, rivolge al giurista humpdidumpiano, ossia quello che, nel momento in cui interpreta, «comanda sopra i segni e può dar loro il significato che vuole», tenendo (come rileva M. NOBILI, *Crisi della motivazione e controllo democratico della giurisdizione*, in *Critica dir.*, 1997, p. 123) «nascosto dietro le quinte» ciò che indica «i reali fini perseguiti» con il provvedimento. Certo che l'interpretazione (ma, già prima, la selezione) dei testi è condizionata da elementi non tutti rintracciabili nella motivazione, ma quella selezione deve guardare alle fattispecie normative, anzitutto, e affrontarne la valutazione critica. Se non si accetta questo vincolo, l'interpretazione scompare, e serve solo a nascondere l'arbitrio, che esiste e non è uno dei modi di interpretare il testo. Infatti, lo stesso R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., significativamente, si sente, per così dire, rassicurato

2. Il problema. Norme sconfitte prima dell'interpretazione: le garanzie soffocate dall'ambiguità.

La scissione del concetto di garantismo in due fondamentali significati, distinti ma ben connessi tra loro, non rappresenta un'opzione metodologica particolarmente innovativa, eppure, pare adatta a fotografare il problema attuale delle garanzie nel processo penale, ossia la libertà del giudice nella selezione dei testi da interpretare. È da questo punto, sembra, che conviene partire per riconsiderare il valore ed il ruolo delle garanzie nel processo penale, intese proprio come tutele *assicurate* all'imputato, ossia di certa applicazione nel corso del processo.

Il meccanismo che consente di superare la legge, e quindi la relativa garanzia, vede sempre in azione un fattore esterno alla norma applicabile (un principio non scritto ricavato dal sistema, principi ricavabili dalla giurisprudenza delle Corti europee⁸, regole scaturite da fonti di autoregolamentazione come le circolari interne agli uffici giudiziari, doveri inderogabili ricavati non da norme, ma da "funzioni" della magistratura⁹, persino un fatto materiale): questo non apre quasi mai la strada ad un percorso argomentativo in grado di condurre alla soluzione sul "diritto applicabile" che tenga conto di ogni possibile interferenza normativa concorrente con la legge nel regolare il caso. Questi elementi (talvolta intrusi, altre volte legittimi attori della scena) portano spessissimo all'esito unico della non applicazione della legge posta a garanzia dell'imputato: semplicemente, il procedimento fa il suo corso e non è permesso di interferire agli "ostacoli" dovuti alla protezione di chi deve difendersi dall'accusa. Null'altro: non si tratta, quindi, di applicare regole diverse, o di ricavarle dalla mescolanza tra le garanzie legali e le regole che discendono dall'inevitabile incursione di altre fonti, di sostituire alla legge il diritto che si ricava dai nuovi percorsi dell'interpretazione nella accresciuta complessità del sistema normativo. Si tratta semplicemente di rintracciare elementi che consentano di non applicare, meglio "non leggere", le norme poste a garanzia

proprio dalle regole processuali: «il giudice tratta ogni caso nei limiti del suo oggetto e *rigide regole processuali* restringono la conoscenza del giudice a ciò che è *pertinente al caso di specie*» (p. 72 e anche 105, corsivi miei); e questa affermazione vale per i fatti del processo, ma anche per le disposizioni che regolano le condotte descritte nell'imputazione e l'*iter* processuale. Ciò che questo lavoro intende affrontare non è la difficoltà esegetica nell'individuare il testo rilevante, ma il metodo, sistematicamente diffuso, di non dare applicazione ad una norma che pur non viene considerata irrilevante. In tutti i casi che si esamineranno, infatti, non sarà mai messo in discussione dal giudice che la norma posta a garanzia dell'imputato sia applicabile; ne verranno semplicemente disinnescati gli effetti giuridici sebbene gli elementi costitutivi della fattispecie ricorrano tutti.

⁸ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, specialmente p. 22 ss., e p. 34 ss.

⁹ Quella di accertare la colpevolezza, ad esempio, che le regole sul rito lo consentano o meno.

dell'imputato, ossia di epurare il procedimento da taluni di quei momenti di protezione, senza elaborarli o rimodellarli, ma semplicemente eliminandoli.

Qualche esempio¹⁰.

La Corte di cassazione esclude l'applicazione di una norma inevitabilmente applicabile quando afferma: «Anche a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 32, con cui è stata data attuazione alla direttiva 2010/64/UE sull'assistenza linguistica, è legittima la convalida dell'arresto dello straniero alloglotta, senza che si sia previamente proceduto al suo interrogatorio per l'impossibilità di reperire tempestivamente un interprete, ricorrendo in tale eventualità un caso di forza maggiore che non impedisce la decisione del giudice sulla legittimità dell'operato della polizia giudiziaria»¹¹.

Nessun percorso interpretativo, quindi, anzitutto dell'art. 143 c.p.p. che, come la stessa Corte ricorda, ha imposto, in attuazione della Direttiva UE 2010/64, l'assistenza per l'imputato di un interprete al fine di «seguire il compimento degli atti e delle udienze cui partecipa» e «per le comunicazioni con il difensore prima di rendere interrogatorio». E nessuna interpretazione dell'art. 178, comma 1, lett. c, c.p.p., che sanziona le mancanze che dovessero manifestarsi in questo ambito con la nullità dell'atto, poiché simile garanzia è senz'altro posta al fine di realizzare la partecipazione dell'imputato al processo e di renderne possibile l'assistenza¹².

Queste due norme non sono poste in discussione (le norme sulla nullità non sono neppure nominate nell'intero provvedimento) e la loro portata applicativa esce intatta dalla sentenza. Soltanto, la Corte di cassazione innesta un elemento di fatto, la “forza maggiore”, connessa con la “funzione” del magistrato (quella di accertare la legittimità dell'azione della polizia giudiziaria), che mette fuori gioco i testi, e non certe loro interpretazioni. Nonostante quelle norme siano applicabili al caso e tale garanzia debba tutelare l'imputato nel frangente dell'udienza di convalida e dell'interrogatorio, a pena di nullità, ciò non accade e quella protezione non assiste più l'imputato senza che ne derivino conseguenze processuali. Causa di simile esito è l'introduzione di un elemento di fatto, la forza maggiore, che non si rintraccia nella fattispecie di alcuna norma applicabile all'ipotesi considerata. Esso non orienta in un certo modo l'interpretazione del testo, ma ne impedisce l'approccio. Il procedimento prosegue come se gli artt. 143 e 178,

¹⁰ Si tratta di una giurisprudenza che meriterebbe di essere catalogata e razionalizzata sebbene, come ben s'intuisce, tagli trasversalmente tutto il processo penale. Ai nostri fini, basteranno pochi esempi, utili solo per cogliere i metodi.

¹¹ Cass., IV, 15 gennaio 2015, P.M. in proc. Baatar e altro, Ced. rv. 262034.

¹² Sulle garanzie linguistiche dell'alloglotta, D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Milano, 2002, p. 233 ss e 393 ss. individuava una nullità generale a protezione delle garanzie linguistiche dell'imputato anche prima che l'art. 143 c.p.p. fosse modificato ad opera del d. lgs. 4 marzo 2014, n. 32. All'Autrice si deve la segnalazione di questa giurisprudenza e degli altri atti inerenti a tale specifica tutela che verranno presi in considerazione nel prosieguo del lavoro.

comma 1, lett. c, c.p.p. non esistessero¹³. Per evocare una felicissima metafora, che negli ultimi anni ha ben inquadrato le difficoltà interpretative attuali e gli esiti applicativi spesso non divisibili che esse determinano, non abbiamo “un giudice nel labirinto”, né un giudice che ne evade sorvolandolo a mo' di Icaro¹⁴; qui il giudice semplicemente non entra nel labirinto.

Non ne varca le soglie neppure il giudice che afferma: «Non può trovare applicazione la legge penale modificativa più favorevole entrata in vigore dopo la sentenza della Corte di cassazione che dispone l'annullamento con rinvio ai soli fini della determinazione della pena, ma prima della definizione di questa ulteriore fase del giudizio, poiché i limiti della pronuncia rescindente determinano l'irrevocabilità della decisione impugnata in ordine alla responsabilità penale ed alla qualificazione dei fatti ascritti all'imputato»¹⁵. Apparentemente più controllato, il percorso argomentativo del giudice, anche in questo caso, non affronta il nodo interpretativo cruciale. L'assunto è chiaro: per l'art. 624 c.p.p. la sentenza ha «autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata», e la Corte di cassazione indica, nella sentenza di annullamento con rinvio, quali parti del provvedimento cassato diventano «irrevocabili». Dunque, intervenuta una legge modificativa in senso favorevole della fattispecie penale dopo l'annullamento con rinvio, essa non può influire sul giudizio, siccome la “parte” della sentenza che prende posizione sull'*an* della responsabilità ha già «autorità di cosa giudicata». Dunque, poiché l'art. 2 c.p. fissa nella pronuncia della «sentenza irrevocabile» il limite oltre il quale non rileva una norma penale solo modificativa, non può essere applicata la fattispecie incriminatrice più mite nel giudizio di rinvio che debba occuparsi solo della quantificazione della pena. A fronte di simile ragionamento¹⁶, sembra che l'estromissione dalla sfera giuridica dell'imputato della garanzia basilare offertagli dalla legge penale derivi proprio dalla scelta di soffermarsi a lungo sull'interpretazione dell'art. 624 c.p.p., senza

¹³ Rilievi simili, a proposito dell'art. 111, comma 4, Cost., si trovano nell'intervento di D. NEGRI nella tavola rotonda su “*Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice*”, in questa *Rivista*, p. 219 ss., per il quale, talvolta, la Corte di cassazione decide come se quella regola non esistesse, ignorandola del tutto.

¹⁴ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., specialmente p. 22 ss., e p. 34 ss. per l'efficace allusione a Icaro, come monito a non voler eludere il problema delle difficoltà interpretative agganciandosi a principi o, peggio, a valori, che permettano di “sorvolare”, invece di percorrere, il labirinto.

¹⁵ Cass., S.U., 27 marzo 2014, C., in Ced. rv. 258654, e anche in *Giur. it.*, 2014, p. 1224; qui la commenta, in ordine ad altri profili ma evocando già nel titolo la compressione di diverse garanzie fondamentali dell'imputato, G. SPAGHER, *Un'altra violazione del divieto di reformatio in peius (...e non solo)*, p. 1231, il quale fa un cenno a questa giurisprudenza, proprio in tema di preclusioni, anche in G. SPAGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015, p. 131.

¹⁶ Il quale suscita, già di per sé, molteplici perplessità, soprattutto in ordine alle determinazioni chiare di Corte E.D.U., sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* e all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

mai affrontare la lettura critica della reale norma di riferimento, cioè quella che pone la garanzia: l'art. 2 c.p. Non è una determinata lettura di questa disposizione che orienta la decisione: questa è permessa, nei suoi contenuti specifici, dal fatto che il significato del sintagma «sentenza irrevocabile» nell'art. 2 c.p. non venga mai né chiarito né esplicitato. Infatti, il senso che la Cassazione attribuisce al termine «irrevocabile» sta sempre e tutto nell'art. 624 c.p.p., che ovviamente non si occupa affatto della garanzia sostanziale offerta all'imputato quando sopravvenga una fattispecie incriminatrice più mite¹⁷. E ciò viene svelato dalla stessa Corte, quando individua (forse inconsapevolmente) proprio il punto cruciale della questione: «il riconoscimento della autorità di cosa giudicata, enunciato, in tema di annullamento parziale, dall'art. 624 c.p.p., con riferimento alle parti della sentenza che non hanno connessione essenziale con la parte annullata, non si riferisce né al giudicato cosiddetto sostanziale, né alla intrinseca idoneità della decisione ad essere posta in esecuzione, ma soltanto all'esaurimento del potere decisorio del giudice della cognizione». Ma la Corte non esplicita mai se l'art. 2 c.p., al contrario, faccia riferimento proprio a quei diversi significati del termine «irrevocabilità» che sono esclusi dall'art. 624 c.p.p., invocando solamente, quindi, il passaggio in giudicato dell'intera sentenza.

Ancora una volta, la violazione della legge (art. 2 c.p.) che annulla la garanzia non passa attraverso un'interpretazione che supera i limiti semantici della disposizione o che si serve di metodi fallibili. Essa, invece, passa dal non detto: la lettura critica della norma che regola la fattispecie è semplicemente evitata in modo radicale, e la Cassazione non giustifica in alcun modo questa scelta.

Allo stesso modo, la lettera della legge posta a protezione dell'imputato cade, senza la pur minima disputa interpretativa, se fattori esterni orientano i comportamenti del singolo giudice. Sempre in materia di garanzie linguistiche, il Presidente del Tribunale e il Presidente della Corte d'Appello di Milano hanno elaborato delle linee guida, sotto la forma della «raccomandazione». Sebbene, in attuazione della direttiva UE 2010/64¹⁸, l'art. 143, comma 2, c.p.p. pretenda la traduzione delle sentenze se l'imputato è alloglotta, tali raccomandazioni prescrivono, ad esempio, la traduzione della sentenza di patteggiamento «solo se richiesta e-

¹⁷ In tutto il provvedimento, infatti, non si usa mai l'espressione «sentenza irrevocabile», ma se ne adottano sempre di diverse: «sentenza ormai irrevocabile sul punto», «sentenza definitiva sul punto», «porzione qualificante della sentenza non annullata che assume i connotati del giudicato», «intangibilità della porzione di risultato raggiunta». E ciò accade sebbene l'art. 2 c.p. blocchi la garanzia dell'applicazione della legge favorevole solo al cospetto di una «sentenza irrevocabile».

¹⁸ La quale pretende anch'essa, all'art. 3, comma 2, la traduzione delle sentenze, senza alcuna condizione.

spressamente dall'imputato»¹⁹. Qualora simili testi orientassero ed uniformassero il comportamento di tutti i giudici degli uffici in questione, a fronte di una sentenza di patteggiamento sarebbe vana ogni proposta di semplice lettura dell'art. 143 c.p.p., senza neppure il bisogno di una interpretazione che ne limiti la portata. Quella prescrizione sarebbe semplicemente superata, ed al giudice sarebbe permesso di evitare persino la ricerca di un suo significato normativo. Non si farebbe questione se quella norma imponga o meno la traduzione di tutte le sentenze, poiché è pacificamente così; la norma sarebbe semplicemente ignorata a favore di una soluzione alternativa imposta in via di prassi.

Non sembra un fenomeno diverso quello per cui, spesso oramai, quando ricorrono determinate nullità, il giudice non le dichiara se, in concreto, pur essendo stata indiscutibilmente violata la norma, non si ravvisi un «pregiudizio effettivo» alle posizioni dell'imputato «astrattamente» tutelate dalla legge²⁰. Anche in questo caso, non è pensabile che ci si trovi di fronte ad una ricostruzione interpretativa del sistema delle invalidità; esso è semplicemente disinnescato dal rifiuto di trarre dall'integrazione della fattispecie processuale le inevitabili conseguenze giuridiche, giustificato dall'introduzione di un elemento di sistema, se così si può chiamare, che il medesimo sistema non contempla. Ancora una volta, tutto si regge su una notevole ambiguità: una fattispecie normativa, integrata in tutti i suoi elementi, non produce tuttavia le conseguenze previste. Così, in sostanza,

¹⁹ Punto III lett. C della «raccomandazione» in oggetto. Per l'intero testo si veda *Le linee guida del Tribunale e della Corte di Appello di Milano in materia di interpretazione e traduzione nei procedimenti penali*, in www.penalcontemporaneo.it, 19 giugno 2014.

²⁰ Per esempio si veda Cass., S.U., 29 settembre 2011, Rossi, in Ced rv. 251497 che scatenò un acceso dibattito in dottrina, negando la nullità per violazione dei diritti difensivi a fronte della mancata attribuzione dei termini ex art. 108 c.p.p., poiché la continua sostituzione del difensore da parte dell'imputato assumeva i connotati di una condotta processualmente scorretta. Sul punto, si veda, tra gli altri, F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444 ss., il quale, una volta escluso che fosse possibile non rilevare la nullità, propone soluzioni alternative volte a scongiurare l'«abuso» basate sull'interpretazione dell'art. 108 c.p.p. Ma espressione del medesimo disegno è quella giurisprudenza, oramai granitica, per cui la nullità, generale (ma al contempo espressamente prevista all'art. 522 c.p.p.) che colpisce la sentenza che condanna per un fatto diverso da quello previsto nell'imputazione, non va riconosciuta se l'imputato abbia effettivamente avuto occasione di difendersi sulle circostanze della diversità del fatto poi recepito in sentenza. Da ultimo, Cass., V, 16 settembre 2014, Sommariva in Ced rv. 261420. A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, p. 151, ritiene, senza mezzi termini, che debba essere l'art. 111, comma 1, Cost. a dover «espellere dall'area del costituzionalmente consentito il recidivante impiego della teorica del c.d. «pregiudizio effettivo»». Per una riflessione generale, che punta al ripensamento delle invalidità processuali, non potendosi più prescindere dal nuovo paradigma incentrato su criteri sostanzialistici di valutazione, M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali*, Bologna, 2012, spec. p. 174 ss.

l'interprete che opera nel processo dovrà giocoforza fare sempre meno affidamento sul meccanismo stesso su cui si regge la forza precettiva della legge²¹.

Anche i principi introdotti dal diritto europeo o dalle sentenze della Corte E.D.U. o della Corte di Giustizia sarebbero idonei a fungere da "ponte", sì che il giudice possa passare sopra le disposizioni nazionali e non valutarne interpretazione, significato e forza precettiva²². Anche in questo caso, le fonti superiori possono essere usate come strumenti dal giudice nazionale per omettere l'atto interpretativo, come sopra s'è detto. In realtà, sono molto più frequenti i casi in cui è l'interpretazione combinata delle due fonti (europea e nazionale) che desta perplessità e giunge ad esiti a volte non condivisibili²³. Se, ad esempio, si considera la giurisprudenza della Corte E.D.U. in materia di dichiarazioni rese da persone con cui non è stato possibile instaurare il contraddittorio, si nota poi come simili decisioni siano usate dal giudice italiano per provocare flessioni notevoli della disciplina probatoria interna. Si deve alle Sezioni Unite della Corte di cassazione l'assunto per cui, quando un testimone si sia volontariamente sottratto all'esame,

²¹ Pur essendo il giusto processo, val la pena di ricordarlo, «regolato dalla legge» (art. 111, comma 1, Cost.).

²² Inquadra bene il fenomeno S. ALLEGREZZA, *Il "caso Pupino": profili processuali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi, V. Manes, Bologna, 2007, p. 74: è «proprio l'interazione fra ordinamento comunitario e giustizia penale [...] a creare ulteriori frizioni: ai giudici nazionali si chiede di abbandonare lo schema piramidale classico del diritto penale e di adottare un sistema reticolare, in cui la norma di riferimento è il precipitato, dai contenuti talvolta fluidi, dell'interpretazione fra fonti interne e fonti sovranazionali». Le «relazioni pericolose» tra diritto interno e diritto europeo sono ben inquadrate da molti autori, i quali si soffermano su aspetti di volta in volta diversi delle dinamiche interpretative, mettendo tutti in luce, però, i rapporti tra norma nazionale e norme europea, le quali quindi sono comunque sempre entrambe considerate nell'operazione esegetica. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit.; di recente, con felice sintesi, R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit.; e, in particolare sul processo penale, tra i tanti, P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2009, p. 3 ss.; D. NEGRI, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1229; S. ALLEGREZZA, *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sul diritto processuale penale*, in *L'incidenza del diritto dell'unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, a cura di L.S. Rossi-G. Di Federico, Napoli, 2008, p. 345 ss.

²³ Accadde con le sentenze Cass., I, 12 luglio 2006, Somogyi, Ced rv. 235035 e Cass, I, 12 luglio 2006, Dorigo, Ced rv. 235447, che dichiararono "ineseguibile" il giudicato di condanna a fronte della violazione, accertata dalla Corte E.D.U., sent. 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, o, in uno di questi casi, da *Rapport de la Commission*, 9 settembre 1998, (*Requête* n. 33286/96) come rileva D. NEGRI, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, cit., p. 1229, senza che alcuna norma di diritto interno lo consentisse. Ma è facile notare che qui a cadere fu il giudicato di condanna, mettendoci del tutto fuori dalla prospettiva dell'attacco giudiziale al garantismo. Tuttavia, fu il procedimento interpretativo (se si vuol chiamar così), a destare fondate preoccupazioni (tanto che quell'Autore intitolò evocativamente il primo paragrafo di quello scritto "*Timeo Danaos et dona ferentes*") poiché – in piena sintonia con il fenomeno che qui si cerca di criticare – il giudice rimosse quei giudicati in assenza di «un'apposita fattispecie rituale» (p. 1231).

il giudice deve verificare l'esistenza di riscontri probatori alle sue dichiarazioni, che altrimenti non potranno assumere alcun valore probatorio²⁴. Dunque, il divieto d'uso recepito dall'art. 526, comma 1 *bis*, c.p.p. (che genera, in realtà, dall'art. 111, comma 4, Cost.) non vale più ad escludere la prova fornita da chi rifiuta il confronto, ma serve solo a non fare di simili fonti l'elemento conoscitivo preponderante: il criterio – estraneo alla norma codicistica e costituzionale – è usato dalla Corte E.D.U. nella valutazione dell'equità del processo secondo l'art. 6 C.E.D.U., e non è in alcun modo imposto agli ordinamenti nazionali quando, come il nostro, prevedano una più ampia tutela del contraddittorio, che passi attraverso il divieto di valutare quelle fonti, per quanto affiancate da altri elementi conoscitivi del medesimo segno²⁵. Eppure, evitando sforzi esegetici che potessero giustificare davvero quella decisione²⁶, la Cassazione "importa" la regola meno garantita, innestandola semplicemente sull'art. 526, comma 1, *bis* c.p.p. il quale esige invece l'esclusione di certe prove, a prescindere dalla configurazione del resto della piattaforma probatoria²⁷.

Volgendo lo sguardo al resto della giurisprudenza, tuttavia, va notato come, di solito, le acrobazie interpretative – e, talvolta, il totale accantonamento di una fattispecie normativa processuale – fungano da (pur discutibile) mezzo per attribuire, e non togliere, all'imputato le garanzie previste in sede europea²⁸.

È la combinazione del diritto europeo con la norma interna che porta quest'ultima ad una notevole torsione interpretativa e a soluzioni talvolta distanti dal modello legale disegnato dal diritto interno. Ma, in simili ipotesi, è un problema, spesso, di ardua gestione della pluralità delle fonti – che pure porta a risultati

²⁴ Cass., S.U., 25 novembre 2010, De Francesco, in Ced rv. 250197 ma quest'affermazione torna nella giurisprudenza più recente (Cass., V, 22 dicembre 2014, Capozzo, in Ced rv. 261825).

²⁵ Nei riguardi dell'Italia la Corte E.D.U. si è espressa in questi termini con sent. 13 ottobre 2005, Bracci c. Italia, e sent. 19 ottobre 2006, Majadallah c. Italia.

²⁶ È una motivazione «particolarmente faticosa, oscura», come rileva M. L. Busetto, *Il dibattimento penale*, Trento, 2012, p. 51.

²⁷ Penetrante l'analisi di M. L. Busetto, *Il dibattimento penale*, cit., p. 51 ss. il quale esprime chiaramente il fenomeno, più che di interpretazione, di trasfigurazione normativa che subisce l'art. 526, comma 1 *bis*, c.p.p.: «La Corte di cassazione interpreta, applica [...] l'art. 526, comma 1 *bis*, c.p.p. *come se* non prevedesse un caso di inutilizzabilità» (corsivo mio).

²⁸ E tuttavia, non vanno dimenticati i rischi connessi al metodo, che con questo lavoro s'intende criticare, di crear regole senza fattispecie. Oltre al monito, testé ricordato, di D. NEGRI, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, cit., p. 1229, si veda, più di recente, l'osservazione generale di G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, cit., p. 131: «Non può del tutto escludersi che il riconoscimento a livello europeo della violazione dei diritti (ad un giusto processo) spettanti alle vittime del reato che abbia condotto ad un proscioglimento dell'imputato non possa indurre i giudici europei – percorrendo l'itinerario del passato e superando quindi la logica risarcitoria – a ritenere necessaria la riapertura del processo, aprendo le strade ad una revisione *in malam partem*».

comprensibilmente imprevedibili e spesso non soddisfacenti²⁹ – e non di disapplicazione “secca” della norma che pone la garanzia³⁰.

In ogni caso, non vanno addossate troppe responsabilità al diritto di provenienza europea: rispetto alla diffusa pratica di “non leggere la legge”, esso si potrebbe porre quale uno dei possibili fattori da introdurre nel ragionamento per scalzare la norma, ma di certo non determina il problema, che pare tutto interno, e non sembra aggravarlo particolarmente³¹.

In tutti i casi descritti, le garanzie legali, annullate dall’ambiguità³², cadono in modo dolce e silenzioso. Diventa quindi assai difficile che possano risollevarsi,

²⁹ Ad esempio, della dinamica tra le decisioni della Corte E.D.U. e diritto interno si occupa, tratteggiandone le linee generali, P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell’impianto dell’art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, cit., p. 3 ss. In materia di diritto europeo, in relazione alla disciplina nazionale del processo, S. ALLEGREZZA, *L’incidenza del diritto dell’Unione europea sul diritto processuale penale*, cit., p. 345 ss. e in particolare, p. 368 ss.

³⁰ Accadde con la vicenda dell’estensione delle ipotesi di incidente probatorio oltre i limiti dell’art. 392 c.p.p., sospinta, a tutela di soggetti particolarmente vulnerabili, da Corte Giust. UE, 16 maggio 2005, Pupino, seguita poi da alcune sentenze della Corte di cassazione che ammettevano quell’allargamento proprio in forza della decisione del giudice europeo, come Cass., VI, 11 marzo 2008, Messina, in Ced. r.v. 240321. Sebbene il *vulnus* alla tassatività della prescrizione interna fosse evidente e – va detto – non fosse neppure estranea a questa soluzione una certa diminuzione delle garanzie dell’imputato in ordine alla formazione dibattimentale della prova, l’esito scaturì da una certa lettura della norma interna, non del tutto scalzata, ma combinata con le statuizioni della Corte di giustizia. Sul punto, tra i tanti, S. ALLEGREZZA, *Il “caso Pupino”: profili processuali*, p. 53 ss. e M. CAIANIELLO, *Il caso “Pupino”: riflessioni sul nuovo ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla Corte di Giustizia*, p. 89 ss., entrambi in *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, cit. Quest’ultimo, poi, si sofferma proprio sui limiti che incontra il giudice nell’adattare la propria interpretazione alle fonti dell’Unione (p. 97 ss.).

³¹ Interpellando le banche dati in cui è raccolta la giurisprudenza non è facile imbattersi in una garanzia interna del tutto messa fuori gioco ad opera soltanto del diritto dell’Unione direttamente applicabile o dei principi derivati dalle sentenze delle Corti europee. Come testimonia la vicenda che ha riguardato la confisca in assenza di condanna, è stata la nostra Corte costituzionale (sent. 14 gennaio 2015, n. 49), ad esempio, a degradare la presunzione d’innocenza, anzitutto scolpita nell’art. 27, comma 2, Cost., e poi nell’art. 6, comma 2, Conv. E.D.U., chiaramente affermata, invece, dalla Corte E.D.U. (Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*, Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*). Per una sconsolata considerazione generale D. NEGRI, *Delle procedure penali criminali: parte della legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, p. 3950, il quale nota come «l’attacco al paradigma tradizionale del processo governato dalla legge sia cominciato ben prima che il fenomeno dell’egemonia giudiziaria vestisse l’abito soffice e seducente dell’europesismo penale».

³² Che la tensione tra la legge ed il giudice sia concettualmente e storicamente riferibile all’ambiguità emerge in modo chiaro da un’illuminante pagina di M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 185: «si danno buoni sistemi costruiti sul primato (della qualità) del giudice ed altri, basati invece sul primato della legge. [...] Tuttavia oggi, in Italia, registriamo una sfasatura: nell’effettività ci si spostati assai vistosamente verso il primo dei due sistemi (il governo di uomini), ma nell’ambito di una intelaiatura, di una struttura organizzativa ed istituzionale, di un approccio alle questioni, rimasti “come se” l’apparato penale fosse ancora del tutto il “governo della legge”. La macchina vien dunque presentata, giustificata, organizzata secondo

poiché si spegne ogni dibattito o controversia interpretativa che tenga vivo il tema. Sarebbe più rassicurante un'interpretazione sbagliata o discutibile dei testi; una lettura palesemente errata si offrirebbe al contrattacco argomentativo³³ e la questione resterebbe dibattuta e sempre passibile di nuove soluzioni³⁴. La ferita più pericolosa per le garanzie sta nei silenzi e nell'ambiguità della giurisprudenza; gli attacchi frontali alle disposizioni poste a tutela dell'imputato sono, dunque, di certo preferibili³⁵.

3. Nessun garantismo senza le regole

Le dinamiche appena descritte non manifestano, dunque, un calo di garanzie contestualizzato in un disegno normativo o interpretativo. Banalmente, esse attestano la "scomparsa" di talune prescrizioni dalla disciplina processuale, che sono improvvisamente sottratte dal corredo di norme a tutela dell'imputato se il giudice del processo le veda, invece, come ostacoli ad un certo modo di procedere, o

quest'ultimo modello, mentre per molti versi funziona con la prevalenza di quel "contro-potere", postulato come di per sé affidabile. Forse sta proprio qui il vero nodo problematico.

³³ Per cogliere l'importanza del contributo argomentativo delle parti nel processo si veda il saggio di R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, 4ª ed., Torino, 2010, p. 3 ss.

³⁴ Che il dibattito, quale che sia il suo esito, sia sempre preferibile a silenzi o arroccamenti su certi testi (che determinano silenzi su altri testi o su altri elementi dell'interpretazione) emerge bene dalle poche parole di F. PALAZZO, *Intervento*, cit., p. 5: «perché, insomma, non provare a riflettere sul fatto che certezza ed eguaglianza potrebbero essere assicurate meglio dalla visibile corposità di argomentazioni valutative che dal fragile schermo di un legalismo testuale?». Mettere sul campo tutti i fattori che influenzano la ricerca della regola del caso, includendo i testi di legge e le esigenze che oggi portano il giudice ad ignorarli, porterebbe di certo a soluzioni scopertamente problematiche, ma frutto di un dibattito che lascia comunque vive tutte le esigenze rilevanti.

³⁵ Anche se in questo lavoro non ci si occupa, programmaticamente, delle garanzie comprese ad opera del legislatore, occorre evidenziare come pure la legge preferisca l'ambiguità alla negazione per sottrarre garanzie al soggetto. Un esempio si può ricavare osservando come soffochi spesso la presunzione d'innocenza nelle pieghe delle formule di proscioglimento. Il tema, oggetto di studi precedenti, è approfondito in F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, 2014, p. 434-437. Purtroppo, il medesimo metodo di annullamento delle garanzie è adottato dalla Corte costituzionale; si veda la sent. 14 gennaio 2015, n. 49 sulla quale V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 aprile 2015. Molto precisamente, l'Autore intravede un «corto circuito garantistico» (p. 27) nell'elemento che, secondo la Corte costituzionale, legittima la confisca: «l'accertamento della colpevolezza individuale [...] che dovrebbe trovar spazio anche in una sentenza di proscioglimento» (p. 24). Per l'appunto, un elemento connotato da una strutturale ed ineliminabile ambiguità, soprattutto se si tiene conto che la sentenza non affronta mai il tema dei limiti e degli effetti della presunzione d'innocenza posta dall'art. 27, comma 2, Cost. che, «sino alla condanna definitiva» assiste l'imputato.

ad un certo contenuto dell'accertamento³⁶. Ciò produce due effetti immediati sulla posizione dell'imputato.

Da un lato, viene meno la tutela assicurata dalla legge. Nell'agone processuale, l'accusato perde *chances* dal contenuto preciso, o patisce *deficit* di protezione, dovendo subire proprio quelle conseguenze che le garanzie processuali invece scongiurerebbero.

Ma, dall'altro lato, accade qualcosa che – paradossalmente – è molto più grave, poiché avvolge di nebbia tutto il percorso che l'imputato deve intraprendere: quando la disciplina viene così modulata nei suoi contenuti, e la tutela dell'imputato cade senza neppure che la relativa disposizione venga affrontata e interpretata, diventano del tutto imprevedibili gli sviluppi del processo. Se la garanzia non è assicurata all'imputato, e questi non sa se ciò che la legge dispone avrà concreto effetto nella sua vicenda processuale, diventa impossibile pianificare strategie, scegliere uno tra più possibili percorsi difensivi, in definitiva, modellare l'intera attività processuale che gli compete.

La corrente giurisprudenziale per cui resta non applicata la nullità della sentenza che condanni per un fatto diverso rappresenta un buon esempio di quanto si cerca di esprimere³⁷. La nullità, secondo la Cassazione, non esplica effetti quando l'imputato si sia comunque difeso in ordine ai fatti materiali che avrebbero dovuto essere riversati in una nuova imputazione. Ebbene, basta scorrere le massime raccolte sul punto per avvedersi che ogni imputato, in definitiva, argomenta e adduce prove sulle circostanze del fatto che il dibattimento riveli oltre i confini dell'imputazione; ma, poi, deduce sempre la nullità della sentenza che lo condanni per il fatto diverso mai contestato. Del resto che fare? Un passo indietro nel contraddire su elementi di fatto non recepiti dall'accusa potrebbe essere fatale se poi quella nullità non intervenisse a togliere di mezzo una sentenza che non corrisponda all'imputazione. Tuttavia, una difesa effettiva su quegli stessi elementi sarebbe da un lato imprudente (perché scongiura l'invalidità, pur pre-

³⁶ M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in *Ind. Pen.*, 1997, p. 32 introduce un elemento che aiuta a spiegare bene una crisi così radicale della legalità processuale: «ci si è spostati dal punire 'dopo', verso il punire *con* il procedimento». Medesime riflessioni in M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, cit., p. 195 ss. Così anche, con molta efficacia, R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in *Critica dir.*, 1997, p. 212. Per una diagnosi storico-culturale sulla preminenza del momento giurisdizionale R. ORLANDI, *Giustizia penale e ruolo dello stato: un rapporto in crisi*, in *Il mulino*, 2002, p. 868: «Il primato della legge, nella versione tramandata dal pensiero giuridico europeo-continentale a partire dal XVIII secolo, presupponeva, infatti, una certa fissità dei valori e un ancoramento degli stessi ad interessi prevalentemente superindividuali: se – come oggi accade – queste condizioni vengono meno, è chiaro che la sede giurisdizionale diventa il luogo più adatto per dar la risposta ad esigenze particolaristiche; di per sé esposte alla volubilità dei bisogni individuali tipici di una società oltremodo dinamica ed esposta alle spinte centrifughe del multiculturalismo».

³⁷ Per i riferimenti in materia si veda la nota 18.

scritta) e dall'altro alquanto malagevole: fin dove difendersi? Come evolverà il tema del fatto di cui non siano stati fissati i confini attraverso le parole? Senza che la pubblica accusa abbia esplicitato la sua lettura della realtà, quale contenuto essa concretamente assume nel processo? È una difesa necessariamente confusa, per via dei contorni sfumati della contestazione. Ancora una volta l'ambiguità soffoca le garanzie, anche quando non è compressa la possibilità della difesa in sé. Questa *chance* non manca formalmente, poiché la Cassazione esclude la nullità a patto che ci si sia difesi sul punto non recepito dall'imputazione: ciò nondimeno, non essendo prevedibile la sorte del provvedimento finale che condanni per il fatto non contestato, nell'alternativa tra la norma scritta e la giurisprudenza che quella norma ignora, anche la difesa ed il contraddittorio escono strozzati, e pure quelle garanzie non si espandono come dovrebbero poiché, in definitiva, manca la certezza che la regola verrà applicata pur essendosene verificati tutti i presupposti.

Si potrebbero fare molti altri esempi, ma le conclusioni sembrano sempre le medesime: l'affievolimento della prevedibilità circa le conseguenze giuridiche di atti o fatti – che le regole (strutturalmente, si può dire) assicurano – porta ad una gestione delle attività processuali giocoforza nebulosa, sì che le parti (l'imputato, dalla nostra prospettiva) non potranno usufruire appieno di nessuna delle prerogative loro riconosciute dal sistema processuale. Semplicemente, prima di giocare al gioco si fissano le regole, così che tutti possano esprimersi al meglio e avere possibilità effettive di ottenere il risultato sperato.

Indubbiamente, il valore della prevedibilità delle conseguenze determinate dalla legge è maggiormente sentito nel diritto penale sostanziale, poiché conoscendo le condotte incriminate e le relative sanzioni, il privato può orientare i suoi comportamenti. Ma se, quando si parla di ciò che è reato, poter contare sull'applicazione della legge nutre ed espande la sfera delle libertà del soggetto, nell'ambito processuale questa certezza assume un diverso e importante valore, funzionale rispetto a tutte quelle attività che tendono all'obiettivo finale dell'accertamento, o meglio di un accertamento giusto³⁸. Il diritto di difesa, il contraddittorio, la presunzione d'innocenza, la garanzia del giudice naturale precostituito per legge, tra gli altri, sono sì diritti che proteggono l'imputato limitando l'esercizio d'autorità che è il processo, ma costui non gode passivamente di queste

³⁸ Della prospettiva per cui la legalità è direttamente connessa alla giustizia dà conto J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1971, p. 233: «un tipo di azione ingiusta è rappresentato dall'incapacità dei giudici e di altre autorità di applicare la norma appropriata, o di interpretarla correttamente». Ancora, specificamente sull'affidamento: «nel caso in cui queste norme sono giuste, esse stabiliscono una base per le aspettative legittime. Costituiscono il fondamento su cui poggia la reciproca fiducia delle persone e in base a cui possono avanzare giuste obiezioni quando le loro aspettative non vengono soddisfatte. Se le basi di queste pretese sono incerte, altrettanto lo saranno i confini delle libertà umane».

tutele; al contrario, è anche sulla base della disciplina condizionata da questi principi che egli deve decidere, programmare, attuare ogni sua attività nella scena processuale³⁹. Poter confidare nell'applicazione delle regole significa per l'imputato semplicemente poter giocare, poter stare nel processo essendo effettivamente in grado di ricoprire il ruolo attivo assegnatogli⁴⁰.

Per questo motivo, la crisi del garantismo maggiormente incisiva non è quella che guarda al grado di attuazione delle tutele. Al contrario, la vera crisi è quella che coinvolge la certezza circa l'applicazione delle tutele pur riconosciute dalla legge: quali esse siano devono essere assicurate, di certa applicazione, immancabili.

La certezza dell'applicazione di una norma di garanzia è elemento costitutivo della garanzia medesima. Il fatto stesso di non avere la sicurezza che la norma verrà applicata attenua l'effetto della protezione, anche se, poi, quella tutela verrà alla fine riconosciuta. Non si vedono dunque alternative che possano rivitalizzare il garantismo fuori dalla tenuta delle regole, perché ogni altra forma di compensazione all'incertezza sulla disciplina, per funzionare davvero, avrebbe – paradossalmente – bisogno di disciplina⁴¹. Non sembrano esistere, dunque, antidoti garantistici fuori dalla legalità.

Del resto, se i principi ed i valori più autentici, che animano le garanzie, restano “nebulizzati” senza tradursi in regole (da intendersi qui come norme dotate di

³⁹ M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, cit., p. 201 ss. tracciando le differenze del concetto di legalità sostanziale con quello, molto meno studiato ed elaborato, di legalità processuale evidenzia bene la specifica funzionalità di quest'ultimo: ossia quella di regolare, scandire, il «rito», le forme del procedere, con la loro «natura di garanzia non solo individuale». Si veda anche E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, che, contro il diritto processuale «quotidianamente “servito” dai magistrati con forme che rivelano forzature e anomalie, chiaramente funzionali alla tutela di interessi repressivi, talvolta manifestamente sganciati dai binari della legalità» (p. 433), rivendica un processo penale che «reclama la pienezza di tutela racchiusa nell'ordine e nella certezza delle prescrizioni legislative» (p. 439).

⁴⁰ Per capire quanto pesi l'affidamento dell'imputato circa la disciplina del processo, si veda la recente analisi di B. GALGANI, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo*. *Tempus regit actum?*, Torino, 2012, specialmente p. 194 ss.

⁴¹ Questa l'osservazione preliminare (e qui sta il dato interessante) formulata prima della descrizione dei due famosi modelli processuali (*Crime Control Model* e *Due Process Model*) enucleati da H. PACKER, *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978, p. 153: «alcuni dei nostri organi di produzione giuridica – in modo particolare la Corte Suprema degli Stati Uniti – hanno cominciato ad aumentare moderatamente le prescrizioni di legge volte a regolare la funzione del processo penale. Questo sviluppo è diventato, in questi ultimi anni, esponenziale in misura e velocità. Siamo di fronte ad un interessante paradosso: più conosciamo come è il processo penale, più ci rendiamo conto di come *dovrebbe essere*, e tanto maggiore sembra diventare la differenza fra come è e come *dovrebbe essere*. Il sentiero che porta dal processo come è al processo come dovrebbe essere (o, più verosimilmente, come si vorrebbe che sia) è, in definitiva, lastricato di regole: è il solo metodo, quale che sia il modello a cui si tende, salvo che si tratti di un modello sostanzialmente tirannico.

fattispecie precise che innescano precise conseguenze giuridiche)⁴² potrebbero rappresentare garanzie molto poco funzionali. Si può osservare come – senza la pretesa di identificare i tratti distintivi rispetto alle regole – i principi, e i valori, sono uno strumento nelle mani del giudice, e da questi variamente modulati, plasmati, bilanciati. Escono dunque dal patrimonio delle garanzie dell'imputato per entrare tra gli strumenti di decisione del giudice. Anche quando esprimono una tutela intensa, quindi, i principi non riescono a cristallizzare una garanzia autentica, poiché le conseguenze giuridiche della loro applicazione sono difficilmente preventivabili, nell'*an* e nel *quomodo*: essi interagiscono, con più facilità di norme maggiormente determinate, con il sistema processuale e, soprattutto, con le svariate esigenze che, in relazione al caso singolo, il giudice si pone⁴³: aumenta, così, il numero delle decisioni possibili e la variabilità del loro contenuto⁴⁴. Maneggiare

⁴² È evidente che i due termini, "principi" e "regole" sono consapevolmente utilizzati in senso evocativo, piuttosto che tecnico, non essendo affatto chiaro quale sia il significato tecnico di entrambi. Basti, però, ai nostri fini, adottare la prospettiva "soggettiva", si può dire, di R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 1996, p. 521, per capire a quali atteggiamenti giudiziali ci si riferisce parlando di regole e principi: «non si potrà dire che nel diritto vi siano norme e principi, ma si dovrà dire, più modestamente, che *alcuni* giuristi *alcune* volte trattano *alcune* disposizioni come principi, altre come norme».

⁴³ Che restano per la maggior parte dei casi inesprese. Si sofferma sull'ambiguità dei provvedimenti giurisdizionali, tra silenzi e troppa loquacità, F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, I, c. 277 ss.

⁴⁴ Nota G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, cit., p. 106 che le operazioni basate sui principi sono «sempre pericolose, non potendosi escludere di ricondurre, sotto lo scudo di un supposto principio, elementi ad esso estranei ovvero che la dilatazione del suo raggio di operatività conduca a scorciatoie interpretative o a forzature ricostruttive. È muovendo dalle norme che si ricostruisce il sistema e non operando in senso inverso. È facile sostenere l'esistenza di un principio riconducendovi ciò che vi è coerente ed escludendo ciò che si ritiene ad esso estraneo. Ovvero operare anche in senso contrario, muovendo da altre premesse per escludere la riconducibilità di una previsione a quella regola generale e configurare la natura eccezionale di una previsione. Ovvero, ancora, affermare la natura singolare di una previsione che non si vuole né configurare come estrinsecazione di una regola, né come una sua eccezione». Un prezioso scritto del passato ci mostra, in concreto, quanto possa essere venefico un principio: O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 736 ss. Per apprezzare la potenzialità lesiva delle ragioni dell'imputato che l'applicazione diretta dei principi può determinare basta osservare il ragionamento, di segno opposto rispetto a quelli finora evocati, qui non condiviso ma di certo limpido e onesto, di F. M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2190: il "principio di preclusione" si ricava da norme determinate che pongono, in effetti, preclusioni alle attività delle parti ed ai poteri decisionali del giudice. Se ne fa, però, in nome di altri principi (quello, tratto dalla Costituzione, di ragionevole durata del processo, e quello, decisamente più etero, di «razionalità processuale che assicuri una efficienza garantita») un «principio generale del processo» (p. 2214). Quindi, quella regola preclusiva risulterebbe improvvisamente ed imprevedibilmente applicabile, senza che una norma lo dica mai, a qualunque fattispecie in cui il singolo giudice ritenga che debba ricorrere una preclusione, ossia un impedimento per la parte ad esercitare le facoltà assicurategli dalla legge in una specifica fase processuale, solo perché essa le ha

i principi nella decisione del caso singolo porta gli esiti della stessa ad un alto tasso di imprevedibilità e, pericolosamente, è sempre più probabile che l'esito del giudizio diverga da quello che sarebbe stato se si fosse seguito l'itinerario tracciato dalla legge⁴⁵. Ciò può essere compatibile con i contenuti, con la sostanza della tutela processuale offerta all'imputato, ma non ne fa una tutela realmente funzionale né certa né assicurata, quindi, una garanzia⁴⁶.

esercitate in un diverso frangente dell'*iter*, sempre sulla base di una precisa prescrizione legale. In sostanza, il principio, che aleggia nella nebbia del diritto non scritto (e di cui, a dire il vero, è dubbia persino l'esistenza), divora, con un sol gesto, una serie indefinibile di norme scritte sulle quali le parti non possono che fare affidamento nella gestione della loro attività nel processo. Non è un caso che l'Autore introduca questo suo ragionamento con un paragrafo intitolato «La regola nascosta nel codice: preclusione e principio di razionalità processuale». Il sol pensiero di una «regola nascosta» nel tessuto normativo che disciplina un'attività partecipata come il processo – che necessita invece di regole per quanto possibile chiare – evoca inesorabilmente l'introduzione di un pregiudizio davvero irragionevole per le parti, ma soprattutto per l'imputato che, in definitiva, subisce il processo e i suoi esiti. Si erano già avanzate critiche, in materia cautelare, al principio di preclusione, in F. MORELLI, *L'ammissibilità di nuovi elementi probatori a carico nell'appello de libertate*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 359.

⁴⁵ Non è un caso che G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, leghi l'uso dei principi alla giustizia del caso singolo: «i principi determinano atteggiamenti favorevoli o contrari, di adesione e sostegno o di dissenso e ripulsa rispetto a tutto ciò che può coinvolgere la salvaguardia in concreto. Poiché non hanno "fattispecie", ai principi, a differenza che alle regole, non può darsi alcun significato operativo se non facendoli "reagire" con qualche caso concreto. Il loro significato non è determinabile in astratto, ma solo in concreto e solo in concreto se ne può intendere la portata» (p. 149); e ciò, indipendentemente dalla ricerca del significato dei testi normativi (p. 183); e non è parimenti un caso che R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, cit., p. 525 muova delle critiche a siffatto modo di vedere proprio denunciando il sacrificio eccessivo del «valore liberale della certezza e prevedibilità delle decisioni». Ugualmente e vivacemente critico rispetto «al far giustizia "non più secondo fattispecie"» M. NOBILI, *Il processo e il diritto*, in corso di pubblicazione in *Jus17*. Se si volesse osare, non senza timore, una discesa nel cuore della questione si potrebbero a questo punto evocare le parole di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, a cura di G. Gurisatti, Milano, 2008, p. 68: «un giurista che s'impegna nel diventare un attuatore immediato di valori dovrebbe sapere ciò che fa. Dovrebbe riflettere sull'origine e sulla struttura dei valori, senza prendere alla leggera il problema della tirannia dei valori e della loro attuazione immediata. Dovrebbe farsi un'idea chiara della recente filosofia dei valori, prima di decidersi a diventare valutatore, trasvalutatore, rivalutatore o svalutatore, e di annunciare in quanto soggetto portatore di valori e dotato di senso del valore, le posizioni di un ordine gerarchico di valori soggettivo o anche oggettivo nella forma di sentenze dotate di valore legale» (corsivo mio).

⁴⁶ Lucida l'analisi di V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 37 ss. che, pur riferita al contesto del diritto penale sostanziale, inquadra benissimo il fenomeno generale: «l'invocazione diretta di principi e valori» ad opera del giudice pregiudica inesorabilmente «il valore che va sotto il nome di "certezza giuridica" o "certezza del diritto": un valore che potrà anche ormai apparire inattuale o quanto meno denso di problematicità e dunque – concordiamo pienamente – meritevole di una profonda riflessione, ma che continua a costituire un punto di fuga essenziale in cui convergono, peraltro, molte delle garanzie di fondo che presidiano e legittimano l'impiego della sanzione penale» (p. 41, corsivo mio) e, si aggiunge, dello strumento processuale, non scervo, come si sa, da intense potenzialità coercitive.

4. Chi protegge il garantismo?

Le regole hanno un ruolo nell'assicurare il rispetto delle regole?

Facile rintracciare, nei casi sopra ascritti ad una sorta di "illegalità antigarantistica", corrispondenti vizi processuali: di volta in volta, vizi di motivazione, mancata applicazione della legge penale o processuale a pena di una qualche invalidità prevista dalla legge.

Logico allora pensare che simili deviazioni possano essere risolte attraverso l'impugnazione, e quindi, in sostanza, attraverso il controllo sulla legalità del processo espletato dalle parti prima e dal giudice poi.

Più in generale è il ruolo, importantissimo, della critica che qui viene in gioco. La critica interna al processo (esercitata dai suoi protagonisti) ma anche quella esercitata dagli studiosi e dalla collettività, in forza del carattere pubblico di molte fasi del procedimento e dei provvedimenti che esso genera.

Anche in questo caso, però, non si tratta di veri antidoti.

Troppo facile il rilievo per cui tutti gli esempi prima riportati riguardavano la Corte di cassazione, ossia il giudice di ultima istanza, dopo il quale non c'è spazio per alcuna critica. Se il metodo del silenzio e dell'ambiguità non fosse sistematicamente adottato e quindi legittimato da quell'organo giurisdizionale, non avremmo un problema. Quindi, occorre pensare ad altro, poiché la critica delle parti all'interno del processo non può, da sola, funzionare.

In letteratura è frequente riscontrare, su questo tema, l'appello al ruolo degli studiosi, quali responsabili della valutazione critica dell'operato di legislatore e giudici. Si tratta, in effetti, di un aspetto importante della dimensione vissuta del diritto, poiché spetta proprio allo studioso, più che offrire soluzioni (che non possono mai scaturire da una sola fonte), insistere con determinazione nel mettere sotto la lente d'ingrandimento proprio le insidie più difficilmente diagnosticabili che minacciano la conformità alle regole del "procedere" nel rito penale⁴⁷.

⁴⁷ R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., 2013, p. 97 ss. attribuisce questa funzione a tutti gli operatori del diritto, inclusi gli studiosi, che «puntano a scongiurare il deragliamento del potere giudiziario dai suoi binari». E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale*, cit., p. 437 ss. intravede nel «divorzio tra accademia e diritto vivente» un serio ostacolo che minaccia l'obiettivo di «ricostruire l'ordine e a stimolare efficacemente il recupero della legalità». Alla ricerca delle origini del processo penale garantito, in quanto riflesso della tutela costituzionale dell'individuo, attraverso una densa ricognizione storica anche dell'accademia italiana, si muove D. NEGRI, *Agli albori di un paradigma dell'Italia repubblicana: il processo penale come "diritto costituzionale applicato"*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, 2011, p. 13 ss. M. NOBILI, *Il processo e il diritto*, cit., ripercorre i temi chiave del processo attraverso l'attività di più generazioni di studiosi.

Allo stesso modo anche il controllo democratico esercitato dalla collettività sulla giurisdizione ha il suo ruolo⁴⁸. Resta il fatto, però, che il controllo critico dei consociati è, da un lato, indefinito nel suo oggetto, poiché ciò che arriva al pubblico non è mai l'intero processo, in tutti i suoi passaggi e le sue specifiche questioni⁴⁹. Dall'altro, non è affatto scontato che la collettività abbia a cuore garanzie e legalità, essendo l'"opinione pubblica" più frequentemente propensa a reclamare risultati in termini di efficacia punitiva⁵⁰.

Del resto, rischia di rimanere nulla più che un appassionato richiamo anche quello al recupero di una certa cultura della giurisdizione, per la quale l'applicazione della legge, pur nelle inevitabili varianti dell'interpretazione, resta espressione di un valore irrinunciabile dello stato di diritto al quale l'operatore giuridico sottomette ogni altra esigenza. Quello che s'immagina qui, è un giudice (temuto da alcuni, auspicato da altri) che percorre i binari della legalità, indifferente alle conseguenze che ciò potrà avere sul risultato finale del processo⁵¹: un giudice, in sostanza, che non parli mai «il linguaggio della politica»⁵².

Nell'urgenza di ridare una sostanza credibile al garantismo, in realtà, occorre pensare ad altre vie. E probabilmente, è la legge che può sperare di tutelare, nel modo più efficace possibile, se stessa.

⁴⁸ Ancora R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., 2013, p. 98, il quale avverte che «una giurisprudenza non dura se non incontra consenso».

⁴⁹ Dense pagine, sul punto, in M. NOBILI, *Crisi della motivazione e controllo democratico della giurisdizione*, cit., p. 123 ss.

⁵⁰ Non è un caso che parlando di "legalità" con chi non maneggia le categorie giuridiche si rischia di evocare soltanto l'effetto della legge penale che pretende la punizione a fronte dell'accertamento del fatto, sicché ogni proscioglimento diventa, paradossalmente, una *vulnus* alla legalità. In questa dimensione sociale, filtrata dagli organi d'informazione, è facile che ogni preoccupazione per le garanzie processuali non solo venga accantonata, ma espressamente osteggiata, poiché è vista come un ostacolo all'applicazione della legge penale sostanziale o, peggio, alla punizione. L'argomento è stato oggetto di studi precedenti: si veda F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, cit., p. 416 ss. soprattutto per i richiami alla letteratura in materia.

⁵¹ Si tratta, in realtà, di un problema centrale, che probabilmente condiziona ogni approdo in materia di garantismo, se non di pura legalità. Forse non può essere trascurato, ma di certo neppure risolto, e si evince dalla schiettezza delle parole di U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, cit., p. 36 quando enuncia, in uno scritto che non ha mai perso attualità, le sue «convinzioni politiche», tra le quali vi sono le seguenti: «1) Nella società industriale avanzata la legge è sempre di più lo strumento essenziale per la programmazione dello sviluppo sociale; 2) *Un atteggiamento di fedeltà* dei giuristi, e dei giudici in ispecie, verso la legge posta è una condizione, ovviamente non sufficiente, ma necessaria, perché la legge possa servire a quello scopo» (corsivo mio).

⁵² R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., 2013, p. 98.

Comprensibilmente, simile approccio può sembrare un ritorno al troppo antico, in un momento storico caratterizzato irreversibilmente dalla pluralità delle fonti e da fattispecie normative talvolta ricche, complesse e spesso indeterminate⁵³.

Eppure, se la tutela garantita è ancora affidata allo strumento della legge, se le regole passano dalle prescrizioni legislative è forse a queste che occorre, anzitutto, rivolgere lo sguardo, proprio in un momento in cui il sistema delle fonti è ipertrofico e intricato. Occorre, allora, partire dalla legge, e più precisamente dalla costruzione della fattispecie normativa⁵⁴.

L'esempio sulle nullità processuali, prima considerate, può essere d'aiuto.

Il sistema della tassatività attenuata che ha previsto l'elaborazione di nullità generali aveva chiaramente lo scopo di espandere la tutela alle situazioni in cui, pur in assenza di comminatorie specifiche, determinati valori (come il diritto di difesa dell'imputato) venissero compromessi⁵⁵. In realtà, oggi quel sistema favorisce una notevole diminuzione delle garanzie: se una nullità, pur quando espressamente prevista, si lascia ricondurre ad una delle ipotesi dell'art. 178 c.p.p., il giudice si sente autorizzato a non guardare più alla fattispecie normativa dell'invalidità, ma punta dritto verso la valutazione in concreto della compressione del bene tutelato, sovrapponendo la sua valutazione a quella del legislatore⁵⁶. È quel che abbiamo visto accadere nei casi di condanna per un fatto diverso da quello previsto nell'imputazione, ed in tutti i casi in cui la nullità venga disinnescata dalla mancanza di un "pregiudizio effettivo" alle posizioni dell'imputato. Le nullità espressamente previste a garanzia dell'imputato (non essendo quasi mai relative) perdono

⁵³ L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 35 nell'auspicare il ritorno ad una legislazione che favorisca il rispetto della legalità avverte: «il fatto che questa sia la vecchia ricetta illuministica non toglie ad essa valore. Il fatto che questo fosse valido due secoli fa [...] non lo rende meno valido oggi che l'inflazione legislativa ha praticamente fatto regredire il nostro sistema penale all'incertezza del diritto penale premoderno».

⁵⁴ Un percorso attraverso la giurisprudenza costituzionale, che porta a confermare la necessità di non eludere la «tassatività processuale», è offerto da D. NEGRI, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, p. 1232 ss.; un tema molto vicino al problema della formulazione (prima che dell'interpretazione) della regola.

⁵⁵ Così T. RAFARACI, *Nullità (dir. pen. proc.)*, in *Enc. dir.*, agg. II, p. 601.

⁵⁶ Che sia l'odierna formulazione della fattispecie normativa dell'atto nullo a spingere spesso l'interprete verso «comportamenti [...] inevitabilmente incompatibili con la logica della tassatività» lo ricorda M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali*, cit., p. 108, che si sofferma in una interessante analisi proprio dell'art. 178 lett. c c.p.p., «il quale non si può sostenere contempli fattispecie specifiche e pregnanti sul piano semantico» (p. 109). In tema di diritto probatorio, la recente ricostruzione di M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p. 3 ss. sulla individuazione delle ipotesi di inutilizzabilità, che si condivide o meno nell'impianto e negli esiti, manifesta proprio l'attenzione alla fattispecie normativa nell'individuazione della invalidità, puntando tutto sulla previsione legale dei divieti.

allora ogni forza precettiva, esistendo soltanto, nei fatti, se il giudice, maneggiando esclusivamente valori, ritenga che l'imputato non sia stato tutelato nel processo⁵⁷. A scomparire, in questo procedimento, è proprio la fattispecie legale, unico strumento in grado di trasformare la "garanzia" in "garanzia assicurata".

Un legislatore attento a questi fenomeni dovrebbe allora rinforzare la categoria delle nullità speciali, costringendo il giudice in una fattispecie che non veda vie di fuga verso valori, tanto importanti quanto, spesso, indeterminati. Così come non avrebbe dovuto affidare alla sola nullità generale la violazione del diritto all'interprete nell'art. 143 c.p.p., oggi sguarnito di quella comminatoria specifica che non avrebbe cambiato la sostanza della tutela, ma ne avrebbe protetto la garanzia, mettendo il giudice davanti all'ineludibile alternativa tra l'interrogatorio tradotto dell'imputato alloglotta e l'invalidità dell'atto. Sarebbe stato non impossibile, ma di certo più difficile, evadere dalla fattispecie normativa.

Un macroscopico esempio – anche se non riguarda le garanzie dell'imputato ma più in generale le scelte del magistrato, in questo caso inquirente – è la disciplina legale dell'imputazione coatta, che si ferma a mezza via, lasciando sostanzialmente libero il pubblico ministero di obbedire o meno al comando del giudice impartito ai sensi dell'art. 409 c.p.p., non prevedendo che dall'eventuale omissione dell'accusa scaturiscano conseguenze di sorta sul processo⁵⁸. La fattispecie del dovere è integralmente realizzata, ma il pubblico ministero omette i suoi doveri, e la disciplina processuale glielo concede, quando nessun passaggio cruciale della vicenda dovrebbe restare fuori dal presidio legale. Attribuire il dovere di agire al pubblico ministero non basta: occorre prevedere conseguenze specificamente processuali nel caso in cui l'inquirente non ottemperi.

⁵⁷ Così R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3601, per il quale, seguendo questa via, «il rapporto con le parti ne uscirebbe alterato, l'imparzialità del giudice intorbidata, la funzionalità del procedere apparentemente accresciuta, ma a costo di una perdita di legittimazione del sistema penale».

⁵⁸ Problema rilevante, che ha prodotto una ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale da parte del giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Varese (in G.U. 23 ottobre 2013, Parte prima, n. 43, p. 32), dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte (Corte cost., ord. 9 aprile 2014 n. 96), ma rivelatrice di una seria lacuna. Sul punto G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, p. 81, il quale riconosce che «il pubblico ministero possa, di fatti, se non vanificare, certamente indebolire alquanto la garanzia del controllo giudiziale», tradendo, «nella sostanza il suo dovere di agire». Anche F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994 p. 569 rintraccia nel problema della possibile inosservanza dell'ordine di agire da parte del pubblico ministero «l'autentico punto debole della nuova procedura di archiviazione». Sebbene non ci si muova nell'ambito del garantismo, appare comunque un grave problema di legalità quello che genera «certe assoluzioni di comodo; indagini tralasciate o simili» (M. NOBILI, *Il processo e il diritto*, cit., p. 9).

Gli esempi potrebbero continuare. Ma la conclusione è che la legge deve tutelare sé stessa⁵⁹, poiché nessun altro lo farà. Non lo farà l'interprete quando è parte del processo, perché tende ad un risultato preciso; non lo farà l'interprete quando è giudice, perché preferisce evadere dai confini legali alla ricerca di soluzioni più confacenti a obiettivi di valore, guardando anche lui, dalla sua prospettiva, all'esito del processo⁶⁰.

Non si tratta soltanto di reclamare norme più precise e maggiormente determinate. Un po' provocatoriamente, si tratta invece di esortare la legge (o il legislatore) ad abbandonare più che può la fiducia nel giudice, non solo circa la correttezza della sua interpretazione, ma più radicalmente riguardo al fatto che applicherà la disposizione che tutela l'imputato nel processo. Non è tanto necessario che diminuiscano progressivamente gli spazi di valutazione giudiziale, ma è vitale tenere ferma quella valutazione sulle norme che il legislatore ha scelto per disciplinare la posizione dell'accusato, evitando che il giudice possa agevolmente evadere verso diversi strumenti decisionali⁶¹.

È proprio perché non si sottovaluta la difficoltà interpretativa che incontra oggi il giudice, nella caotica pluralità delle fonti di cui deve tener conto, che ha senso insistere per una formulazione del diritto processuale interno che riduca le oscillazioni. Più il mare s'ingrossa più le garanzie vanno puntellate, ancorate saldamente, così che l'imputato, pur nella tempesta, possa confidare nella tutela che gli spetta nel contesto processuale.

⁵⁹ Per L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione*, cit., p. 29 è «dalla tassatività e dalla consistenza del linguaggio penale, che dipende infatti il grado di soggezione del giudice alle legge». E si tratta di una regola che pare validissima anche nell'ambito processuale.

⁶⁰ Si capisce bene che sperare in un legislatore preciso ed accorto, attento a porre confini all'interpretazione, è illusorio; ma anche sperare in un giudice che interpreti correttamente, usando le metodologie esegetiche più affidabili, lo è. Dunque non resterebbe null'altro che la critica ostinata o la «fallacia "realistica" in forza della quale il diritto penale non può essere diverso da quello che è» (L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione*, cit., p. 39), agevolmente riferibile anche al contesto processuale.

⁶¹ Cfr. al riguardo D. NEGRI, *Delle procedure penali criminali: parte della legislazione così principale e così trascurata*, cit., p. 3962.

GIORGIO PINO

L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DELLA LEGALITÀ PENALE ^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Crisi delle fonti, crisi della legge. – 3. Legalità penale: i molti volti di un principio fondamentale. – 3.1. I fondamenti della legalità penale. – 3.2. Le implicazioni del principio di legalità. – 4. Legalità penale e giurisdizione: il caso del diritto vivente.

1. *Premessa*

In questo contributo intendo brevemente esplorare il significato attuale del principio di legalità in materia penale, alla luce del fatto che tale principio è considerato da più parti e per più versi in crisi, o superato, o da ripensare¹. Ora, nessuno si può seriamente nascondere che una simile crisi ci sia, che abbia cause straordinariamente complesse e convergenti, e che sia giustamente preoccupante sia per il cittadino, sia per lo studioso di diritto penale.

In questa sede però mi interessa particolarmente riflettere – condizionato in ciò dalla mia specifica (de)formazione professionale di studioso di filosofia del diritto – sulla crisi della legalità penale come specifico episodio di quella “contraddizione fondamentale” che attraversa il discorso dei giuristi, in particolare nel diritto moderno, e in maniera ancora più acuta nel diritto penale. Si tratta della contraddizione tra l’idea che il giudice applichi un diritto preesistente (specialmente, anche se

^(*) Una versione precedente di questo lavoro è stata presentata alla *workshop* su «*La crisi dei concetti politici fondamentali nello specchio del diritto penale*», Agrigento 3 e 4 aprile 2014. Sono grato a tutti i partecipanti, e specialmente ad Alessandro Spina e Luigi Cornacchia, per le osservazioni e le critiche ricevute in quella sede.

¹ Per limitarci a solo alcuni dei contributi apparsi recentemente in argomento su questa *Rivista*, v. G. HIRSCH, *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, ivi, 2007, 107 ss.; B. RÜTHERS, *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, ivi, 2007, 121 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, ivi, 2011, 79 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, ivi, 2011, 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)*, ivi, 2011, 125 ss.; G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”*, ivi, 2012, 285 ss.; S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, ivi, 2012, 299 ss.; V. VELLUZZI, *Due (breve) note sul giudice penale e l'interpretazione*, ivi, 2012, 305 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, ivi, 2012, 305 ss.

non necessariamente, nella forma della “legge”), e l’idea che il giudice necessariamente crei diritto – che non possa non crearlo, in qualche senso e in varie scale di intensità, nel momento in cui decide una controversia². Questa contraddizione ineliminabile dal discorso giuridico appare certamente problematica nel diritto moderno, edificato sul principio della separazione dei poteri e dello stato di diritto³; ed è particolarmente acuta nel campo del diritto penale, la cui funzione di limitazione in chiave individual-repressiva delle libertà dei cittadini (il “potere terribile”, nelle parole di Montesquieu⁴) trae la sua legittimazione e limitazione proprio dalla legge come fonte del diritto generale e astratta, e di provenienza democratica.

Si capisce dunque che il ruolo del giudice nel campo della legalità penale sia particolarmente delicato e problematico, e che la crisi della legalità abbia tanto come causa quanto come effetto l’espansione del ruolo della giurisdizione. Qualcuno potrebbe pensare che in fin dei conti questa sia una evoluzione inevitabile, o addirittura da abbracciare con entusiasmo: se è vero che l’ideale della legalità – intesa come soggezione del giudice alla legge – è solo una proiezione ideologica, politicamente ingenua e concretamente irrealizzabile, allora tanto vale far cadere la maschera, e guardare direttamente alla realtà. E la realtà sarebbe che il principio di legalità, inclusa la legalità penale, è una chimera⁵.

Non credo che questo sia un destino ineluttabile. Non credo cioè che dal riconoscimento di quella che abbiamo chiamato contraddizione fondamentale – l’inevitabilità del momento interpretativo nel diritto – discenda necessariamente la denuncia della legalità penale come ideale vuoto e illusorio. Anzi, proprio il riconoscimento del momento interpretativo nella vita del diritto potrebbe portare, con paradosso solo apparente, a favorire un rafforzamento della legalità penale – a renderla un po’ meno, o meno insostenibilmente, leggera.

A sostegno di ciò, proverò ad argomentare in questo modo: innanzitutto (§ 2) descriverò brevemente lo sfondo della crisi della legalità in generale (in particolare nella prospettiva della complessità del sistema delle fonti del diritto), e della legalità penale. Poi (§ 3), mi soffermerò sul principio di legalità penale: sul suo

² Vedi in proposito M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 1 ss.

³ Sui vari profili del principio di legalità, e sul suo collegamento con il concetto di stato di diritto, si vedano N. BOBBIO, *Legalità*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, 1983, 554 ss.; B. CELANO, *Stato di diritto*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, 402 ss.

⁴ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), libro XI, Torino, 1996, 278.

⁵ Una generale svalutazione dell’ideale della legalità emerge ad esempio dai lavori di Paolo Grossi; si vedano P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cap. I, Milano, 2007³; ID., *L’Europa del diritto*, cap. II, Roma-Bari, 2008. Una efficace panoramica sulla crisi contemporanea della legalità, in una prospettiva simpatetica a quella dello stesso Grossi, si trova in M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, 2013, 371 ss.

fondamento assiologico e sui suoi contenuti, adottando come precomprensione fondamentale del mio discorso l'insieme dei principi esplicitamente o implicitamente riconosciuti a questo riguardo dalla costituzione italiana. Lo scopo di questa analisi sarà duplice: per un verso, sarà un tentativo di ordine analitico e concettuale in una materia che presenta molteplici livelli di complessità; per altro verso, l'analisi sarà volta a precisare quali profili del principio di legalità entrano in tensione, e in quali modi, nell'attuale panorama della crisi della legalità. Infine (§ 4), mi soffermerò sulla questione della giurisdizione e del diritto giurisprudenziale come specifico campo di tensione del principio di legalità. A quest'ultimo proposito, il punto di vista dal quale svolgerò le mie brevi osservazioni non sarà più solo teorico-ricostruttivo, ma anche normativo e di politica del diritto.

2. *Crisi delle fonti, crisi della legge*

In linea generale, la crisi della legalità⁶ ha due facce: è crisi della *legge* come strumento di regolazione, e crisi dell'*ordinamento* come realtà, per l'appunto, ordinata.

Dal primo punto di vista, ad entrare in crisi è l'idea stessa di legge. Sono note le vicende culturali e politico-istituzionali che hanno portato, soprattutto nel corso dell'Ottocento, ad attribuire alla legge un ruolo centrale e primario all'interno del paradigma dello stato di diritto: la legge è la forma con cui si esprime la volontà dello Stato (come ente sovrano); è la fonte del diritto dotata per eccellenza dei caratteri della generalità e astrattezza, e di una relativa stabilità; è in grado di assicurare uniformità di trattamento dei cittadini (uguaglianza formale, certezza del diritto), e come tale predetermina le azioni dell'esecutivo e del giudiziario (che della legge sono, seppure in modi diversi, esecutori e applicatori), e influenza in ultima analisi anche le scelte dello stesso legislatore; quest'ultimo infatti, dovendo produrre solo normazioni generali e astratte, è "forzato" a legiferare nell'interesse generale, anziché in favore di specifici gruppi o peggio ancora di singoli; infine (ma si tratta di uno sviluppo che acquisterà pieno significato solo nella seconda metà del Novecento, con la diffusione del suffragio universale) la legge è, rispetto alle altre fonti del diritto, l'unica che possa vantare credenziali democratiche: sia in relazione

⁶ Come dovrebbe essere chiaro dal tenore generale della mia discussione, per "legalità" e "crisi della legalità" intenderò rispettivamente e specificamente l'idea che determinate materie siano regolate dalla legge, e l'idea che la capacità regolatoria della legge sia entrata in crisi per motivi "strutturali" (cioè motivi relativi alla legge stessa e alla struttura dell'ordinamento giuridico). Non includerò nella mia discussione altri sensi in cui queste espressioni entrano nel discorso pubblico, attinenti ad es. al valore del rispetto delle regole, alla fiducia o sfiducia verso lo Stato come soggetto regolatore, al mancato rispetto della legge da parte dei cittadini o dei titolari di poteri pubblici ecc. (l'evasione fiscale, o la corruzione, o la criminalità organizzata, come aspetti della crisi della legalità).

all'organo che la produce, sia in relazione al procedimento seguito per la sua produzione (procedimento che – pur terminando con un voto a maggioranza – idealmente prevede una discussione che coinvolge anche le minoranze).

Ora, molte delle virtù della legge sopra indicate sembrano ormai obsolete, compromesse, o svelate per quello che sono: illusioni ideologiche. La legalità contemporanea, post-moderna, sembra aver in gran parte smarrito la via verso l'ideale regolativo illuministico della legislazione generale, astratta, chiara e accessibile: le leggi sono prodotte a ritmi bulimici, successivamente emendate e derogate in maniera altrettanto compulsiva (si pensi alla prassi corrente in Italia dei decreti legislativi correttivi e integrativi), formulate in maniera contorta e involuta, con articoli suddivisi in decine o centinaia di commi, spesso eterogenei per materia, e con rimandi ad innumerevoli altri testi normativi⁷. E anche le credenziali democratiche della legge sono ormai abbastanza ridimensionate: sia per la quantità di legislazione che si limita a trasporre nell'ordinamento interno normative predisposte altrove, sia per il crescente, e talvolta schiacciante, ruolo assunto nell'esecutivo nella produzione di fonti primarie (atti con forza di legge) e all'interno del procedimento legislativo stesso.

Dal secondo punto di vista, la crisi della legalità come crisi dell'ordinamento, ad entrare in crisi è l'idea che le fonti del diritto possano davvero essere concepite in maniera ordinata, gerarchica, piramidale: uno dei temi più dibattuti nella letteratura costituzionalistica italiana (e non solo) degli ultimi due decenni è infatti costituito dalla "crisi" del sistema delle fonti⁸.

La principale incarnazione della crisi della legalità consisterebbe dunque nella frantumazione dell'ordinazione gerarchica delle fonti stesse: persa per sempre (con rammarico o con compiacimento, a seconda dei casi) l'aspirazione, tipica della modernità, all'introduzione di una razionalità verticale nelle fonti del diritto presieduta dalla legge (quale presupposto "formale", seppure da solo non sufficiente, di una più complessiva opera di razionalizzazione del diritto⁹), si prende

⁷ R. GUASTINI, *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 13, 2013, 513 ss.

⁸ Per gli opportuni riferimenti bibliografici, mi permetto di rinviare a G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, 2014.

⁹ Alla razionalizzazione e semplificazione (in un ordine verticale) delle fonti come elemento di razionalizzazione e semplificazione *formale* del diritto, il progetto giuridico della modernità affiancava la semplificazione dei *contenuti* del diritto, che faceva perno in primo luogo sull'unicità del soggetto di diritto. Semplificazione delle forme e dei contenuti erano finalizzate, congiuntamente, al superamento del pluralismo e particolarismo tipici del diritto medievale e *Ancien Régime*. Su queste vicende, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; ID., *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici* (1978), in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 41 ss.; R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, 193 ss.

atto che i mutevoli rapporti di forza tra gli attori politici in una democrazia pluralista, il fluire incessante e incontrollabile delle relazioni di mercato nell'era della globalizzazione, il pluralismo e la complessità delle società contemporanee, la stessa presenza all'interno dell'ordinamento giuridico di un livello di legalità superiore a quello legislativo (i principi costituzionali), così come di centri di normazione infra-statali (enti locali) ed extrastatali dotati di autonome competenze normative (e di criteri di ordinazione degli atti normativi non verticali, ma orizzontali e perfino "liquidi" come la competenza, la sussidiarietà, la proporzionalità, la leale collaborazione...), sono altrettanti fattori che si ripercuotono tutti – disgregandolo – sull'ordine delle fonti del diritto. Inoltre, nel panorama attuale al monopolio della produzione centralizzata del diritto da parte di specifici organi statali si sostituisce una congerie di fonti di produzione normativa di derivazione internazionale, transnazionale, e anche contrattuale¹⁰.

Così, alla tradizionale rappresentazione ordinata e monolitica del sistema delle fonti, compendiata nella familiare figura della piramide, si sostituiscono ora figure più complesse e disarmoniche, come la rete, l'arcipelago, o l'edificio barocco¹¹.

È evidente peraltro che in un quadro talmente complicato, il ruolo del giudice diventa necessariamente anche quello di un "ordinatore", anziché solo di un applicatore (ammesso che il ruolo del giudice sia mai stato quello di un meccanico applicatore di un diritto già ben confezionato *aliunde*): è sul giudice che si ripongono le residue speranze di mettere ordine nel panorama delle fonti, anche se spesso si tratterà di un ordine precario, valido solo caso per caso. Con ulteriore incrinatura del paradigma della legalità che, come abbiamo visto, intende invece sottomettere il giudice alla legge.

Ebbene, i due versanti della crisi della legalità fin qui brevemente evocati (crisi della legge e crisi delle fonti) si presentano anche nell'ambito della legalità penale. Anzi, per ragioni inerenti alle specifiche funzioni dello strumento penale, e alla sua valenza simbolica, altamente spendibile nel mercato del consenso politico, la legalità penale sembra essere investita da una crisi per certi versi ancora più profonda della legalità "ordinaria".

Non solo valgono anche per il diritto penale gran parte, se non tutti¹², i fattori di crisi della legalità già visti poco sopra: perdita di centralità della legge, decadi-

¹⁰ G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012.

¹¹ Cfr. nuovamente G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, cit., 7 e 68.

¹² Verosimilmente il diritto penale è più resistente, rispetto alle altre aree del diritto interno, nei confronti di alcune spinte tipiche della globalizzazione, come il diritto di fonte contrattuale e la *lex mercatoria*. Ma a ben vedere anche il diritto penale subisce l'influenza di alcuni epifenomeni tipici della globalizzazione giuridica contemporanea: la lingua franca dei diritti umani (di cui il diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è solo un esempio), e il diritto dell'Unione europea.

mento della qualità della normazione (farraginoso, episodico, alluvionale, incoerente), influenza di fonti normative estranee all'ordinamento, ruolo sempre più pregnante della giurisdizione. A questi si aggiungono ulteriori fattori di crisi che affliggono specificamente il settore penale: mi riferisco in particolare all'ipertrofia del settore penale, su cui il potere politico (in Italia a livello macroscopico, ma si tratta di tendenza affatto generale) scarica ogni genere di inefficienza regolatoria dei fenomeni sociali¹³. Ogni problema sociale viene magicamente risolto dal ricorso alla (minaccia della) sanzione penale: la risposta penale – in realtà solo futura e del tutto eventuale – tranquillizza l'opinione pubblica, e il lavoro è fatto. Si apre così la strada a quel “diritto penale massimo” che, come ha infaticabilmente mostrato Luigi Ferrajoli, è di per sé causa ed effetto della crisi della legalità penale¹⁴.

Tutte queste sono questioni piuttosto conosciute, almeno tra i cultori del diritto penale, e invero alquanto dibattute nella letteratura più recente. Prima di dedicare uno sguardo più ravvicinato, come ho anticipato sopra, ad uno specifico elemento di tensione della legalità penale contemporanea – quello attinente alla giurisdizione penale e al diritto penale giurisprudenziale – voglio però provare a capire meglio *cos'è* che è entrato in crisi. Detto altrimenti, proverò nel prossimo paragrafo a fare una sintetica ricognizione del significato del principio di legalità penale – il suo fondamento, il suo contenuto – al fine di rendere più chiaro il modo in cui oggi se ne verifica la crisi nel campo specifico che qui ci interessa.

3. *Legalità penale: i molti volti di un principio fondamentale*

Le ultime parole del paragrafo che precede contengono una notevole semplificazione: ho detto infatti che per comprendere il significato del principio di legalità penale occorre fare riferimento al suo fondamento e al suo contenuto. Tuttavia, sembra evidente che il principio di legalità penale abbia *diversi* fondamenti, e *diversi* contenuti.

Ora, che il principio di legalità abbia una pluralità di possibili contenuti non è affatto un problema: semplicemente, è così che sono fatti i principi. È del tutto normale che un principio si presti a molteplici possibilità applicative differenti

¹³ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997; G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 80-87; ID., *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Milano, 2002, pp. 9-21; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. 2, *Teoria della democrazia*, 367-371. Si vedano anche S. MOCCIA, *L'illusione repressiva. La politica criminale e giudiziaria nell'Italia degli anni Novanta*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, 1, 91 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quad. fior.*, vol. 36, 2007, 1279-1329.

(che possa essere concretizzato in vari modi): se così non fosse, non saremmo nemmeno di fronte ad un principio, ma ad una regola – cioè una norma dal campo di applicazione chiaro e ben determinato¹⁵. La questione interessante è, semmai, vedere come queste diverse modalità applicative interagiscano tra loro, come l'una influisca sul contenuto delle altre, come l'eventuale mancanza o ineffettività di una influisca sulle altre, e così via¹⁶.

Diversa invece la questione di una eventuale pluralità di fondamenti assiologici del principio di legalità penale. Infatti è evidente che il fondamento assiologico (la *ratio*) di un principio influisce sul contenuto del principio stesso, e che se un principio riposa contemporaneamente su diversi fondamenti assiologici (se può essere ricondotto simultaneamente a differenti *rationes*), le conseguenze applicative di quel principio potranno essere divergenti e anche contraddittorie. Questo accade esattamente con il principio di legalità penale.

3.1. I fondamenti della legalità penale

Nella letteratura penalistica il principio di legalità è associato a due funzioni fondamentali: una funzione “di certezza”, e una funzione “di garanzia”. (Come vedremo subito, queste due dimensioni presentano alcune significative sovrapposizioni, di modo che non sempre è facile stabilire se un certo profilo ricade sotto la funzione della certezza o della garanzia.)

La funzione di *certezza* del principio di legalità penale risiede nel fatto che la legge è una fonte del diritto con caratteri di spiccata pubblicità, è relativamente stabile nel tempo, e procede per categorie generali e astratte. In virtù di queste caratteristiche, la legge assicura determinate esigenze alquanto rilevanti in ambito penale: la prevedibilità e calcolabilità delle conseguenze delle azioni, valore particolarmente rilevante in una materia in cui le conseguenze della trasgressione sono, almeno in linea teorica, assai gravi¹⁷. Inoltre, la generalità della legge e la sua relativa stabilità nel tempo assicurano un certo livello di uguaglianza tra i cittadini, quanto alle conseguenze (penali) delle loro azioni. Infine la legge, grazie al suo

¹⁵ Su questi aspetti strutturali e funzionali dei principi, e del loro differente funzionamento rispetto alle regole, rimando a G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, cap. III; ID., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 11, 2011, 75 ss.

¹⁶ G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1994, 279 ss., sottolinea la distinzione concettuale tra i vari aspetti del principio di legalità penale, ma nota anche che si tratta di profili in vario modo collegati.

¹⁷ Cfr. Corte costituzionale n. 364/1988. Sul “*fair warning*” come caratteristica del *rule of law*, B. CELANO, *Publicity and the Rule of Law*, in L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 2*, Oxford, 2013, 122 ss.; secondo Lon Fuller si tratta di un elemento della “moralità interna” del diritto, L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1964.

carattere pubblico e conoscibile, assicura quella funzione di guida ex ante dei comportamenti dei consociati che il diritto penale concettualmente si prefigge (la funzione general-preventiva del diritto penale)¹⁸.

La funzione di *garanzia* del principio di legalità penale consiste nel fatto che la legge è il prodotto del Parlamento, cioè dell'organo statale rappresentativo della collettività dei consociati. Ciò assicura, o dovrebbe assicurare, che la legislazione penale abbia certe qualità: che provenga dai rappresentanti dei cittadini, e dunque che le limitazioni alle libertà dei cittadini, imposte dalla legislazione penale, siano almeno indirettamente fondate sulla volontà dei cittadini stessi¹⁹; che, essendo il frutto della volontà "generale", sia anche volta alla protezione di interessi altrettanti generali; che sia il frutto di un procedimento discorsivo in cui possono emergere voci favorevoli e contrarie, in cui maggioranza e minoranza possono confrontarsi apertamente e con argomenti pubblici²⁰, e che dunque ha qualche speranza di mettere capo a decisioni ponderate, equilibrate; che, infine, sia un argine rispetto alle tentazioni repressive di organi che detengono una diversa legittimazione politica, più marcatamente maggioritaria, come l'esecutivo, o che sono del tutto privi di legittimazione democratica, come il giudiziario²¹.

Tutte queste sono cose ben note, certo. Ma è anche vero che su questi punti la letteratura e la giurisprudenza penalistica e costituzionalistica, seppur con alcune notevoli eccezioni, sembrano lasciare in ombra alcuni aspetti importanti. Ad esempio, non sempre è chiaro (almeno, non sempre lo è a me) se quando si parla di questi due fondamenti del principio di legalità si stia facendo riferimento a due possibili fondamenti *alternativi*, oppure *concorrenti*. A dire il vero, entrambe le interpretazioni hanno qualche plausibilità, anche se personalmente mi sembra preferibile la seconda.

Quanto alla prima ipotesi (certezza e garanzia come fondamenti *alternativi* della legalità), essa è resa plausibile dal fatto che non sempre la certezza della legge è (direttamente) funzionale ad una esigenza di garanzia: un diritto penale reso "certo" grazie al principio di legalità può essere funzionale a "legare le mani" ad un giudiziario potenzialmente recalcitrante ad applicare le direttive che il potere politico riversa nella legge; dunque la certezza derivante dalla legalità può essere un mezzo per subordinare gli organi dell'applicazione al potere politico, anche se la legge in sé non si

¹⁸ Sul rapporto tra certezza della norma penale, prevedibilità delle azioni e funzione di prevenzione generale, cfr. F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193 ss.

¹⁹ Questo fondamento "contrattualistico" della legalità penale risale quantomeno a Cesare Beccaria, ed è frequentemente ripreso dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (ad es. n. 487/1989).

²⁰ Corte costituzionale n. 487/1989. V. anche G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, 2007, 1247 ss.

²¹ In relazione agli ultimi due punti, si veda Corte costituzionale n. 282/1990, che collega la garanzia di cui all'art. 25, comma 2, Cost. al tentativo di riduzione degli illeciti penali secondo il principio che considera il sistema penale come *extrema ratio* di tutela dei beni giuridici.

pone né realizza, in questo ipotetico esempio, obiettivi particolarmente garantistici verso le libertà dei cittadini – potrebbe ben essere un diritto penale autoritario.

Quanto alla seconda ipotesi (certezza e garanzia come fondamenti *concorrenti* della legalità), essa è resa plausibile dal fatto che *in entrambi i casi* è in gioco una funzione di garanzia. Un diritto penale certo è infatti di per sé garanzia contro certi tipi di abusi (degli organi che decidono i casi concreti), e di prevedibilità delle decisioni e di calcolabilità delle conseguenze delle condotte: è dunque una garanzia dell'autonomia personale dei cittadini. Un diritto penale “democratico” è a sua volta garanzia degli altri valori già menzionati poco sopra (rappresentatività, frammentarietà, *ultima ratio*...). Inoltre, la tensione e l'interazione tra questi due fondamenti concorrenti del principio di legalità produce alcuni risultati interessanti, come vedremo nel prossimo paragrafo. Forse sarebbe preferibile, allora, parlare di una duplice garanzia che può essere associata al principio di legalità: una garanzia “formale” (certezza), e una garanzia “procedurale” (il procedimento di produzione).

Infine, un ulteriore elemento a volte trascurato è che ciascuno dei due possibili fondamenti del principio di legalità (alternativi o concorrenti che siano) si presta ad interpretazioni (e dunque ad applicazioni) molteplici e variabili. Così, esistono vari modi di intendere sia il concetto di certezza giuridica, sia il concetto di democrazia e dunque lo stesso carattere democratico dei modi di produzione del diritto²². Due esempi: la certezza può essere intesa come certezza/prevedibilità per l'organo dell'applicazione, oppure per il cittadino; la democrazia può essere intesa come pura procedura di decisione (la regola di maggioranza), o come esigenza che la decisione a maggioranza sia preceduta e integrata da una serie di qualità “deliberative” (piena partecipazione nel procedimento decisionale di tutti i soggetti interessati, discussione approfondita e in buona fede del merito della questione, ecc.). Non solo: anche all'interno di una medesima concezione del principio di certezza, o della democrazia, possono esistere vari gradi di realizzazione dell'una e dell'altra.

3.2. *Le implicazioni del principio di legalità*

Vediamo adesso, brevemente, le implicazioni del principio di legalità, sia riguardo ai suoi contenuti sia riguardo ai suoi destinatari. Anche qui conviene distinguere a seconda che si faccia riferimento alla funzione di certezza (la garanzia formale) o alla funzione di garanzia (la garanzia procedurale) del principio di legalità penale.

²² Per una sintetica ricognizione delle varie accezioni di “democrazia” nel dibattito filosofico-politico contemporaneo, v. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006, cap. II. Sui vari significati che può assumere la certezza del diritto, v. L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto* (1988), in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, 2008, 82 ss.; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.

La funzione di certezza o garanzia formale richiede la determinatezza, cioè la precisione nella formulazione delle fattispecie penali; ciò si estrinseca non solo nell'uso di un linguaggio chiaro e univoco nei testi legislativi, e soggetto ad apprezzamenti empirici e quantitativi, ma anche nell'evitare complicati rimandi da un testo normativo all'altro: richiede dunque la conoscibilità dei precetti penali²³ (e si inseriscono in questo quadro anche le proposte di introdurre una *riserva di codice* in materia penale²⁴). Richiede inoltre una certa stabilità nella legislazione penale, e il divieto di retroattività delle norme incriminatrici. Tutte queste prescrizioni sono rivolte al legislatore. Ma la funzione di certezza si rivolge anche ai giudici: richiede ad esempio un certo grado di fedeltà alla lettera della legge, una certa stabilità negli orientamenti giurisprudenziali (che assicura l'uguaglianza di trattamento dei diversi soggetti che incappano nelle maglie del meccanismo penale), e il divieto di applicazione retroattiva delle norme incriminatrici²⁵.

La funzione di garanzia o garanzia procedurale richiede che la competenza di produzione normativa in materia penale sia rimessa al solo Parlamento, con esclusione dell'esecutivo (riserva di legge) e del giudiziario (divieto di analogia). Quindi i destinatari sono nuovamente il legislatore, che non deve delegare ad altri organi il suo potere di produzione normativa in materia penale; e i giudici, che *a*) non devono applicare norme penali contenute in fonti diverse da quella legislativa; e *b*) non devono estendere "creativamente" le fattispecie penali incriminatrici.

Ora, come ho anticipato è del tutto possibile sia che i due principi entrino in tensione tra loro, sia che la loro applicazione non sia per nulla univoca.

Per un verso, infatti, nulla impedisce *in astratto* che la certezza del diritto penale possa essere assicurata da fonti diverse da quella legislativa²⁶: dal diritto giurisprudenziale, ad esempio, o da fonti atipiche come quelle comunitarie. Se così fosse, la legalità-certezza e la legalità-procedura entrerebbero irrimediabilmente in tensione. E inoltre, il conflitto tra legalità-certezza e legalità-procedura emerge con nettezza nello specifico e controverso settore dell'analogia in materia penale:

²³ Corte costituzionale n. 364/1988.

²⁴ L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, cit., 9 ss.; ID., *Sulla crisi della legalità penale*, in S. Anastasia, M. Palma (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforme*, Milano, 2001, 67 ss.; ID., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di D. Ippolito e S. Spina, Napoli, 2014, 215-228; S. SENESE, *La riserva di codice*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, cit., 79 ss.

²⁵ Sulla determinatezza come canone di formulazione dei testi normativi e come canone ermeneutico per gli applicatori del diritto (che richiede il divieto di analogia e l'interpretazione "tassativizzante"), cfr. F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 333.

²⁶ Questo è in effetti il diverso significato della legalità penale presente negli ordinamenti di *common law*, nonché nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che utilizza una nozione materiale di legalità nella quale la legalità formale (legislativa) è integrata dagli apporti interpretativi della giurisprudenza.

al fine di privilegiare le esigenze di certezza, e dunque di evitare scostamenti caso per caso dallo schema legale, si dovrebbe escludere l'ammissibilità del ricorso all'analogia anche *in bonam partem*²⁷; di contro, la legalità-garanzia richiede che siano rimesse all'organo democraticamente responsabile solo le scelte in materia di criminalizzazione, nulla ostando che il principio democratico ceda il passo al principio del *favor rei* quando ciò è tecnicamente possibile (notoriamente, nel caso dell'estensione analogica delle cause di giustificazione). Infine, la tensione tra le due anime del principio di legalità penale si verifica anche nei casi di dichiarazione di incostituzionalità di una legge penale di favore, con effetti *in malam partem*²⁸: può accadere infatti che la Corte costituzionale dichiari l'incostituzionalità di tali norme sulla base di vizi del procedimento democratico (irragionevolezza, eccesso di delega), con potenziali effetti retroattivi o comunque incertezza della normativa applicabile ai fatti verificatisi prima della dichiarazione di incostituzionalità (in casi simili la Corte rinvia per lo più ai giudici comuni la questione della possibile retroattività dell'espansione dell'area del penalmente illecito, con sibilline raccomandazioni al rispetto dei principi generali dell'ordinamento).

Infine, come anticipato nel paragrafo precedente, esistono vari modi di intendere sia il concetto di certezza giuridica, sia il carattere democratico dei modi di produzione del diritto (varie possibili *concezioni* dei relativi *concetti*), e vari possibili gradi e modalità di attuazione dell'una e dell'altra. Così, l'esigenza di certezza potrebbe richiedere anche la tassatività (divieto di analogia) e la riserva di legge, ma solo a condizione che si nutra una certa sfiducia sulla capacità di raggiungere un sufficiente grado di prevedibilità delle decisioni che i giudici possono raggiungere in generale, e in particolare facendo uso dell'analogia; ma nulla impedisce che, in un dato contesto storico, ideologico e istituzionale, analoga sfiducia sia nutrita verso il legislatore, e che di contro si ripongano notevoli aspettative di ordinazione e stabilizzazione dei materiali normativi nei confronti della giurisprudenza o della scienza giuridica.

4. Legalità penale e giurisdizione: il caso del diritto vivente

Come ho detto più volte, il principio di legalità penale appare oggi in tensione da molteplici punti di vista: sia sotto l'aspetto della funzione "di certezza", o di garanzia formale, sia sotto l'aspetto della funzione "di garanzia", o di garanzia procedurale.

²⁷ P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, 131; G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, 1978, 958.

²⁸ V. ad es. Corte costituzionale nn. 394/2006, 28/2010, 5/2014.

Dal primo punto di vista, vengono in considerazione soprattutto l'ipertrofia e il disordine della produzione normativa in materia penale (spesso frutto di scelte asseritamente emergenziali, e in quanto tali episodiche e derogatorie), la sua scarsa conoscibilità e le difficoltà interpretative cui da sovente luogo.

Dal secondo punto di vista, vengono in evidenza lo scadere della qualità della deliberazione legislativa in un contesto politico-parlamentare ad impostazione sostanzialmente maggioritaria; l'acquisizione, in via di fatto, di ampi poteri di produzione normativa da parte del governo (decreti-legge e decreti legislativi), che in vario modo svuotano o almeno indeboliscono le prerogative del Parlamento in materia penale; la sempre crescente rilevanza in materia penale della dimensione europea, nelle due diverse forme della normativa dell'Unione europea e del diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁹.

In questo paragrafo conclusivo mi concentrerò su uno specifico punto di tensione che sembra sintetizzare preoccupazioni ed esigenze che derivano da entrambi i pilastri assiologici della legalità penale: mi riferisco alla questione del diritto penale giurisprudenziale.

Si tratta di un vero e proprio incrocio di questioni filosofico-giuridiche, ideologico-politiche, e istituzionali: sulla sede giurisdizionale si scaricano infatti gran parte dei problemi e delle tensioni che affliggono a monte la legalità penale, per un verso rendendo straordinariamente complicata la fase della *quaestio iuris* nella funzione giurisdizionale (tanto da rendere un vero e proprio relitto dell'archeologia ideologico-giuridica l'immagine del giudice *bouche de la loi*, o la legittimazione tendenzialmente "cognitiva" del giudice penale³⁰), e per altro verso legittimando, in via di fatto, la figura del giudice come punto di equilibrio e di unificazione di un sistema sempre più frammentato al suo interno, ed esposto a vari e complessi flussi di produzione normativa provenienti dall'esterno: infatti è proprio in sede giudiziaria che dovrà essere ricomposto lo specchio rotto delle fonti del diritto, con l'interpretazione sistematica e soprattutto con l'interpretazione adeguatrice o "conforme a" (alla Costituzione, al diritto dell'Unione europea, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia o della Corte europea dei diritti dell'uomo...)³¹.

A ciò si aggiunga un dato filosofico-giuridico che ormai si può dare (quasi) per scontato: e cioè la (quasi) totale reiezione del formalismo interpretativo, dell'idea che il giudice possa agire da mero, meccanico applicatore di una norma

²⁹ G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge*, cit.

³⁰ Rivendicata invece con forza, almeno come ideale regolativo, da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., cap. I; ID., *Il paradigma garantista*, cit., 61-77.

³¹ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012. E si possono leggere sempre in questa chiave i ripetuti inviti che la Corte costituzionale rivolge ai giudici comuni a risolvere le questioni di difetto di determinatezza delle leggi penali con tutti gli strumenti ermeneutici disponibili, anche nel quadro dell'ordinamento nel suo complesso.

giuridica già completamente e perfettamente preparata in sede legislativa. Che la giurisprudenza, in quanto attività anche interpretativa, apporti necessariamente qualche tipo di contributo nel processo di produzione del diritto (la scelta e la conformazione della premessa maggiore del sillogismo normativo) è ormai pressoché scontato, sia nel dibattito teorico-giuridico, sia tra i giuristi positivi. Questa tesi può assumere crescita esponenziale, poi, se associata all'idea fortemente rivendicata dagli orientamenti ascrivibili all'ermeneutica giuridica, secondo cui ogni interpretazione è anche un procedimento analogico, il ragionamento analogico è l'essenza stessa del ragionamento giuridico: con la conseguenza che il giudice non solo crea necessariamente diritto all'interno dei confini indicatigli dal legislatore, ma che tali confini in realtà non esistono³².

Io credo che ci sia del vero in queste idee – perfino nella tesi ermeneutica della natura sostanzialmente analogica del ragionamento giuridico, così come di molti altri tipi di ragionamento. Il diritto non è (solo) un insieme di testi legislativi (o di fonti del diritto), ma è anche l'insieme delle interpretazioni di questi testi. Il diritto è un insieme di *disposizioni* e di *norme*. E dunque la dimensione interpretativa è ineliminabile ed imprescindibile nella vita del diritto: l'idea stessa del diritto vivente rischia di essere fuorviante, se viene intesa come un sovvertimento del diritto vigente, nel senso che i testi abbiano un “loro” vero significato, poi usurpato dagli interpreti. È vero invece che la produzione e l'interpretazione del diritto sono attività per certi versi cooperative e per certi versi conflittuali o antagonistiche: ed entrambe concorrono a formare il diritto “oggettivo”. E che l'interpretazione e il ragionamento giuridico in generale abbiano una ineliminabile componente analogica non significa che l'interprete non abbia punti di riferimento al di là dell'irriducibilità del “caso”: l'analogia può bene essere utile all'interprete per muoversi all'interno della cornice legislativa e per precisarne il contorno. La centralità del momento interpretativo, il riconoscimento della sua irriducibile componente creativa, dunque, non portano necessariamente a scardinare o a rendere irrilevante il principio di legalità penale.

Ebbene, tutto ciò posto, come dovrebbe essere ripensata la legalità penale a fronte dell'impossibilità del formalismo interpretativo, di un'interpretazione giuridica puramente dichiarativa? Credo che un tentativo di risposta a questo interrogativo debba seguire entrambi i binari tracciati dal duplice fondamento assiologico del principio di legalità (certezza e garanzia), e che conduca ad una proposta di po-

³² In argomento, A. KAUFFMAN, *Analogia e «natura della cosa»*. Contributo alla dottrina del tipo (1982), a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2004; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, spec. 82-111, 152-165; nella letteratura penalistica, l'approccio ermeneutico è guardato con interesse da G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale* (2001), in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 33 ss.

litica del diritto, o di politica dell'interpretazione giuridica, in cui venga differenziato nettamente il ruolo dei giudici comuni e quello della Corte costituzionale.

Prendiamo le mosse da una sommaria descrizione della situazione attuale nella giurisprudenza penale italiana, con particolare riferimento alla questione della determinatezza delle leggi penali. Si tratta evidentemente di una semplificazione, di una approssimazione ad una realtà complessa in cui non mancano dati giurisprudenziali contraddittori. Inoltre, la questione della determinatezza non è nemmeno l'unico contesto in cui viene in rilievo il problema del diritto penale giurisprudenziale³³: ma è quello che meglio mi permette di evidenziare la delicata dialettica tra Corte costituzionale e giudici comuni e le sue ripercussioni sulla dinamica della legalità penale.

Dunque, in base ad uno schema che si può ritenere ormai abbastanza consolidato, in casi di incertezze interpretative derivanti da una formulazione indeterminata dei testi legislativi la Corte costituzionale adotta di solito una di queste tre soluzioni:

a) se si è formata una serie consolidata di interpretazioni giurisprudenziali (un diritto vivente), la Corte raccomanda al giudice di verificare non se *la disposizione in sé* sia indeterminata³⁴, ma se la disposizione *come interpretata dalla prevalente giurisprudenza* sia ancora indeterminata; se il diritto vivente consente di chiarire un testo che nella sua originaria formulazione era confuso, indeterminato ecc., allora la questione è risolta, il problema di indeterminatezza è superato in via interpretativa e giurisprudenziale.

b) se invece non si è ancora formato un diritto vivente sulla questione, la Corte prova a dare indicazioni ai giudici ordinari su come interpretare in senso costituzionalmente conforme la disposizione dubbia;

c) se, infine, si è formato un diritto vivente che sotto il profilo della determinatezza, o anche sotto altro profilo, la Corte costituzionale considera contrario alla Costituzione (talvolta perché i giudici ordinari o la Cassazione hanno disatteso un'interpretazione precedentemente proposta dalla Corte), la Corte dichiara l'incostituzionalità del diritto vivente stesso (precisamente: della disposizione così come interpretata dalla giurisprudenza ecc.)³⁵.

³³ Per una più ampia ricognizione, v. G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I – Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 239 ss.; ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008.

³⁴ *Rectius*: la disposizione come interpretata dal giudice *a quo*.

³⁵ Per alcuni esempi di questo schema dialettico tra Corte costituzionale e altri giudici, M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2010, 48-49, 52-58.

Mi sembra, nel complesso, un indirizzo abbastanza criticabile, per diverse ragioni. Innanzitutto esso è solo apparentemente rispettoso del versante democratico del principio di legalità, perché seguendo lo schema sopra ricostruito si può facilmente tollerare una sostanziale riscrittura, in via giurisprudenziale, delle scelte di politica legislativa.

Inoltre è un indirizzo scarsamente rispettoso del versante “certezza” del principio di legalità. Possiamo infatti distinguere due profili della certezza del diritto (o determinatezza): una certezza per i destinatari (i “cittadini”) e una certezza per gli organi dell’applicazione. Riprendendo la distinzione kelseniana tra norma “primaria” e norma “secondaria” (la prima è la norma rivolta all’organo dell’applicazione, e prescrive l’applicazione della sanzione per l’illecito; la seconda è la norma rivolta al cittadino e definisce il contenuto dell’illecito³⁶), potremmo distinguere tra una “certezza primaria” e una “certezza secondaria”. La certezza primaria si ha quando gli organi dell’applicazione sono in grado di risolvere agevolmente la *quaestio iuris*; la certezza secondaria si ha quando il cittadino è messo in condizione di conoscere in maniera agevole cosa deve fare o non fare per non incorrere in sanzioni penali. La ragione per cui ho introdotto questa distinzione dovrebbe essere evidente: le due dimensioni della certezza non sono né concettualmente né empiricamente collegate in maniera necessaria: il diritto può essere abbastanza o del tutto certo per gli organi dell’applicazione, pur potendo essere avvolto da una cortina di mistero per i cittadini³⁷. Il problema investe in qualche misura anche i casi in cui la Corte riduce con sentenze manipolative l’ambito della punibilità penale stabilito dal legislatore³⁸: in questi casi, infatti, con un dispositivo che rinvia “a quanto espresso in motivazione”, si può creare una notevole incertezza sulla reale portata della norma: la Corte agisce come co-legislatore, riscrive i testi legislativi alla luce della Costituzione, ma di fatto finisce per rendere il diritto penale più incerto e indeterminato.

Ora, quando la Corte costituzionale insiste nell’indicare ai giudici comuni una linea interpretativa – conforme a Costituzione e in grado di assicurare la determinatezza del precetto penale – ha palesemente in mente solo o soprattutto la certezza “primaria”: ma non è affatto detto che il diritto vivente, o il diritto reso determinato dall’intervento interpretativo della Corte costituzionale, sia più acces-

³⁶ Per una efficace ricostruzione della distinzione tra norma primaria e norma secondaria in Kelsen, v. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, 1999, 206-208.

³⁷ A livelli parossistici e grotteschi, questa sembra essere in effetti l’atmosfera che circonda Josef K. nel *Processo* di Kafka.

³⁸ In proposito v. M. D’AMICO, *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 254 ss.

sibile e comprensibile al cittadino³⁹. Con la conseguenza di incrementare, con la scusa di perseguire la determinatezza, la dimensione tecnica, specialista ed esoterica del linguaggio giuridico. Ma in un settore peculiare come il diritto penale, che è finalizzato a guidare *ex ante* le condotte dei cittadini affinché non siano commesse certe azioni (detto in maniera semplicistica), certi *mala*, e le cui conseguenze sanzionatorie sono molto gravi, forse sarebbe il caso di guardare più alla comprensibilità e alla certezza “secondaria” che a quella “primaria”⁴⁰. Ciò è tanto più vero oggi, peraltro: grazie all’informatica e alla telematica oggi si moltiplicano le possibilità di accesso diretto e gratuito del cittadino all’informazione giuridica, intesa però come conoscenza dei testi legislativi⁴¹ – mentre la conoscibilità degli orientamenti giurisprudenziali, anche di quelli dominanti, richiede un grado di professionalizzazione e di abilità tecnica di solito fuori della portata del cittadino medio. E inoltre, in assenza di un sistema di precedenti vincolanti o tendenzialmente vincolanti, non c’è alcuna garanzia che quell’indirizzo interpretativo sarà effettivamente seguito dalla giurisprudenza⁴².

Il vizio è, probabilmente, all’origine: infatti la preoccupazione preponderante della Corte, in tutti questi casi, sembra essere di evitare lo *horror vacui* conseguente ad una dichiarazione di incostituzionalità di una legge penale.

In conclusione, dunque, quale è l’atteggiamento interpretativo che si può auspicare in vista della realizzazione del grappolo dei valori riconducibili alla legalità penale? Come dicevo, occorre distinguere giudici comuni e Corte costituzionale. Ai giudici comuni dovrebbe essere richiesto di fare ricorso ad interpretazioni costituzionalmente orientate in funzione restrittiva dell’area della punibilità: dunque, sia in caso di indeterminatezza, sia nel caso in cui la lettera della legge sia sufficientemente chiara ma presenti sospetti di incostituzionalità, il giudice comune dovrebbe impegnarsi se possibile in una reinterpretazione costituzionalmente conforme in senso restrittivo. Se possibile: cioè nella misura consentita dal linguaggio comune, strumento elastico ma non indefinitamente manipolabile. Ove invece ciò non sia possibile, il giudice comune deve evidentemente rinviare la questione alla Corte costituzionale: quest’ultima, ove ravvisi l’indeterminatezza

³⁹ Si tenga inoltre presente che l’individuazione del diritto vivente può bene essere a sua volta un problema delicato anche per un giurista di professione, e che può facilmente mutare nel tempo (molto più facilmente di una legge). E dunque che anche la certezza “primaria” è così tutt’altro che scontata.

⁴⁰ Questa peraltro era anche la preoccupazione espressa dalla Corte nella storica sentenza sulla *ignorantia legis* (n. 364/1988).

⁴¹ V. ZENO-ZENCOVICH, *Codificazione e informazione giuridica*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, 9 ss.; ID., *Il «diritto ad essere informati» quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in *Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2006, 1 ss.

⁴² Sull’esigenza di una “cultura del precedente” anche in ordinamenti di *civil law*, v. G. FIAN-DACA, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit.

del testo penale, non dovrà consigliare interpretazioni migliori ma dovrà semplicemente pronunciare una sentenza di accoglimento.

È vero che ciò creerà una lacuna o un vuoto di tutela, nel breve periodo. Ma nel medio periodo è possibile che si determini un miglioramento della qualità della legislazione penale, quando il legislatore si renderà conto che la sciatteria legislativa non troverà più l'ancora di salvezza nella giurisprudenza "correttiva" o interpretativa della Corte costituzionale.

I grandi temi
*Il discorso di Papa Francesco
all'Associazione internazionale di diritto penale*

FILIPPO MAGGI

UNA CONVERGENZA (LAICA) TRA SACRO E PROFANO

1. La necessità di riflettere sulla percorribilità e, in un secondo momento, sulla validità di nuovi modelli di giustizia umana che si inseriscano in una prospettiva di commiato da ogni forma di paradigma sanzionatorio retributivo, apre all'interrogativo se sia possibile, o doveroso, strutturare risposte al crimine caratterizzate da un supporto etico-teologico. In altre parole, è in gioco la scommessa della (possibile) individuazione di un orizzonte interpretativo nel quale forgiare un'ipotesi di revisione degli attuali strumenti sanzionatori che consenta di «recuperare, ferme le reciproche sfere di competenza, un apporto proprio del pensiero teologico alla riflessione laica sulla riforma delle sanzioni penali (*lato sensu* intese) e, in genere, delle modalità di prevenzione dei reati»¹. Un eventuale contributo dell'approccio biblico al tema giustizia sulla riforma degli strumenti sanzionatori consentirebbe, infatti, di creare i presupposti per l'avvento di un autentico, quanto inedito, dialogo tra due retroterra culturali necessariamente differenti, capace di alimentare reciproche contaminazioni valoriali.

Il discorso di Papa Francesco, «appassionato e straordinario per la forza e il rigore del ragionamento»², pronunciato lo scorso 23 ottobre a una delegazione dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale, nella Sala dei Papi del Palazzo Apostolico, rappresenta certamente una tappa importante di un processo di progressiva coincidenza tra sensibilità di matrice religiosa e identità culturali scevre da riflessi etici.

L'intervento del Pontefice, strutturato in una Introduzione, tre capitoli divisi in vari paragrafi e una Conclusione, offre una disamina puntuale della *frattura* che si verifica, ormai da tempo immemore, tra le dinamiche concrete in cui si estrinseca il diritto penale (e il significato, continuamente mutevole, che assumono i suoi istituti) e un preciso orizzonte normativo considerato vincolante: in altri termini, le

¹ L. EUSEBI, *Un'asimmetria necessaria tra il delitto e la pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014, p. 1023. Il contributo dell'autore, "sostenitore" della possibilità di individuare un punto di incontro tra una giustizia *salvifica* e una concezione laica del diritto penale, rappresenta un'analisi attenta della Lettera di Papa Francesco ai partecipanti al XIX Congresso Internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale e al III Congresso dell'Associazione Latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia.

² M.A. CALABRÒ, *La missione dei giuristi contro i sistemi penali fuori controllo*, in *www.corriere.it*.

parole del Papa inducono a riflettere sui problemi emergenti dal sistema criminale in generale³ e, quindi, sulla kelseniana discrasia tra l'“essere” e il “dover essere” del diritto penale e della pena.

Lo sfondo concettuale sul quale si staglia il discorso di Bergoglio è rappresentato dalla questione, declinabile in termini problematici, concernente le possibili funzioni della sanzione penale: un tema, quest'ultimo, forse dimenticato dalla dottrina più recente, ma certamente capace di «intercettare la modernità»⁴ e di veicolare i più importanti principi normativi posti alla base delle principali scelte di politica criminale.

2. Le premesse, di natura sociologica, che rappresentano il prologo del contributo del Papa, affondano le radici in periodi storici diversi e ben determinati, e consentono quindi di operare una lettura integrata, unitaria e, allo stesso tempo, dinamica e dialettica, degli aspetti problematici e delle “devianze” di ogni sistema penale. Il primo *periculum* sottolineato dal Pontefice, denominato «incitazione alla vendetta» e caratteristico della «mitologia» e delle «società primitive», è insito nella risposta, dai connotati certo irrazionali, che gli ordinamenti hanno sovente posto in atto di fronte al perpetrarsi di crimini: la «violenza» e la «vendetta, pubblica e privata, non solo contro quanti sono responsabili di aver commesso delitti, ma anche contro coloro sui quali ricade il sospetto, fondato o meno, di aver infranto la legge».

La seconda premessa coinvolge, invece, il fenomeno del c.d. «populismo penale» e l'utopica credenza che la sanzione penale possa colmare e sostituire l'assenza di serie politiche sociali, economiche e di inclusione sociale. L'immagine più nitida ed emblematica della espressione più pericolosa del populismo penale – il riferimento corre alla creazione di un cd. “diritto penale del nemico” – è il ghetto, un non-luogo dove concentrare tutte le figure stereotipate *dalla* società e

³ È condivisibile la convinzione di Pittaro secondo cui il riferimento di Papa Francesco non è circoscritto al (solo) sistema penale, ma a tutti quegli ordinamenti che presentano tali aspetti di problematicità (cfr. P. PITTARO, *Papa Francesco e le emergenze del sistema penale*, in www.personaedanno.it).

⁴ L'espressione è di F. D'AGOSTINO, *Un nuovo linguaggio dei diritti dell'uomo*, in *Iustitia*, 2012, p. 418. Non deve sorprendere, e non è da considerare un'ingerenza “poco gradita” nelle vicende inevitabilmente “laiche” della società, il contributo del Pontefice in questo ambito. Del resto, proprio lo scorso 15 novembre il Papa ha tenuto un discorso all'Associazione dei Medici Cattolici, assumendo una posizione particolarmente rigida e non priva, certamente, di cospicue ricadute pratiche: «non c'è dubbio che ai nostri giorni, a motivo dei progressi scientifici e tecnologici sono notevolmente aumentate le possibilità di guarigione fisica; e tuttavia, per alcuni aspetti sembra diminuire la capacità di ‘prendersi cura’ della persona, soprattutto quando è sofferente, fragile e indifesa» (cfr. M. ANSALDO, *Aborto, il Papa ai medici: “Fate obiezione”*, in *la Repubblica*, 16 novembre 2014).

minacciose *per* la società⁵: «non si cercano soltanto capri espiatori che paghino con la loro libertà e con la loro vita per tutti come era tipico nelle società primitive, ma oltre a ciò talvolta c'è la tendenza a costruire deliberatamente dei nemici».

Il profilo centrale del discorso del Pontefice ruota intorno al rispetto della dignità dell'uomo e si armonizza, pertanto, con le eredità e i risvolti applicativi dell'art. 27, comma 3, della nostra Costituzione e, in particolare, con il principio della rieducazione del soggetto colpevole. In questa prospettiva, l'(ovvio) rifiuto della pena di morte istituzionalizzata e di tutte le esecuzioni extragiudiziali od extralegali⁶, è accompagnato dal richiamo a giudici e operatori del sistema penale a “rivitalizzare” il dibattito su una precisa concezione del diritto penale. Papa Francesco, infatti, nel rimarcare come si sia affievolita la discussione sulla sostituzione del carcere con altre sanzioni penali alternative, auspica che l'armamentario di strumenti repressivi rappresenti l'estrema *ratio*, e che il ricorso alla detenzione risulti «limitato ai fatti più gravi, contro gli interessi individuali e collettivi più degni di protezione».

Sempre in un'ottica improntata alla rieducazione del condannato, e quindi in linea con il dettato costituzionale, è il richiamo alle condizioni di vita nei penitenziari e, in forma velata, al fenomeno del sovraffollamento carcerario, acuito dall' (ab)uso della misura della custodia cautelare, «forma contemporanea di pena illecita occulta, al di là di una patina di legalità». Strettamente connesso al problema dei «detenuti senza condanna» – ed anzi speculare ad esso – è quello riguardante «i reclusi senza giudizio, condannati senza che si rispettino le regole del processo»: emerge, in tutta la sua importanza, il riferimento al canone costituzionale del “giusto processo” e, in particolare, al principio di legalità che *deve* informare tutto l'*iter* di accertamento della verità (processuale). Non solo, e prima ancora: il richiamo del Papa all'importanza della procedura formale, della regola di giudizio, implica e presuppone la presenza e la normatività di «un discorso pubblico che favorisca la ‘fusione di orizzonti’ come incessante opera di

⁵ La metafora del ghetto è particolarmente allusiva: il Papa, infatti, in riferimento alla tendenza a «costruire deliberatamente dei nemici» da parte della società, ha affermato che «i meccanismi di formazione di queste immagini sono i medesimi che, a suo tempo, permisero l'espansione delle idee razziste».

⁶ In particolare, Papa Francesco ricorda come l'errore giudiziale e l'utilizzo come strumento di soppressione della dissidenza politica o di persecuzione delle minoranze religiose e culturali, rappresentino soltanto due dei principali argomenti in grado di negare ogni forma di legittimazione alla pena di morte. Per una disamina della posizione della Chiesa Cattolica in riferimento alla pena di morte e, in particolare, per un confronto tra le linee raggiunte negli ordinamenti statali e nella dottrina canonica, si veda M. PISANI, *Recenti posizioni della Chiesa Cattolica sulla pena di morte*, in *Iustitia*, 2012, p. 27 ss.

dialogo e di mediazione tra la pluralità di ragioni espresse da mondi e identità differenti»⁷.

Papa Francesco dedica una larga parte del suo monito ad alcune forme di criminalità che, da un lato ledono in misura enorme la dignità della persona e, dall'altro, trovano la complicità, o il semplice benestare, delle autorità pubbliche, queste ultime auto-private, pertanto, di ogni tratto di moralità. Si tratta, in particolare, del delitto di tratta delle persone, riconosciuto come crimine contro l'umanità e come crimine di guerra dal diritto internazionale e da molte legislazioni nazionali, e del fenomeno della corruzione: «la scandalosa concentrazione della ricchezza globale è possibile a causa della connivenza di responsabili della cosa pubblica con i poteri forti. La corruzione è essa stessa anche un processo di morte: quando la vita muore, c'è corruzione». E' compito del legislatore, quindi, perseguire con maggiore severità le forme di corruzione che causano gravi danni sociali e creano ogni sorta di ostacolo al funzionamento della giustizia con l'intenzione di procurare l'impunità per le proprie malefatte o per quelle di terzi»⁸.

L'intera allocuzione di Papa Bergoglio è, quindi, incentrata sulla cautela nell'applicazione della pena come principio che deve reggere i sistemi penali e sull'esplicito riconoscimento della dignità della persona come criterio ispiratore e gerarchicamente sovraordinato di ogni scelta legislativa: proprio il paradigma della dignità – concetto, questo, foriero di numerosi ed eterogenei risvolti applicativi – funge non solo come limite all'arbitrio e agli eccessi dell'autorità pubbliche, ma anche, e soprattutto, come criterio di orientamento e di guida per il perseguimento e la repressione delle condotte criminose.

⁷ G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma, 2006, p. 176. Cfr. anche P. RICOEUR, *Percorsi del riconoscimento. Tre studi*, Milano, 2005, secondo il quale il diritto si fa garante delle molteplici argomentazioni di segno opposto e dei cd. percorsi di riconoscimento; si veda anche B. PASTORE, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Torino, 2013, pp. 69-70: «il processo esemplifica il modello della giustizia procedurale imperfetta, che si ha quando esiste un criterio indipendente per decidere quale risultato sia giusto, ma la procedura utilizzata, se pur costruita in vista del conseguimento di tale scopo, non garantisce in maniera certa l'esito giusto».

⁸ Il tema della corruzione, peraltro, è presente, seppure celatamente e in una concezione più ampia, anche nella *Lettera di Papa Francesco ai partecipanti al XIX Congresso Internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale e al III Congresso dell'Associazione latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia*, pubblicata dal quotidiano *L'Osservatore Romano*, Anno CLIV, n. 129, 8 giugno 2014. Il Pontefice, in questa circostanza, sottolinea l'influenza determinante del contesto sociale – una sorta di *corresponsabilità* della società – rispetto alla configurazione degli illeciti: «non poche volte la delinquenza affonda le sue radici nelle disuguaglianze economiche e sociali, nelle reti della corruzione e nel crimine organizzato, che cercano complici tra i più potenti e vittime tra i più vulnerabili (...). Una società retta solamente dalle regole del mercato, e che crea false aspettative e bisogni superflui, scarta quanti non sono all'altezza e impedisce ai lenti, ai deboli e ai meno dotati di farsi strada nella vita».

Volendo sintetizzare al massimo le parole del Papa – e accettando il rischio di incorrere in alcune semplificazioni forse eccessive – non sembra azzardato sostenere che il discorso di Bergoglio consacrò, definitivamente, l'abbandono di ogni forma di retribuzionismo: il continuo richiamo alla dignità del soggetto, alla legalità delle procedure di accertamento della verità processuale, alla sanzione penale come estrema *ratio*, alle condizioni di vita nei penitenziari, rappresenta certamente il tentativo di affrancare la *giustizia* da concezioni assolute e l'agire dell'uomo dalle conseguenze del contrappasso penale.

3. Del resto, le parole del Papa non costituiscono di certo un *unicum* al riguardo, se già il cardinale Martini, nel 1996, sottolineava come «il ricorso alla pena detentiva (...) dovrebbe essere concepito in termini di rigorosa *extrema ratio*, da riferirsi essenzialmente ai casi in cui sussista un pericolo attuale di reiterata aggressione ai beni fondamentali. Andrebbe in tal senso privilegiata l'utilizzazione di forme sanzionatorie diverse dal carcere, che in molti casi potrebbero assumere un significato costruttivo (...) pur restando significativamente impegnative per chi ad esse sia assoggettato»⁹.

Anzi, proprio l'abbandono dell'ideale retributivo e il contestuale assestamento su concezioni penali finalisticamente orientate in senso special-preventivo rappresentano il *leit motiv* prevalente della più recente dottrina cattolica, da un lato, attenta a chiarire l'insostenibilità della pretesa attuale di dare un fondamento teologico alla visione retributiva del diritto penale e, dall'altro, intenta a “spezzare” l'ormai acquisita identità concettuale tra Sacre Scritture e concezione retributiva della pena. Da un punto di vista diacronico, è sempre più ampio l'orientamento dottrinale che “rivisita” i passi veterotestamentari offrendo una chiave di lettura spuria di connotati retributivi: Wiesnet afferma, infatti, che lo scopo delle sanzioni, per la Bibbia, «può consistere solo nel condurre il condannato alla conversione» attraverso una espiazione finalizzata al «reinserimento dell'agente nella società e al suo avvenire, nonché allo *shalom* di

⁹ C.M. MARTINI, contributo al convegno *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*, Roma, 16-18 maggio 1996. Si vedano, al riguardo, anche le parole pronunciate da Papa Giovanni XXIII nell'Enciclica *Pacem in terris*: «l'autorità che si fonda solo o principalmente sulla minaccia o sul timore di pene o sulla promessa e attrattiva di premi non muove efficacemente gli esseri umani nell'attuazione del bene comune posto che l'autorità è, soprattutto, una forza morale». Considerazioni di questo tenore permettono di operare un parallelismo interpretativo con le parole pronunciate da Papa Pio XII al XI Congresso Internazionale di Diritto Penale (1953) e al IV Congresso dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani (1954), proiettate, invece, in un orizzonte ermeneutico di natura prettamente retributiva, ove “colpa” e “pena” assumono il significato di “colpo” e “contraccolpo” (si veda il riferimento bibliografico contenuto in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1954, p. 782).

quest'ultimo con se stesso e la comunità»¹⁰. In questa prospettiva, i tratti di violenza, di irrazionalità attribuiti nella Bibbia a Dio sarebbero il frutto di un processo di contaminazione storica: «anche Israele», afferma Eusebi citando Padre Lohfink, «condividerebbe l'esperienza di base della violenza ed i meccanismi di 'capro espiatorio'», ma l'agire di Dio si inserirebbe in questa realtà «non già imponendosi dall'esterno, bensì rispettando il processo di maturazione storico-culturale del popolo»¹¹.

4. L'eredità biblica, così come interpretata dalle posizioni più innovative della dottrina cattolica, rappresenta la premessa probabilmente più idonea per una disquisizione "laica" sul necessario carattere risocializzativo e compensativo della sanzione penale: citando sempre Eusebi, se la logica retributiva costituisce lo sforzo di razionalizzare il male che da sempre impegna l'umanità, «potremmo perfino accettarlo, il male, se colpisse con saggia giustizia distributiva, commisurata alla colpa (...)». Dopo Auschwitz, tuttavia, e con la definitiva caduta delle teodicee classiche che pretendevano di giustificare il male, di razionalizzarlo, «ci manca la possibilità di inscrivere positivamente nella giustizia del *Logos* ciò che al *Logos* non compete»¹²: il problema del male-disgrazia, che non evidenzia un soggetto agente colpevole e che colpisce, invece, un palesemente innocente ben determinato, appare non risolvibile, proprio rispetto alle vittime, con la punizione del colpevole. Il male, quindi, è il male, «resta quello che è, e mancano strumenti umani per poterlo cancellare»: di conseguenza, l'assunto secondo cui, «se una sciagura accade», allora «deve esserci stato un altro male (una colpa, nell'ottica retributiva l'unico vero male), che lo implica come necessità ontologica e lo qualifica come gesto restauratore del bene»¹³, non tiene (più) alla prova dei fatti e cala (da sé) la scure sulla

¹⁰ E. WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra Cristianesimo e pena*, Milano, 1987, pp. 117-118. Secondo l'autore, infatti, nella Bibbia non avrebbero l'effetto di allontanare il reo dalla società e di isolarlo rispetto ad essa, ma, all'opposto, dovrebbero consentire un movimento di ritorno verso la comunità attraverso il perseguimento di una dimensione latamente risocializzante della pena.

¹¹ Cfr. L. EUSEBI, *Cristianesimo e retribuzione penale*, in L. EUSEBI, (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e Hegel*, Milano, 1989, p. 173 ss.: «i tratti crudeli del Dio veterotestamentario rappresenterebbero allora 'proiezioni umane derivanti da stadi transitori di una società in cammino dalla violenza verso la non violenza', di un popolo che solo nell'esperienza del soffrire saprà progressivamente scorgere il volto non velato del vero Dio».

¹² G. MELCHIORRE, *Per una teodicea simbolica*, in *Teodicea oggi?*, a cura di M.M. OLIVERTI, in *Archivio di Filosofia*, I-III, 1988, p. 119.

¹³ Cfr. L. EUSEBI, *Le istanze del pensiero cristiano e il dibattito sulla riforma del sistema penale nello Stato laico*, in *Iustitia*, 2008, pp. 260-261.

legittimità e sul fondamento dell'ideale retributivo¹⁴. L'errore delle teodicee classiche – e in ciò si concentra l'obiezione (giusta) di Sciuto – è consistito nella pretesa di spiegare «il male vedendo nel male stesso una finalità integrabile dentro l'ordine della natura»¹⁵: il male, invece, nella sua onto-logica irrazionalità è ir-risolvibile e si configura come un problema eminentemente pratico, nei confronti del quale non sono date soluzioni, ma risposte, determinate e storicamente determinabili.

Alla luce degli accenni appena effettuati, il *caput rei* di una simile sensibilità emergente in seno alla dottrina cattolica pone le basi per una concezione della sanzione penale intesa in termini non di negazione, ma di *promozione* della dignità umana dei suoi destinatari.

In quest'ottica, andrebbe riscoperta la prospettiva di un giustizia intesa come «forma della riunione di ciò che è separato»¹⁶: l'effettività della pena, infatti, si verifica nell'istante in cui chi ha violato la legge torni a riconoscerne l'intangibilità, rendendo nuovamente possibile il ripristino di «relazioni autentiche con Dio, con se stessi, con gli altri»¹⁷.

Una seconda esigenza desumibile da una riflessione cristiana sul problema criminale è individuabile nella coscienza della corresponsabilità della società nella genesi dei fattori che incidono sulle scelte criminali (*chi è senza peccato scagli la prima pietra...*): solo tale senso di corresponsabilità può consentire l'assunzione degli impegni necessari per una serie azione preventiva, attraverso un piano di interventi educativi, politico-sociali e giuridici (*affirmative actions*).

In terzo luogo, la pena, in quanto «misura esprime premura» verso «chi ha commesso il male e verso la società», non può che «suscitare in chi ha commesso il male la volontà di espiare e di riparare»¹⁸: le sanzioni penali, quindi, dovrebbero condurre alla instaurazione di un rapporto positivo fra autore di reato e società, nonché tra autore di reato e vittima.

Infine, una autentica «giustizia del primo passo» dovrebbe garantire che, anche laddove la tutela del bene comune richieda sanzioni consistenti nella

¹⁴ Ricoeur, criticando l'assunto retribuzionista, forse un po' provocatoriamente si chiede: «poiché la punizione è una sofferenza reputata meritata, chissà se ogni sofferenza non è, in un modo o nell'altro, la punizione di una colpa personale o collettiva, conosciuta o sconosciuta?» (P. RICOEUR, *Il male. Una sfida alla filosofia e alla teologia*, Brescia, 1993, p. 69).

¹⁵ Cfr. I. SCIUTO, *La realtà del male secondo il pensiero contemporaneo*, in AA.VV., *Del bene e del male. Tradizioni religiose a confronto*, a cura di M. Raveri, Venezia, 1997, p. 275.

¹⁶ P. TILLICH, *Amore, giustizia e potere*, Milano, 1994, p. 66.

¹⁷ Il virgolettato riporta le parole pronunciate da Papa Giovanni Paolo II nel messaggio per la Giornata mondiale per la pace del 1997.

¹⁸ K. BARTH, *La pena non può riparare il male*, in AA.VV., *La funzione della pena: il commiato da Kant e Hegel*, a cura di L. EUSEBI, Milano, 1989, pp. 141-142.

limitazione di diritti, la privazione della libertà rimanga ancorata a credibili finalità risocializzative.

Le quattro tendenze di fondo caratteristiche del “nuovo corso” cattolico rappresentano gli aspetti di maggiore contatto con la natura profana, «indissolubilmente legata al mondo degli uomini e solo ad esso»¹⁹, del diritto penale moderno, una costruzione temporale retta da principi suoi propri, autonomi rispetto a qualsiasi forma di dogmatismo: in altre parole, proprio il radicale rifiuto della concezione retributiva rappresenta un «felice punto di incontro» del pensiero teologico contemporaneo con il diritto di una società che non persegue scopi trascendenti o, ancora, con una interpretazione “laica” dei principi costituzionali in materia penale²⁰.

5. Del resto, la nostra stessa Costituzione, la fonte del diritto per eccellenza, rappresenta l'immagine più nitida e, per certi versi più eloquente, di una anticipazione – non meramente ancorata all'aspetto ermeneutico – di un processo osmotico di reciproca contaminazione tra un approccio “salvifico” dell'agire di Dio secondo Giustizia e un *logos*, calato, per definizione, in una prospettiva di emancipazione da ogni sorta di dogmatismo.

Infatti, una simile e inedita convergenza di vedute tra il Sacro e il profano assume come terreno privilegiato di incontro proprio la Carta Costituzionale, capace di veicolare e compendiare in sé le scelte fondamentali compiute in un dato contesto sociopolitico, assicurando una maggiore omogeneità fra l'assetto sociale e il sistema normativo: la mediazione costituzionale, infatti, in quanto immagine riflessa delle tensioni, dei valori e degli atteggiamenti ideali della realtà sociale, comprende (anche) quelle «forme di coscienza che riflettono la coscienza cristiana rettamente formata»²¹.

Senza nutrire l'ambizione – e a *fortiori*, senza riscontrare la necessità – di giustificare razionalmente alcuna *doxa* dai connotati legati a tradizioni giusnaturalistiche, non pare azzardato, infatti, considerare la Costituzione come specchio fedele di un tessuto sociale, economico e culturale ben radicato all'interno di precise coordinate spazio-temporali. La Costituzione, dunque, come eterogeneità valoriale ricondotta a unità, a *ordo*, attraverso – e in ciò risiede la sua forza – una imperterrita e mai sopita, volontà collettiva, capace di coagulare intorno a sé il consenso necessario per una *scrittura* condivisa dei

¹⁹ Cfr. F. STELLA, *Laicità dello Stato penale: fede e diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 309 ss.

²⁰ Cfr. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1207 ss.

²¹ Cfr. F. STELLA, *op. cit.*, p. 317.

principi immanenti e delle regole del gioco che, da questi ultimi, derivano: «il risultato fu agevolmente conseguito, perché i costituenti, eletti liberamente dalla totalità del popolo italiano, non si ritennero un circolo esclusivo, ma si sentirono chiamati a leggere la società nei suoi valori, negli interessi in essa diffusi, nei suoi fatti di vita, così come la coscienza collettiva nella sua ritrovata autonomia segnalava nitidamente»²².

Cercando, ora, di offrire una possibile risposta all'interrogativo descritto in partenza, non pare azzardato sostenere che i concetti di punizione, colpa e giustizia possono trovare cittadinanza nell'ambito di un perimetro interpretativo e normativo che abbracci e che, anzi, si ponga a cavallo tra una sfera culturale di matrice religiosa e una struttura giuridica più propriamente "laica". Se, infatti, una rivisitazione dei passi veterotestamentari consente di rendere giustizia a un'idea di Giustizia in essi contenuti – affrancandola da una caratterizzazione in senso retributivo – e se la stessa Carta Costituzionale, tesa a valorizzare la rieducazione del reo, rappresenta un punto di mediazione culturale fra istanze diverse, viene meno ogni tentativo di dare linfa nuova a prospettazioni manichee che pongano su piani distinti e incompatibili i reciproci "contributi giuridici" offerti.

Ma cosa caratterizza, dunque, un simile terreno di incontro? In primo luogo, l'abbandono di ogni ideale retributivo, non solo nel senso del «rifiuto di una ritorsione *in senso naturalistico* della condotta criminosa o dei suoi effetti nei confronti di chi l'abbia tenuta», ma anche nel senso del «rifiuto di una corrispondenza *analogica* (Hegel avrebbe detto *di valore*) tra reato e pena», che sappia interpretare, ed esprimere, «l'esigenza di un'irrinunciabile diversa qualitativa tra reato e conseguenze sanzionatorie»²³.

Una simile dimensione del concetto di punizione schiude la possibilità di costruire risposte al reato "geometricamente variabili", in quanto individualizzate sul soggetto colpevole: per riprendere le parole di Eusebi, «l'evolversi delle sanzioni penali in un senso diverso da quello correlato alla visione retributiva

²² P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, p. 14. L'autore, infatti, nel ripercorrere le modalità fattuali con cui è nata la Carta Costituzionale – e, quindi, in ragioni di simili modalità – si sofferma sulla natura e sul ruolo che essa *deve* presentare: «il vero interlocutore dei costituenti fu il cittadino comune identificato nella concretezza della sua esistenza quotidiana, il notevole così come il minimo, l'ultimo. E' per tutti loro che la Carta vuole proporsi quale indispensabile breviario giuridico, trattando di religione e di cultura, di paesaggio, di salute e di educazione, di strutture economiche e di formazioni sociali» (p. 14). Si veda, inoltre, per una disamina seria e condivisibile concernente le caratteristiche, e l'evoluzione, dei diversi ordini politici ed istituzionali, il pensiero di Stefano Rodotà, il quale afferma che soltanto «l'abbandono di principi e diritti che, storicamente, connotano un ordinamento» determina «il passaggio da un regime a un altro, proprio per il mutamento di ciò che è posto al suo fondamento. L'accento su principi e diritti fondamentali, allora, individua il precipitato storico di vicende politiche, sociali ed umane, e dell'elaborazione culturale che le ha accompagnate» (cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2013, p. 11).

²³ L. EUSEBI, *Un'asimmetria necessaria*, cit., pp. 1024-1025.

esige prioritariamente, tuttavia, che si recuperi il profilo di una risposta al reato intesa come *percorso* piuttosto che come *corrispettivo*»²⁴. La sanzione penale, dunque, come progettazione, anche dinamica, capace di ristabilire un rapporto di reciproca *fiducia* tra il soggetto agente, la società e la vittima del reato: una fiducia che ri-consegna centralità alle relazioni tra i soggetti implicati nel crimine, riconoscendo e garantendo quel sentimento di dignità in ogni posizione soggettiva coinvolta.

²⁴ L. EUSEBI, *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, Brescia, 2014, p. 154: «solo nell'ambito, inoltre, di una risposta al reato intesa quale percorso e non quale provvedimento inflitto a priori *contro* il condannato, cioè a suo danno, possono essere recuperate, già in sede processuale, dimensioni di dialogo».

LUCIANO VIOLANTE

POPULISMO E PLEBEISMO NELLE POLITICHE CRIMINALI

1. Il discorso del Papa ai penalisti, uscendo dai caratteri di un intervento di circostanza, ma questo Papa ci ha abituato, ha affrontato il tema dell'abuso del diritto penale, questione chiave per definire il rapporto tra libertà e autorità. Le linee conduttrici dell'intervento sono state la difesa della dignità della persona e il dovere dei giuristi di garantire questo valore.

Ma Francesco non si limita a questi richiami. Denuncia che i sistemi penali sono fuori controllo e individua la causa di questa degenerazione nel populismo penale, la credenza che mediante la pena "si possano ottenere quei benefici che richiederebbero l'implementazione di un altro tipo di politica sociale economica e di inclusione sociale".

"Non si cercano solo capri espiatori, continua il messaggio del Papa, che paghino con la loro libertà e la loro vita per tutti i mali sociali, come era tipico nelle società primitive, ma oltre a ciò talvolta c'è la tendenza a costruire deliberatamente dei nemici: figure stereotipate che concentrano in sé stesse tutte le caratteristiche che la società percepisce o interpreta come minacciose".

La questione più rilevante, perché attiene alle radici delle attuali deformazioni della giustizia criminale¹, tanto nelle aule di giustizia quanto in quelle parlamentari, riguarda la riflessione sul populismo penale, che investe la società, la politica, i mezzi di comunicazione e l'amministrazione della giustizia².

2. Il diritto penale vive una stagione difficile. Nella pratica giudiziaria è schiacciato dalla prevalenza della procedura. Nella pratica parlamentare è ridotto a tecnica di accoglienza delle istanze vendicative che vengono dalla società e dai mezzi di comunicazione. Il dominio della procedura nelle aule dei tribunali è determinato dalla crisi del processo come luogo ove si accerta, con modalità ragionevoli, la responsabilità per un fatto che costituisce reato. La lunghezza dei tempi, la prevalenza della spettacolarizzazione dovuta all'incidenza dei mezzi di comunicazione, l'incertezza delle interpretazioni, la frammentazione di categorie

¹ G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Giappichelli, Torino, 2015.

² G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in questa *Rivista*, 2013, p. 95; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, p. 123

originariamente unitarie, hanno trasformato il processo in un teatro dove la dialettica tra accusa e difesa diventa competizione di furbizie attorno alla regola processuale o all'escamotage procedurale. Prevale così una visione ludica del processo, gara di astuzie, non misura di responsabilità. Sempre più spesso, la dialettica processuale non riguarda la valutazione delle prove, ma la loro legittimità; non la ricorrenza della fattispecie incriminatrice, ma l'abilità procedurale del P.M. e del difensore. La norma penale resta confinata alla periferia del sistema. Le incertezze sul diritto sostanziale consigliano di rifugiarsi nei meandri della procedura e usare quei meandri per uscire vincitori. I gorgi del processo hanno perciò inghiottito il significato stesso delle fattispecie incriminatrici, come limiti chiari e certi della potestà punitiva dello Stato. Per la preoccupazione demagogica di rispondere in forma giornalmisticamente efficace alle pressioni dei mezzi di comunicazione, tanto le fattispecie incriminatrici quanto le regole processuali sono descritte con formulazioni a-tecniche e lasciano ampi spazi al caso, alla creatività del giudice, alla arbitrarietà della interpretazione come frutto malato non della ragione giuridica ma dell'autoritarismo giudiziario. Ne consegue la lesione del principio di prevedibilità delle conseguenze penali delle scelte dei cittadini, che è la dimensione moderna del principio di legalità.

3. D'altra parte società, mezzi di comunicazione e potere politico chiedono sempre più spesso all'autorità giudiziaria non l'accertamento della responsabilità penale di singoli attraverso l'applicazione della legge, ma il conseguimento di una finalità generale: la "lotta" contro la mafia, il terrorismo o la corruzione. Il P.M. o il giudice, com'è proprio delle fasi populistiche, diventano magistrati di scopo: devono punire, duramente, il guidatore sbadato, per ammonire tutti i guidatori, devono individuare il politico o il pubblico funzionario potenzialmente colpevoli di malversazione perché rientrano nel tipo d'autore che il populismo ha configurato. P.M. e giudice sono spinti, proprio per assecondare questa pressione e per dare al proprio "prodotto" il senso di essere nel *mainstream*, a conferire un significato punitivo generale alle loro azioni, anche prescindendo dal caso che hanno sotto mano. Conseguentemente tendono ad inserire nella inchiesta giudiziari impropri sul "sistema", di carattere generale o di carattere morale, che possono essere utilmente ripresi dai mezzi di comunicazione, o a coinvolgere nelle motivazioni delle proprie decisioni personalità del tutto estranee, i cui comportamenti non hanno alcuna rilevanza penale, ma che per la loro notorietà possono dar luogo a una significativa risonanza mediatica, e a conseguire quella finalità generale che politica e società hanno richiesto loro. La norma incriminatrice e la regola processuale in un contesto siffatto servono più a costituire i presupposti per consentire comunque l'intervento giudiziario che a determinare le condizioni per la

dichiarazione di responsabilità o di estraneità rispetto a un fatto oggetto della *notitia criminis*.

Gli slittamenti progressivi dalla politica al diritto penale hanno come conseguenza principale la spoliticizzazione della democrazia, che viene sottratta a istituzioni politicamente responsabili, governi e parlamenti, e al controllo dei cittadini.

L'affidamento delle scelte relative ai diritti dei cittadini e all'ordine della Repubblica alle tecnocrazie degli avvocati che sollevano questioni e dei magistrati che su quelle questioni decidono, lasciando le istituzioni elette dai cittadini nel ruolo di comprimari, getta una luce preoccupante sulle possibili trasformazioni dello Stato costituzionale di diritto. Non a caso, con riferimento a questa situazione, si è parlato di «Giuristocrazia»³.

Una precisazione è però necessaria: in alcuni casi l'abuso di motivazione ha un intento difensivo delle indagini quando queste si sono indirizzate verso personalità dotate di un significativo potere politico, finanziario o mediatico. In questi casi l'abuso ha finalità preventive nei confronti di prevedibili accuse di superficialità o di spirito di persecuzione. Un atteggiamento più rispettoso nei confronti delle indagini giudiziarie da parte del mondo politico potrebbe aiutare a superare questa fase di confuso abusivismo da parte di tutti i protagonisti.

4. Nelle aule parlamentari e, più in generale, nello spazio pubblico il primato della sanzione prescinde dalla natura dell'oggetto e dalla coerenza del sistema: che tipo di pena, in quale misura, con quali accorgimenti. È determinato da motivazioni di carattere strumentale nelle quali il tipo e la misura della pena sono scelti non per stabilire un'equa punizione, ma per acquisire consenso davanti all'opinione pubblica, per impedire la prescrizione, per consentire le intercettazioni. Ne deriva l'alterazione della proporzione tra gravità oggettiva del reato ed entità della sanzione e l'ingresso in campo di nuove gerarchie di valori, spesso prive di razionalità giuridica perché dettate dallo spirito del tempo, dalla convenienza politica, dalle pressioni di giornali e *talk show*. La questione è resa spinosa dall'esistenza di un blocco mediatico e politico che ha eletto la giurisdizione penale come unico terreno di governo del Paese, di legittimazione degli amici e di delegittimazione degli avversari. Se si pensa al clamore che ha circondato prima durante e dopo l'inutile, a fini processuali, testimonianza del Presidente Napolitano nel processo di Palermo sulla cosiddetta trattativa, si possono individuare con certezza le componenti di questo blocco mediatico e politico. In un momen-

³ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, Harvard University Press, Cambridge Mass.-London, 2004.

to di difficoltà dell'accusa e di allontanamento del processo dalle prime pagine dei quotidiani, la richiesta di testimonianza da parte del Capo dello Stato risolveva momentaneamente le sorti mediatiche dell'indagine e risponde agli orientamenti giuristocratici di una parte dell'opinione pubblica e del mondo politico. Ciò che rende vincente la dimensione mediatica del processo rispetto a quella giurisdizionale, è il balbettio delle forze politiche che non hanno sposato la causa della giuristocrazia, ma non danno battaglia politica su questo terreno che è di civilizzazione del Paese. Chi si comporta in questo modo non comprende che il dovere di una classe dirigente è, appunto, dirigere, dire i no necessari, spiegare con argomenti razionali; ma molti preferiscono mettere la vela in favore di vento ignorando che quel vento potrebbe portarli sugli scogli.

5. L'illusione repressiva propria degli anni Settanta e Ottanta, quando le classi politiche dirigenti rispondevano con restrizioni processuali, vincoli alla libertà personale e aumento delle pene a nuovi fenomeni criminali o alla recrudescenza di quelli tradizionali, tenendo però ferme le categorie proprie del diritto penale, e comunque non derogando alla propria funzione dirigente, è stata sostituita dall'illusione populista, che quelle categorie invece hanno sconvolto. È una tendenza presente nella società, nel mondo giudiziario, nella politica, in base alla quale, come ricorda il Papa, i problemi sociali si risolvono attraverso la sanzione penale, la costruzione del nemico, l'individuazione di colpevoli da criminalizzare, come tipi di autore. Questo è un punto che il Pontefice tocca con forza particolare. L'opinione pubblica ha creato alcuni tipi di autore: da un lato lo straniero immigrato povero e dalla parte opposta della scena il politico, il pubblico funzionario. Costoro rientrano nel tipo d'autore del soggetto pericoloso o del soggetto comunque responsabile; frequentemente se ne chiede la punizione, a prescindere dalla commissione di un fatto; perché sono immigrati o titolari di funzioni politiche. La norma che, prima della sentenze 249 e 250 del 2010 della Corte Costituzionale stabiliva come indiscriminata aggravante la condizione di immigrato clandestino rispondeva appunto a questo *revaival* del tipo di autore. Allo stesso criterio sembrano rispondere quelle istanze provenienti in gran parte dallo stesso mondo politico che considerano causa di esclusione dal conferimento di importanti responsabilità per chiunque abbia rivestito funzioni politiche, indipendentemente dal modo in cui quelle funzioni sono state svolte.

Il Pontefice ricorda efficacemente che "I meccanismi di formazione di queste immagini sono i medesimi che, a suo tempo, permisero l'espansione delle idee razziste".

L'opinione pubblica ignora che il diritto penale può punire ma non può risanare. La politica ha il compito di risanare. Ma se è la politica ad affidarsi al diritto

penale, chi si assumerà il compito di risanare? Nessuno; o si ricorrerà ancora una volta alla magistratura come sorta di esercito di riserva della politica. Il capo dell'autorità anticorruzione è un magistrato; in molti comuni e in qualche Regione un magistrato ricopre responsabilità particolarmente delicate, Sindaco a Napoli, assessore alla Sanità in Sicilia, assessore alla Trasparenza a Roma, per citare solo alcuni casi.

Questo processo di arretramento civile non è dovuto al caso.

Le condizioni di disagio economico e la difficoltà di nutrire fiducia nel futuro hanno dato corpo a un diffuso rancore sociale alimentato dai mezzi di comunicazione che dedicano una parte significativa del loro spazio alle malefatte, vere o presunte, di veri o presunti privilegiati. Ne deriva un processo di costruzione del nemico al quale concorrono i dibattiti parlamentari, le inchieste giudiziarie, i *talk show* televisivi. Il principale capro espiatorio è il settore pubblico e, all'interno di questo, chi ha responsabilità politiche o chi le ha avute. A questo punto il mondo politico per dimostrare la propria volontà di combattere il malaffare non costruisce una propria etica pubblica, si tira indietro facendo entrare sulla scena i magistrati che per l'opinione pubblica appaiono più adatti della politica ad affrontare i problemi della corruzione e del malgoverno.

6. Le conseguenze di questo stato di cose sono evidenti. Una inchiesta giudiziaria non ha rilievo, non assurge all'empireo delle prime pagine o dei telegiornali nazionali se non cita un politico di rilievo, anche se del tutto estraneo alle indagini. Ne deriva il consolidarsi di un'opinione per la quale le cose andrebbero bene se non ci fossero i politici o i burocrati e quindi che bisogna punire gli uni e gli altri perché responsabili. La punizione assume una funzione vendicativa e, nelle interpretazioni prevalenti è destinato ad esercitare una funzione risanatoria, perché l'espulsione dal sistema pubblico di chi è indicato come responsabile avrebbe l'effetto miracoloso di cancellare le disfunzioni. Se poi le disfunzioni permangono è segno non che la cura era sbagliata ma che non si è punito abbastanza e quindi che bisogna rendere le pene più pesanti, i controlli più penetranti, più diffusi i commissariamenti.

Le radici di questa trasformazione stanno nel diverso atteggiamento della società e dei mezzi di comunicazione nei confronti dell'idea stessa di governo. Nel secolo scorso era prevalente l'idea che le società dovessero essere governate dalla politica e ci si batteva perché gli indirizzi della politica corrispondessero agli indirizzi del partito cui si apparteneva, o del quale si era elettori, oppure agli interessi della propria categoria sindacalizzata, impiegati, artigiani, operai, imprenditori, insegnanti etc. Questa tendenza comportava un giudizio non negativo sulla politica nel suo complesso, rinvigoriva la conflittualità sulle grandi linee di indirizzo

politico e la partecipazione dei cittadini. Nel secolo in cui viviamo le società hanno perso l'idea che debbano essere governate dalla politica, anche perché la politica (a differenza dal secolo scorso) sembra aver rinunciato all'idea che la propria funzione sia quella di governare la società, soppiantando questa idea con l'altra per la quale la società dev'essere sempre e comunque assecondata. Il governo avrebbe la funzione di assecondare le spinte sociali evidenti, quelle che emergono dai sondaggi di opinione, dai dibattiti televisivi, dai *social network*. Nell'antichità gli aruspici e gli oracoli tentavano di comprendere la volontà degli dei; i sondagisti cercano di interpretare la volontà del popolo. Ma i primi avevano più senso dei secondi perché i politici non rappresentavano gli dei. Quando la democrazia è rappresentativa, rappresenta cioè i cittadini, sono i rappresentanti che dovrebbero assumere una funzione di orientamento e di governo della società. Sarebbe sciocco contestare la validità dei sondaggi; ma è contestabile l'uso dei sondaggi al fine di fare ciò che i sondaggi dicono che i cittadini vogliono, anche quando la domanda è sbagliata.

La disintermediazione sociale portata avanti sino ad oggi con molta determinazione da molti leader politici, con la conseguente scelta di una interlocuzione diretta con la società, ha involontariamente rafforzato le istanze populiste e corre il rischio della Grande Semplificazione come linea conduttrice della narrazione politica. Conseguisce la sopravvalutazione delle competenze comunicative, la marginalizzazione degli argomenti razionali, la sopravvalutazione di quelli emotivi.

Un rischio da prevenire è lo scivolamento dalla semplificazione alla banalizzazione. Come spiegò una volta un grande maestro di politica, chi semplifica toglie il superfluo e ne è consapevole, chi banalizza toglie inconsapevolmente l'essenziale. L'illusione populista nasce proprio dall'idea che la politica non abbia alcuna funzione di mediazione tra confliggenti interessi e di risoluzione dei conflitti su un piano strategico, ma debba limitarsi a riprendere e realizzare le domande, vere o presunte che vengono dalla società, meglio da quella parte della società che ha i mezzi per interloquire o il peso per pretendere. Questo esercizio delle funzioni di governo, sotto l'apparente schermo della democraticità, può prestarsi a forme di incontrollato autoritarismo, oltre che di rifiuto della funzione stessa della rappresentanza politica.

7. Più volte nelle righe precedenti sono stati chiamati in causa i mezzi di comunicazione.

Il codice di procedura penale del 1988 aveva individuato nel dibattimento il luogo della formazione della prova. Per consolidare questa scelta aveva vietato la diffusione della documentazione investigativa con le regole sul segreto, sul divieto di pubblicazione di atti o immagini, sulla formazione dei fascicoli processuali.

Con il decorrere del tempo il baricentro è tornato inesorabilmente verso la fase delle indagini. Hanno contribuito alla ricentralizzazione della fase delle indagini molti fattori: le conferenze stampa delle Procure della Repubblica assistite da alti ufficiali dei corpi di polizia, spesso privi della qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria, ma forniti di una indubbia autorevolezza; la sapiente fornitura ai mezzi di comunicazione e all'opinione pubblica di documenti accusatori "inoppugnabili"; le fluviali motivazioni dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, con molte pagine dedicate alla trascrizione integrale di intercettazioni spesso ininfluenti ai fini delle indagini ma idonee a fornire prova della indegnità morale dei personaggi chiamati in causa. Ma è evidente che il giudizio di indegnità morale è estraneo ai compiti e alle responsabilità della giurisdizione. Per tali vie si costruisce una verità che si ferma ai documenti presentati dall'accusa. Ma il dato emergente è che si costruisce una tesi, accusatoria o assolutoria, sulla base di pochi elementi, senza conoscere l'intero processo, sulla base di valutazioni aprioristiche, parziali e spesso superficiali. Il fine è lo spettacolo, non la verità.

A proposito di quest'ultima variante delle patologie del processo, l'ex direttore de La Stampa e del TG1, Marcello Sorgi, il primo aprile 2015, nel corso di una trasmissione televisiva, ha dichiarato "Eravamo a Napoli nel 2008 con altri quattro colleghi seduti al Caffè Gambrinus... Un collega riceve una telefonata e poco dopo dalla Prefettura arriva un funzionario che ci porta cinque chiavette usb con 450 pagine". Contenevano tutte le intercettazioni, anche quelle "privatissime", dell'inchiesta sulla moglie di Clemente Mastella, all'epoca ministro della Giustizia. In pratica un istituto del governo, la prefettura, aveva messo nelle mani della stampa documenti idonei a far cadere il governo, nel caso diretto da Romani Prodi; e il governo infatti cadde. Spesso il dibattito pubblico ruota attorno al tipo di autore: il politico o il pubblico funzionario rientrano nella categoria dei corrotti per definizione, la madre accusata (non condannata) di aver ucciso il figlio nella categoria delle "matri assassine", con sociologi e psicologi che spiegano i caratteri della categoria inducendo involontariamente lo spettatore a collocare "quella" madre nella categoria.

In coerenza con l'indirizzo espansivo delle motivazioni dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, il lessico della comunicazione giornalistica in materia si è arricchito di una nuova categoria, la categoria del coinvolto. Il coinvolto è non solo chi è stato arrestato, chi è stato destinatario di una comunicazione giudiziaria, ma anche chi è semplicemente citato nella motivazione di un provvedimento giudiziario (caso D'Alema nella vicenda tangenti a Ischia) o in un documento allegato impropriamente a quelli depositati, anche se si tratta di vicende estranee all'oggetto dell'inchiesta (caso dei colloqui tra Renzi e il vice comandante generale della Guardia di Finanza). La categoria permette di trattare tutti allo stesso modo, indipendentemente dalla posizione che occupano nell'inchiesta

giudiziaria. Favorisce quindi la costruzione del nemico anzi il consolidamento dell'idea che ci sia un nemico da abbattere, in genere il politico o il pubblico funzionario.

8. Nei primi decenni di vita della Repubblica hanno dominato alcune grandi etiche pubbliche, cattolica, comunista, repubblicana, liberale. Si sono scontrate in particolare le prime due: quella comunista indurita dai principi del centralismo democratico e dalla concezione eroica dell'impegno politico, quella cattolica ammorbidita dalle contingenti esigenze del governo e da una visione tollerante delle umane debolezze. Tuttavia le diverse etiche avevano alcuni comuni denominatori: la dignità delle istituzioni, la necessità del dialogo tra avversari, l'opportunità del compromesso, il primato del partito e della politica. Esse derivavano non solo dall'impianto teorico delle diverse culture civili, ma da una storia comune, fortemente intrecciata alla storia dell'Italia repubblicana. Erano caratterizzate dal riconoscimento del valore fondativo della Lotta di Liberazione e della scelta repubblicana, dal primato della Costituzione, dal riconoscimento del valore delle istituzioni rappresentative. Questo idem sentire consentiva, pur nella tensione dello scontro politico, la costruzione di una rete di principi, prassi, consuetudini parlamentari che ruotavano attorno al concetto della dignità delle istituzioni della Repubblica, del loro carattere di bene della nazione, del dovere di ciascuna parte e di ciascun singolo di rispettarle e di farle rispettare. Non mancarono eccezioni, anche rilevanti, a questi principi, ma si trattava appunto di eccezioni, che, proprio per il loro carattere derogatorio, confermavano indirettamente il primato dei principi etici che regolavano la sfera pubblica.

Questi principi nascevano dalla proiezione nella sfera pubblica della vitalità dei partiti, delle idee, degli impegni e delle narrazioni che caratterizzavano ciascuno di essi. La progressiva decadenza della capacità dei partiti di comprendere, organizzare e rappresentare la società, ha svuotato la sfera pubblica e la possibilità di riferirsi a quelle culture per condividere un'identità e anche un complesso di valori morali. In due recenti importanti riflessioni provenienti da campi molto lontani tra loro⁴, si è sottolineato come per effetto dell'attuale svuotamento della sfera pubblica, oggi le antiche appartenenze collettive, quella comunista, quella fascista, quella democristiana, quella socialista hanno assunto un significato puramente privato. Definirsi oggi democristiano o comunista appartiene alla sfera del privato individuale rapporto con una cultura e una ideologia, ma non comporta più un'appartenenza pubblica e collettiva. Nel recente passato invece quel-

⁴ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena, 2014, p. 32 ss; Z. BAUMAN, E. MAURO, *Babel*, Laterza, 2015, p. 28.

le identità non erano frutto di visioni private o di private appartenenze; erano visioni del mondo e avevano una dignità di pubbliche *Weltanschauungen* del pluralismo politico riconosciuto⁵.

Scomparsa l'etica politica, l'unico complesso di valori idonei a costituire parametri per dare giudizi di ammissibilità o inammissibilità, di liceità o offensività dei comportamenti delle personalità politiche è rimasto quello desumibile dal codice penale. Il codice penale costituisce oggi la Magna Charta della politica. Ne fanno fede quelle disposizioni di legge relative alla incandidabilità di chi abbia ricevuto alcuni tipi di condanne penali; nessuno vietava ieri o potrebbe vietare oggi a un partito di candidare chi è ritenuto indegno di presentarsi alle elezioni per "rappresentare la nazione senza vincolo di mandato". Eppure tutti i partiti nella legislatura in corso hanno concordato sulla necessità di una norma impeditiva della candidatura che si fondasse proprio sulle condanne penali di modo che chi apparisse senza carichi penali potesse essere considerato di per sé degno di chiedere, e ottenere, il consenso dei cittadini. Come è stato scritto: "*criminally innocent = politically correct*"⁶.

Il codice penale è così diventato il principale strumento dell'ordine politico. Sui gravi problemi sociali si invoca l'intervento penale come panacea e come forma di legittimazione di sé stessi davanti a cittadini. Questo primato del penale come terreno del risanamento sociale ha scatenato una forma di pericolosa rincorsa alle sanzioni più severe, al trattamento penale più rigoroso, alla norma incriminatrice più indeterminata al fine di aumentare le possibilità dell'intervento penale. Il cittadino comune, stimolato dalla carenza di pensiero critico di una parte della comunicazione, pensa a sua volta che invocare più pena possa costituire una soluzione e tende a valutare il comportamento dei politici sulla base della loro volontà di penalizzazione. Questi politici trovano perciò nel diritto penale un facile terreno di conquista del consenso.

9. Dal discorso del Papa emerge la denuncia di una sorta di integrazione tra una domanda di repressione esemplare, e quindi iniqua, che viene dalla società e le risposte condiscendenti del mondo politico senza capacità o volontà di mediazione. È denunciato un temibile corto circuito destinato a produrre frutti velenosi. Scomparse o delegittimate le istituzioni intermedie, che sono quelle della razionalità e della mediazione, costruito un rapporto diretto tra il leader e la società, proposte alla società risposte banalizzanti e sollecitata la società a proporre domande dello stesso carattere, il populismo diventa inevitabile. La comunica-

⁵ Così M. DONINI, *Il diritto penale*, cit., p. 33.

⁶ M. DONINI, *Il diritto penale*, cit., p. 34.

zione semplificata, o banalizzata, non propone un ragionamento, una valutazione degli argomenti e una conclusione razionale. Propone un messaggio. È immediata, facile da comprendere, disponibile a farsi giudicare con i “mi piace”, il cui numero a sua volta segna il successo o l’insuccesso del leader. Essa attiva a sua volta semplificazioni e banalizzazioni dalla parte dei cittadini e disabitua alla riflessione. Sarebbe sciocco pretendere di mettere al bando le comunicazioni di questo tipo; ma è altrettanto sciocco conferire loro il monopolio della comunicazione politica. Né i *talk show* possono fare molto di più anche se il format del *David Letterman Show*, ad esempio, o di qualche rara nostra trasmissione televisiva, dimostra che un giornalista preparato, con un interlocutore per volta, può riuscire a mettere insieme le esigenze proprie della trasmissione televisiva con quelle di una comunicazione capace di informare, seria e rispettosa della verità.

10. Il rischio è che lo scivolo del populismo ci porti verso la sua dimensione più spregevole che è quella del plebeismo. Con tale espressione, che sarebbe meritevole di ulteriori approfondimenti si intende segnalare quei comportamenti politici che tendono a suggerire o a provocare movimenti di popolo che chiedono condanne esemplari o assoluzioni altrettanto esemplari. Più volte in Parlamento e fuori del Parlamento sono echeggiate domande di questo tipo⁷. Non è difficile passare da gesti isolati, per quanto pericolosi, a più gravi provocazioni, soprattutto quando si è smarrita a regola aurea secondo la quale occorre che le parti politiche stabiliscano un limite al conflitto per non disestare l’intero sistema politico. Viene in mente quella riflessione di Machiavelli nei Discorsi sulla prima Deca di Tito Livio quando, nel commentare le ragioni della grandezza della Roma repubblicana, il segretario della Repubblica fiorentina le individua nella capacità di regolare il conflitto impedendo che fosse esiziale per la stabilità di Roma⁸. Se si pensa al De Gasperi che dopo la sconfitta sulla cosiddetta legge truffa, che non scattò per soli 54.000 voti, respinge gli inviti dei suoi a chiedere il ricalcolo dei voti pur essendoci più di un milione di schede nulle, bianche o contestate o a Togliatti che dopo l’attentato del 1948 invita alla calma, si ha modo di rilevare come per quei dirigenti politici la pace sociale e il benessere della nazione prevalessero su qualsiasi interesse di parte.

⁷ Si pensi in particolare ad alcune proposte di parlamentari e dirigenti del Movimento Cinque Stelle oppure al corteo di 150 parlamentari di Forza Italia guidati dall’allora Ministro della Giustizia Angelino Alfano, marzo 2013, davanti a Tribunale di Milano e all’aula dove si teneva un processo contro il leader del partito.

⁸ N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima decina di Tito Livio. Dell’arte della guerra e altre opere*, a cura di R. Rinaldi, UTET, Torino, 2006, p. 451 ss.; il tema occupa i capitoli dal Quinto al Decimo.

Ora bisogna evitare lo slittamento. Forse i penalisti possono avere una funzione civile in questa opera, segnalando con autorevolezza e ricchezza di argomenti i limiti e i costi della espansione eccessiva del diritto penale, il carattere improvvido del ricorso al penale come politica pubblica restauratrice d'ordine, la necessità di politiche di risanamento che abbiano al centro non il carcere ma la dignità delle persone e delle istituzioni.

Tavola rotonda
*Il processo penale italiano
a venticinque anni dalla riforma del codice*

TAVOLA ROTONDA

IL PROCESSO PENALE ITALIANO A VENTICINQUE ANNI DALLA RIFORMA DEL CODICE

Nota introduttiva di RENZO ORLANDI

Il 14 gennaio 2015, presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna, si è svolta una tavola rotonda per ricordare e commentare con alcuni giuristi il primo quarto di secolo del nostro codice di procedura penale.

Erano presenti tre docenti di procedura penale e precisamente la prof.ssa Antonella Marandola (Libera Università del Mediterraneo), il prof. Daniele Negri (Università di Ferrara) e il prof. Francesco Zacchè (Università Milano-Bicocca); un magistrato di Cassazione, il cons. Luca Pistorelli; l'avvocato Francesco Sbisà del Foro di Milano. Si tratta di persone appartenenti a fasce generazionali che – nella loro vita professionale o di studiosi – hanno conosciuto solo il codice entrato in vigore il 24 ottobre 1989.

L'incontro, coordinato dal prof. Renzo Orlandi dell'Università di Bologna, si è concentrato su tre ambiti tematici. Ciascun partecipante è stato invitato a:

- a) fornire un sintetico bilancio di questi venticinque anni e a mettere in evidenza le principali difficoltà o contraddizioni registrate dalla riforma in questo quarto di secolo;
- b) individuare l'area o le aree di maggior sofferenza della nostra odierna giustizia penale;
- c) azzardare qualche proposta per uscire dall'attuale *impasse*.

Gli interventi sono stati audio-registrati e ciascun autore ha avuto qualche settimana di tempo per rivedere quanto detto e per ricavare dai *files* audio i testi qui di seguito riprodotti.

ANTONELLA MARANDOLA

1. *Sintetico bilancio di un venticinquennio.* – Un dato è certo, gli entusiasmi per quella “rivoluzionaria” riforma del processo penale si sono progressivamente spenti tra riforme e controriforme, nel contesto delle emergenze involutive e delle modifiche riequilibratrici che si sono succedute, spesso accavallandosi. Il processo

attuale è ben lontano da quel “nuovo processo” che nel 1989 aveva una sua innegabile “originalità” nella sua “tendenza accusatoria” che ne faceva uno strumento al tempo stesso, moderno e democratico.

Il suo significato più profondo doveva ricollegarsi – come emerge dal preambolo della legge-delega – alla scelta del modello accusatorio – seppur rivisitato alla luce della tradizione giuridica del nostro Paese in materia di giustizia penale – e dal riconoscimento dei valori contenuti nelle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia relative ai diritti della persona e al processo penale, quale espressione della scelta e del valore fondamentale su cui si reggeva.

Questa la premessa filosofica e la *ratio* di quell’impianto che, in reazione al sistema previgente [CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, Napoli, Morano, 1963], trova perno essenziale sulla distinzione netta tra p.m. e giudice; separazione tra fasi; valorizzazione del ruolo e della parità delle parti; tendenziale centralità del giudizio –c.d. contraddittorio per la prova, non sulla prova [SIRACUSANO, *Il nuovo codice di procedura penale*, in AA. VV., *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Padova, 1989, 11] – autosufficienza dello statuto cautelare, destinato ad assicurare le esigenze del processo e non quelle istruttorie o di difesa sociale. L’impostazione culturale e metodologica sottesa a quel rito tendeva all’(ideale) realizzazione dei diritti di difesa, della prova e del contraddittorio, quale basamento del “nuovo” processo di parti, in un’armonica sincronia tra fase pre-processuale e processuale, il cui spartiacque è costituito dall’udienza preliminare, e il dibattimento, momento centrale dell’esperienza processuale in cui le parti forniranno al giudice le prove delle rispettive pretese. La consapevolezza dell’elevata complessità operativa di un processo che muove su quelle premesse importò il moltiplicarsi dello strumentario operativo: la sua realizzazione poggiava (anche) sulla “scommessa” dei c.d. riti alternativi di stampo negoziale.

In questo quarto di secolo, gli interventi normativi, giurisprudenziali e sovranazionali hanno modificato le cose. Quella “fragile perfezione”, si è progressivamente trasformata e deformata. Il processo sorto, secondo la sua vocazione “naturale”, come strumento di accertamento della responsabilità di un soggetto in relazione ad un fatto di reato, come «diritto del suddito in faccia al legislatore, tanto se egli è innocente, quanto se egli è colpevole: perché anche il colpevole per essere tale non ha perduto la sua personalità giuridica; e la sua colpa lascia permanente in lui il diritto di non essere punito oltre il giusto» [CARRARA, *Prolusione al corso di diritto criminale dell’anno accademico 1873-1874*, 14], è mutato – talvolta – in mezzo di contrasto e di lotta ai fenomeni criminosi.

Ad essi, in questa sede, si può solo accennare. Da subito, quel modello risultò irto di difficoltà (c.d. torsione inquisitoria) e subì un’exasperata prova di resistenza nei suoi valori fondanti da una giurisprudenza costituzionale (sent. nn. 24, 254/1992 e n. 111/1993) che amputando la regola che vieta al giudice di usare co-

me prove le dichiarazioni raccolte dal p.m. lo “modificò geneticamente”. Con quel minimo spostamento “ci si ritrova nell’aberrazione inquisitoria”. L’arretramento, non sedato dalle successive novelle, impose la riscrittura dell’art. 111 Cost. e delle “regole per la giurisdizione” (l. 63/2001). Incalzanti emergenze – criminalità organizzata, aggressione terroristica, microcriminalità – hanno chiesto, *rectius* imposto, risposte in termini di sicurezza (fra le prime, d. l. 8.6.1992, n. 306, conv. con mod. dalla l. 7.8.1992, n. 356), mettendo a “dura prova” soprattutto il segmento investigativo. Lo statuto cautelare subì una forte prova di resistenza nel corso delle note vicende ambrosiane: “ricalibrato” dalle novelle che inaugurarono il periodo del c.d. “nuovo garantismo” (l. 332/1995 e 267/1997) e dalle dichiarazioni costituzionali, esso fu ri-strumentalizzato a fronte della successiva fase emergenziale (c.d. pacchetti sicurezza e decretazione d’urgenza), mentre, dopo le censure della Consulta e le condanne irrogate dall’Europa, rivive oggi – in parte – la sua vocazione originaria.

Peraltro, la prassi e la giurisprudenza, strette fra il riconoscimento dell’autonomia delle cautele dal giudizio di merito e la sovrapposizione delle misure cautelari con la pena, hanno incrementato fortemente il ricorso da parte delle Procure agli strumenti precautelari, pur caratterizzati da specificità e obbligatorietà, accentuando i poteri dei p.m. prima della convalida, accorciando i tempi decisionali sull’applicazione delle cautele, ampliando i tempi di restrizione, con il parziale aggraviamento della riserva di giurisdizione che connota la materia. Ma le riforme, com’è noto, non possono prescindere da specifiche situazioni storiche e ambientali. Costretto ora dall’ “emergenza” politica e sociale, ora dalle pressanti esigenze di economicità ed efficienza, il legislatore si è mosso anche sul versante sistematico (d. lgs. 51/1998 e l. 479/1999), introducendo delle modifiche che impressero un significativo e – non sempre convincente – mutamento e livellamento verso il basso delle garanzie e tutele (si pensi alla lesione della collegialità derivante dallo sviluppo della monocraticità), incrementato dalla costruzione di una giurisdizione “parallela” affidata ad un giudice onorario (d. lgs. 274/2000).

Inoltre, la struttura processuale – già diversificata per ragioni di competenza – si è ulteriormente sviluppata in percorsi differenziati creando dei veri sottosistemi procedurali, completando il panorama già articolato in ragione della condizione soggettiva degli imputati, con la presenza della giurisdizione – del tutto inedita – sulla responsabilità delle persone giuridiche (d. lgs. 231/2001). Tuttavia, il più evidente cedimento *dell’humus* culturale sul quale venne edificato il nuovo rito penale conseguì alla legge Carotti (l. 479/99) che mutò il rapporto fra udienza preliminare (filtro contro le imputazioni azzardate e di smistamento dei processi) e dibattimento. L’approdo innestò, a catena, la c.d. “doppia inquisitorietà” (indagini difensive) [RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 112 ss.].

Seguì la stagione della decodificazione legislativa, della destrutturazione del codice e delle prassi devianti che hanno stravolto la filosofia di fondo del modello del 1988; distonie, antinomie e sottosistemi speciali (criminalità organizzata; violenza sessuale) arricchirono progressivamente il codice [AMODIO, *Il processo penale fra disgregazione e recupero del sistema*, in AA. VV. *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003, 27 ss.]. Anche i riti alternativi, inizialmente additati di inquisitorialità da parte del giudice delle leggi (sent. n. 23/1992; n. 169/2003), hanno subito, in un'ottica deflattiva, profonde trasformazioni (patteggiamento "allargato" e estensione del procedimento per decreto) o manipolazioni (rito abbreviato) anche in un'ottica acceleratoria, densa di problematicità (c.d. immediato custodiale).

Su questo sfondo si sono mossi, peraltro, frammentari interventi legati alle contingenze: c.d. "legge delle rogatorie" (l. 367/2001); legge sul legittimo sospetto (l. 248/2002); "legge (ex) Cirielli (l. 251/2005)".

Forti tensioni hanno coinvolto la disciplina delle impugnazioni dopo la c.d. legge Pecorella (l. n. 46/2006). Al di là del valore del confronto culturale che in materia si è sviluppato, l'intervento – molto controverso – della Corte costituzionale, nonché quello delle Sezioni Unite in materia ha annullato, in parte, gli effetti della riforma. Sull'altare dell'effettività delle sanzioni è stato – ingiustamente – sacrificato il c.d. concordato sui motivi e sulla pena, ancorché non connotato da nessuna premialità. Di quell'intervento resistono, nei limiti dell'interpretazione del Supremo Collegio, le riforme introdotte in tema di motivi di ricorso per cassazione in relazione al controllo della motivazione deducibile non solo dal testo della decisione ma anche da atti (probatori) specificatamente indicati nel ricorso. La revisione, dopo la pronuncia della Corte costituzionale (sent. n. 113/2011), attende l'introduzione dell'ipotesi connessa alla sopravvenuta decisione della Corte europea in tema di violazione dei diritti espressi nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo; è, invece, stata prevista la ricorribilità, davanti alla stessa Cassazione, delle sentenze pronunciate dal Supremo Collegio sulla base di un errore percettivo o di fatto.

Su tale complesso e farraginoso quadro, come accade ogniqualvolta gli interventi legislativi, sorretti da logiche diverse, si stratificano nel tempo e si sovrappongono, si staglia la presenza delle nuove fonti – comunitaria e convenzionale – che hanno demolito regole auree del sistema interno o creato un reticolo sempre più fitto di previsioni, aventi il valore di norme interposte e di regole, che si sovrappongono, si scontrano con le scelte nostrane o le arricchiscono (da ultimo, d. lgs. 101/2014).

Progressivamente, in conformità agli ordinamenti d'oltralpe [per tutto, DEGENER, *La cosiddetta ambivalenza dell'obbligo di speditezza nel processo penale*, in *questa Rivista*, 2014, 15 ss.] si è avvertita l'esigenza di una giustizia penale eco-

nomicista ed efficiente. La sfida della modernità consiste nel coniugare efficacia (*in primis* rispetto all'esigenza di fornire accertamenti in tempi ragionevoli), qualità delle decisioni e rigoroso rispetto delle garanzie: in tale contesto si collocano, fra le altre, le più recenti riforme, volte alla sospensione del procedimento (processo *in absentia* e messa alla prova), capaci di favorire la deflazione processuale e destinare le migliori risorse ai procedimenti per i reati più gravi, palesando – parallelamente – la “fine del monopolio della giurisdizione”.

Lo scenario che si profila alla luce di questi venticinque anni di applicazione del “nuovo” modello accusatorio fa emergere una struttura processuale fortemente lontana dal suo spirito e dalle sue finalità. L'esperienza ha tradito le attese auspiccate dai codificatori. L'attuale disciplina processuale manca di una linea di omogeneità e tenuta, mentre la procedura avrebbe necessità di una stabile spina dorsale [NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 68].

Al di là delle riferite tensioni finalistiche legate ai meccanismi e alle variegate emergenze che attanagliano la nostra società, che non possono essere la stella polare della legislazione penale – neppure quando realmente esistenti ma, ancor più, quando frutto di una distorta semplificazione della realtà operata dai media – l'intero impianto processuale è cosa altra da quella varata nel 1988 con una (certa) coerenza e sistematicità.

2. *Aree di maggior sofferenza.* – Venendo al sistema attuale si può solo accennare allo scenario che si staglia innanzi allo spettatore, non potendo approfondire *funditus* tutte le problematiche. Al riguardo sembra opportuno distinguere due piani diversi, ma fra loro incrociati: quello antico e abnorme legato alla c.d. destrutturazione giurisprudenziale, quale espressione di una magistratura incapace di rispettare le norme processuali che ne limitano e condizionano il potere o ne vincolano l'attività e quello delle fratture che alcuni istituti – in questi anni (non) o più volte riformati – manifestano apertamente con l'archetipo accusatorio.

Lasciata sullo sfondo la fase dibattimentale che registra solo minimali imperfezioni (carenza di sanzioni sul protocollo di escussione testimoniale o delle parti), in quanto da sempre oggetto di attenzione da parte del legislatore, e la disciplina delle misure cautelari, che risponde a logiche proprie, ma ancor oggi utilizzata – in maniera distorta – prima della sentenza di condanna definitiva, (benché – si badi – la Costituzione mantiene “salda” la “carcerazione preventiva”), ponendo lo sguardo alla fase delle indagini e a quella delle impugnazioni è dato riscontrare una destrutturazione del modello e della garanzia della legalità, capace di creare una distonia fra l'essere e il dover essere. L'esame della pratica fa emergere un diritto giurisprudenziale creativo che – in trasparenza – proclama l'incessante ripudio al rispetto delle forme (processuali), quali presidi della legalità e di garanzia, in ragione di una supposta sterilità delle forme, ritenute fini a se

stesse. Forti sono le resistenze e gli interventi “creativi” della giurisprudenza che conducono verso la “deriva inquisitoria”. Ma la forma, nel sistema di legalità, è, tuttavia, sostanza, solo un eccesso di forma, che sconfinando nel formalismo, rende la sostanza solo apparenza. Si pensi alle tutele previste a garanzia dell’indagato in sede di interrogatorio. Le norme a difesa di colui che si veda sottoposto alle indagini, si rivelano troppo spesso di “difficile” applicazione – come emerge anche dalle non poche vicende giudiziarie di larga eco – e oggetto di “tendenziali aggiramenti”, con conseguente violazione dell’inutilizzabilità “*ad personam*” delle dichiarazioni rese dalla persona – spesso – già “gravemente sospettata”, ma sentita quale persona informata dai fatti, tanto nel proprio procedimento, quanto in procedimenti avviati a carico di altri. La questione si annoda a quella ben più risalente legata alla costante inosservanza dei tempi investigativi: alla definizione stessa di notizia di reato, alla sua iscrizione (o sua tempestività) nel registro delle notizie di reato, al meccanismo delle proroghe, spesso evanescente e del tutto automatico, e, in generale all’intero assetto della loro durata massima.

Una tale prassi, confortata graniticamente dalle Sezioni Unite, si scontra con una dottrina ferma nel dichiarare che il loro scopo centrale è garantire la ragionevole durata (anche) delle indagini preliminari e la valorizzazione del potere di controllo del giudice, garante della stessa legalità degli atti. Trattasi di “forzature” inaccettabili: la fase investigativa partecipa, in maniera inequivoca, alla complessiva vocazione del sistema processuale “accusatorio”, da un lato, e a quella di giungere al suo epilogo in tempi ragionevoli, dall’altro lato. A sconfessare tale funzionalità induce, invece, il c.d. “gigantismo del pubblico ministero” la cui attività investigativa prosegue agevolmente anche dopo l’esercizio dell’azione penale. Un forte cedimento si registra anche sul versante della funzionalità dell’incidente probatorio che ha visto ampliata la sua dimensione spaziale, superando il presupposto dell’irripetibilità prevedibile, divenendo sede di raccolta della prova anticipata e della (peculiare) prova protetta, perdendo la sua connotazione eccezionale ed eventuale, divenendo ordinario protocollo di assunzione anticipata delle prove, in dispregio al sistema.

In quest’ottica, esce snaturata pure l’udienza preliminare, divenuta fase anticipatrice del dibattimento di prima istanza, sede di accesso ai riti speciali da parte della difesa e – ciò che più stupisce – di recupero dei vuoti di indagini determinati da investigazioni lacunose dell’accusa e di “stabilizzazione” dell’accusa (in palese violazione del sistema) in ragione di (a-sistematici) poteri istruttori assegnati al giudice, chiaro sintomo di una “ipertrofia conoscitiva” (antitetica allo scheletro originario del sistema).

Non poche questioni convergono, poi, sul versante delle impugnazioni. Al di là della necessità di un chiarimento in ordine alla portata della specificità dei motivi, oggi elevato a prioritario ed ulteriore criterio dirimente dell’ammissibilità del

giudizio d'appello e della (sempre) equivoca infondatezza del ricorso per cassazione, si colloca in posizione prioritaria la necessità di revisionare lo schema motivazionale della sentenza favorendo quello parallelo delle parti appellanti e il modello cognitivo del giudice d'appello, in conformità alla regola dell'oltre ragionevole dubbio, ogniqualvolta la sentenza di proscioglimento venga ribaltata da quella di condanna, nel rispetto della consolidata giurisprudenza europea, che rivendica il principio di immediatezza anche in capo al giudice di seconde cure, e dell'art. 111, comma 4, Cost.

Su un piano differente, ma assolutamente centrale, si pone il tema delle invalidità, al quale si può soltanto accennare. Com'è noto, nel 1988 il legislatore – per una ritenuta assenza di approfondimento dogmatico, forse, in parte, superato – non ha dettato una disciplina conforme alle incrementate responsabilità a carico delle parti, rimettendo all'interprete (dottrina o giurisprudenza) la risoluzione delle non poche questioni che il nuovo modello ha sollevato: il mutamento di impostazione culturale e ideologica del codice di rito ha introdotto significativi cambiamenti strutturali che non possono non trovare riscontro nelle opzioni sanzionatorie. Il rapporto tra le conseguenze processuali di una patologia ed il modello nel quale la previsione da rispettare è chiamata ad operare sta innestando una riflessione critica sul raggio di operatività delle nullità assolute (ritenuto eccessivo) che – già declassate in via interpretativa in relazione ad alcune situazioni che suggerivano diverse conclusioni – si vorrebbe normativamente ridimensionare. Alla legalità formale e tassatività si contrappongono nuovi criteri di natura sostanziale, che verificano le conseguenze in concreto prodotte dalla violazione e non la sua sola integrazione, indebolendo i diritti dell'imputato.

L'approccio antiformalistico, capace di svilupparsi in modo casistico, è destinato a penetrare la materia, ristrutturando l'ordinamento in nome di un preteso contenimento temporale. L'opzione, da non rinnegare in via assoluta, reclama, tuttavia, una giusta regolamentazione che contemperi l'equo bilanciamento dei valori contrapposti, posto che buon andamento e funzionalità dell'azione amministrativa non si adattano alla macchina giudiziaria e la giurisdizione è governata dal canone della legalità *ex art.* 101 Cost. Ma l'orizzonte che si profila è significativamente lontano da quello tratteggiato.

In sintesi, deflazione (inoffensività), giustizia riparatoria, risarcitoria e patriomoniale (messa alla prova e condotte riparatorie), giustizia premiale (condanna su confessione) e alternative al processo (mediazione) è la gamma delle opzioni in studio e la direttrice delle future riforme. A fronte del progressivo "gigantismo dell'inquirente" (legato alla pretesa completezza delle indagini), consenso dell'imputato e poteri autonomi del giudice – garante dell'accertamento, ma anche decidente affetto da bulimia acquisitiva, idonea a "tacitare" la validità della decisione – sono gli elementi della "futura" giurisdizione. Traspaiono chiari i sin-

tomi di una lenta e inesorabile cedevolezza dei valori di garanzia e legalità affannosamente conquistati: l'impossibilità di perseguire tutto e bene, tratteggia un legislatore "vorace" di una giustizia "take away".

3. *Possibili proposte o vie d'uscita.* – Diverse sono state le soluzioni avanzate in questi anni per rimediare alla "perenne" crisi della giustizia penale. In attesa di un intervento di riforma complessivo che offra una nuova linea di razionalità funzionale al processo e lo armonizzi, in maniera unitaria, al c.d. "giusto processo", per il momento si possono solo avanzare rimedi che garantiscano la speditezza del giudizio e la correttezza della procedura, assicurando la qualità, *ergo*, la giustizia della soluzione, e, ciò che è importante, della sua "stabilità" nei successivi gradi d'impugnazione – così riducendoli – in conseguenza della rigorosa applicazione della regola di diritto alla fattispecie concreta e della sua ordinaria prevedibilità, assicurando l'uniformità di trattamento dei cittadini davanti alla legge. Se il superamento del diritto giurisprudenziale "autarchico" dipenderà dalla riassunzione di una nuova cultura professionale da parte della magistratura, essa uscirà favorita dal recupero della cultura della giurisdizione, a cui la legge deve destinare le proprie forze, anche attraverso la ri-valorizzazione della dialetticità del processo e il progressivo recupero della lealtà e correttezza processuale da parte dei difensori.

Il miglioramento dell'efficienza del sistema passa, invece, per la riduzione – ragionevole – della domanda: il rinvio va ai "filtri selettivi" già attualmente all'esame del governo e del parlamento (depenalizzazione o de-giurisdizionalizzazione dei reati di modesta offensività, estensione della procedibilità a querela, mediazione, archiviazione "condizionata" o improcedibilità/non punibilità per inoffensività del fatto) – e di alcuni passaggi processuali (notificazioni informatizzate; ripristino del c.d. patteggiamento in appello che aveva dato buona prova di sé; obbligo di sollecita richiesta del processo dopo l'invio dell'avviso di conclusione indagini; razionalizzazione della redazione della motivazione e degli atti d'impugnazione, con conseguente beneficio sul piano dei gravami, riducibili – peraltro – attraverso nuovi filtri). Ulteriori nodi critici e rimedi sono stati identificati, da ultimo, dalla Commissione Canzio (riduzione ed eliminazione delle prassi devianti in sede investigativa; valorizzazione dei riti alternativi; razionalizzazione ed efficacia delle impugnazioni) [CANZIO, *Il processo penale: le riforme possibili*, in questa *Rivista*, 2014, 505 ss.] a cui si uniscono i temi delle "parti eventuali del processo", della celebrazione di processi individualizzati, dell'eliminazione dell'udienza preliminare (o previsione di criteri di opportunità, combinati alla comminatoria di sanzioni, o di un contraddittorio cartolare) [così, ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1133 cui si rinvia per più ampie soluzioni]. Semplificazione delle procedure (notificazioni e nullità), contenimento

delle indagini e identificazione di casi eccezionali (ed esterni) di sospensione supererebbero l'attuale questione della prescrizione, ritenuta un gravissimo disincentivo al ricorso ai riti alternativi. Sul piano delle garanzie si attende la valorizzazione della ricerca tempestiva dei mezzi di prova spendibili in dibattimento da parte della difesa e la (nuova) configurazione sistematica dei rapporti fra il giudizio di primo grado e le impugnazioni.

Tuttavia, sarebbe cosa vana pretendere di elaborare un nuovo protocollo processuale svincolato dagli altri sistemi che lo influenzano. Merita, così, condivisione l'attuale scelta legislativa di raggiungere gli obiettivi dell'efficientismo e delle garanzie processuali attraverso il parallelo aggiornamento dell'arsenale penale (minimo e alternativo) e la riforma dell'ordinamento penitenziario, posto che una consapevole politica sulla Giustizia deve essere il frutto di scelte responsabili, di indirizzo generale, che partano dall'analisi dei problemi e non dalla rincorsa al consenso, dalla visibilità quotidiana sui *media* o dai risultati dei sondaggi di opinione. Se così è, la razionalità di questa scelta troverebbe nella sempre auspicabile – ma difficile – completa riforma dell'ordinamento giudiziario, quale struttura che si muove e condiziona il processo penale, il suo completamento.

DANIELE NEGRI

1. *Uno sguardo retrospettivo. La degradazione del processo penale a meccanismo burocratico.* – Se si guarda indietro, ai venticinque anni di applicazione dell'attuale codice di rito penale, i motivi di insoddisfazione non si limitano certo a specifici istituti o a singoli stadi dell'itinerario processuale. Il senso di sconfitta tocca piuttosto il cuore della riforma del 1989, ossia entrambe le scelte di fondo sulle quali essa concentrò le proprie ambizioni: la prima, più ostentata ed esposta a clamorosi rovesci, riguarda il canone ideale dell'oralità nella formazione della prova, eletto a baluardo del modello accusatorio che il legislatore si proponeva di attuare; l'altra opzione, meno esibita ma ugualmente essenziale alla riuscita del progetto, è rappresentata dal vincolo alla legalità processuale, l'infedeltà degli interpreti nei confronti del quale è rimasta a lungo sottotraccia ed emerge oggi con prepotenza. Una doppia batosta, quella segnalata, che è a dir poco paradossale dover diagnosticare tuttora, non appena si pensi come ambedue i criteri ispiratori della nuova codificazione – il principio del contraddittorio e il governo della legge, appunto – siano assurti dieci anni dopo il varo della riforma, e proprio a causa delle vicissitudini sofferte dalla medesima, a requisiti costituzionali del «giusto processo».

L'impressione generale è infatti che quell'articolato sopravviva solo esteriormente, come involucro, oltretutto alterato e appesantito dai continui interventi novellatori peculiari d'un'epoca – la nostra – vocata al parossistico mutamento normativo [da ultimo, v. R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1139]. Nella realtà il codice non è più percepito quale sistema di disposizioni cogenti, a loro volta espressive di categorie elaborate dalla dottrina giuridica sulla scorta di una solida tradizione di pensiero e in base ai valori racchiusi nelle Carte dei diritti uscite dal secondo dopoguerra [l'apporto della componente accademica alla riforma del codice è analizzato da E. AMODIO, *Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 899 ss.; R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, Milano, 2011, p. 64 ss.].

Prevale così l'atteggiamento che torna ad esaltare della procedura penale l'aspetto pratico, bensì congenito ad un fenomeno animato dall'agire concreto dei suoi protagonisti, ma nient'affatto esclusivo: le regole codicistiche vengono quotidianamente declassate a mere indicazioni orientative per la condotta dei soggetti destinatari, suscettibili d'applicazione con i margini di scostamento funzionali al risultato di volta in volta considerato preferibile; sicché proliferano, in questa tendenza a degradare il processo a meccanismo burocratico, le circolari e le linee guida degli uffici giudiziari, penetrate ben oltre gli stretti ambiti organizzativi loro propri. Stenta insomma ad imporsi la dimensione autenticamente precettiva di quel *corpus* di norme, alle quali è la legge a conferire lo stampo formale della fattispecie [il tema è da sempre al centro delle riflessioni di M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni – teoria dello Stato – epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 27 ss.].

2. *Le cause del duplice tradimento della riforma processuale: l'opposizione ideologica della magistratura.* – Ad un contraddittorio spesso soltanto di facciata, corrisponde per altro verso la sensazione di estremo disordine, di confusione tollerata o addirittura deliberata sulle regole processuali, con le relazioni reciproche tra i due filoni che ci è sembrato di individuare come spie delle maggiori difficoltà nell'esperienza del codice approdato al suo primo quarto di secolo: almeno rispetto alle linee portanti del disegno originario; prima ancora, cioè, dei problemi in cui pure si dibatte il settore delle impugnazioni. Tutto ciò c'entra poco – va detto chiaro – con le trasformazioni epocali subite nel frattempo dal sistema delle fonti, ormai condizionato dal reticolo di vincoli sopranazionali. Non c'è «labirinto» [prendendo a prestito la felice immagine di V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012] dal quale il giudice non possa uscire tenendo fermo, a protezione dell'individuo dai rischi di abuso dell'autorità, il principio della necessaria preve-

dibilità nell'applicazione delle norme anche di natura processuale, garanzia complementare a quella offerta dalla legalità sostanziale [«pendant» di quest'ultimo principio, secondo Corte e.d.u., 22 giugno 2000, Coëme e a. c. Belgio, § 102. Cfr. O. MAZZA, *La procedura penale, in Europa e giustizia penale* (suppl. Speciale di *Dir. pen. proc.*), 2011, p. 37].

Si direbbe allora che il peso indubbio esercitato dalle norme pattizie sulle disposizioni interne serva da alibi seducente per giustificare realtà d'altro genere: precisamente, l'ostilità ideologica di larga parte della magistratura al codice del 1989; opposizione infine culminata, all'esito della parabola di questi decenni, nello spostamento integrale del primato sul metodo dall'impostazione culturale che contraddistinse gli accademici protagonisti della riforma [tanto che E. AMODIO, *op. cit.*, p. 903, parla di «codice dei professori»], ai modi d'intendere le disposizioni processuali tipici della giurisprudenza: improntati a flessibilità ed efficienza, orientati alla non dispersione delle prove e alla salvaguardia dell'attività compiuta da regressioni considerate indebite, spesso anche invocando a conforto il principio della ragionevole durata processuale [emblematiche di quest'orientamento, Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310; Cass., sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, *ivi*, 2008, p. 2358; Cass., sez. un., 10 gennaio 2012, Rossi, *ivi*, 2012, p. 2410].

Esaminare le cause di questo totale passaggio di potere condurrebbe lontano, a riflettere sulle responsabilità della dottrina nell'essersi lasciata progressivamente emarginare, irretita dal rimprovero di proporre soluzioni solo teoriche, astratte dalle esigenze di chi si trova ad affrontare giorno per giorno la gravità dei casi nelle aule di giustizia; oppure lusingata dal plauso dei magistrati, disposti a concedere il dialogo quando le posizioni convergono e si ammetta l'ineluttabilità di certe derive ermeneutiche. Pure l'avvocatura, bisogna aggiungere, si è a lungo distinta per l'ossessiva ripetizione del refrain sul divario tra la procedura penale libresca e quella praticata, senza avvedersi del fatto che, essendo l'applicazione delle norme appannaggio di giudici e pubblici ministeri, sarebbe rimasta isolata nel sostegno alle ragioni della difesa e inevitabilmente schiacciata in mancanza del peso riequilibratore della dogmatica [sullo storico ruolo, ricoperto da quest'ultima, di tecnica per il controllo dell'esercizio del potere giudiziario, v. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p. 199].

Conviene accennare qui ad una duplice via d'uscita, che passa, da un lato, attraverso i meccanismi della formazione; dall'altro, per il mutamento di composizione del vertice giurisdizionale. Sotto il primo aspetto, va invertita la tendenza in atto ad anticipare il reclutamento dei magistrati mediante i tirocini presso gli uffici giudiziari [si allude all'opportunità offerta dall'art. 73 d.l. 21 giugno 2013, n. 69], i quali accentuano l'atteggiamento autoreferenziale della categoria; l'indirizzo preferibile

dovrebbe essere piuttosto, nel periodo subito posteriore alla laurea, la contaminazione tra i diversi ruoli processuali del giudice, del pubblico ministero e dell'avvocato, possibile rimedio anche alla conflittualità reciproca che ha influito negativamente sul vissuto del codice. Quanto al secondo profilo, occorre favorire la ricezione del pensiero elaborato dagli studiosi del processo penale all'interno del circuito interpretativo, tramite l'ingresso dei docenti universitari in alcuni collegi giudicanti, specie là dove si concentra il potere nomofilattico: servirebbe allo scopo la modifica strutturale delle Sezioni unite della Cassazione, così da riservare una quota dei suoi membri alla compagine accademica [la proposta venne affacciata dall'unità di Pisa-Ferrara (tesi n. 3), nell'ambito della ricerca di rilevanza nazionale sul tema: *Le impugnazioni nel prisma del giusto processo*, 2007].

3. *Le erosioni silenziose del contraddittorio*. – La condizione attuale, miserrima, del diritto processuale penale applicato non può essere tollerata oltre. L'attacco al contraddittorio fu certo frontale, ma scoperto, negli anni trascorsi dal 1992 al periodo immediatamente successivo alla revisione dell'art. 111 Cost. La magistratura combatté allora con armi ortodosse: vinse dapprima [si allude, ovviamente, alle sentenze della Corte costituzionale, n. 24, 254 e 255 del 1992] e perse in seguito, sempre tuttavia promuovendo il sindacato di costituzionalità delle regole processuali contestate, unico mezzo deputato a risolvere la questione in un ordinamento retto dal principio di legalità nel suo duplice valore di garanzia per l'imputato e di istanza democratica. Negli anni più recenti, una volta che la costituzionalizzazione del «contraddittorio» ha reso quella strada impercorribile [il diniego è stato espresso dal giudice delle leggi con le sentenze n. 440 del 2000 e n. 32 del 2002, nonché con l'ordinanza n. 36 del 2002], la contrarietà al metodo dialettico di formazione della prova si è esercitata in modo eterodosso, operando erosioni silenziose dei suoi presidi codificati sino a svuotarli; senza il fragore delle rivoluzioni d'un tempo, ma spegnendo nella prassi quotidiana la carica prorompente del principio.

Alla perdita di centralità del contraddittorio hanno anche contribuito fattori esogeni: la prova narrativa cede spazio a quella scientifica, man mano che progrediscono i saperi specialistici in grado di collaborare all'accertamento giudiziale, con qualche eccesso sul versante delle perizie psicologiche riguardanti la capacità a deporre, tali da sconfinare entro i territori della verifica di attendibilità del testimone, e pericolose derive nel campo delle neuroscienze. Al contempo, un numero crescente di fattispecie penali viene posto a tutela di attività regolate in via amministrativa, retroterra che alimenta l'uso preponderante di prove extracostruite rispetto al processo [per rendersi conto delle vaste dimensioni del fenomeno, basta scorrere il campionario sistematizzato da S. CARNEVALE, *Sub art. 234 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso

e G. Illuminati, Padova, 2015, p. 916 ss.]; e quand'anche pretesa, l'oralità assume in questi settori pose innaturali, suona falsa a causa della monotonia con cui il testimone depone secondo la traccia costituita dalla documentazione che gli si lascia consultare in aiuto della memoria (artt. 499, comma 5, 514, comma 2, c.p.p.; da ultimo, sulla questione, v. F. NICOLICCHIA, *Irripetibilità originaria degli atti e c.d. lettura in aiuto della memoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 226 ss.).

Resta però vero che oggi, nella materia sempre spinosa delle prove orali rappresentative, i giudici capovolgono o smentiscono, essi direttamente, il contenuto delle regole stabilite dal codice, privi di remore nel disconoscere alla norma processuale penale – s'era anticipato – dignità di precetto cogente. Così, ad esempio, nel caso frequente del testimone che al dibattimento non ricordi i fatti e si limiti poi a confermare, anche solo in termini laconici, le dichiarazioni oggetto di contestazione rilasciate durante le indagini: lungi dal rispettare il disposto che circonda la valutazione di queste ultime «ai fini della credibilità» della fonte (art. 500, comma 2, c.p.p.), la giurisprudenza ne ammette il pieno uso probatorio [Cass., 13 luglio 2011, Accardi, in *Riv. pen.*, 2012, p. 1294; Cass., 14 maggio 2009, Marini ed a., in *Cass. pen.*, 2010, p. 4323; Cass., 9 marzo 2009, Cacchiarelli, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, p. 481]. Plateale quanto inopinato, del resto, il ribaltamento delle gerarchie fissate dal codice ad opera di quelle massime che danno prevalenza alla deposizione resa nella fase preliminare, se il teste esaminato in dibattimento ritratta, sino a legittimare la sostituzione della prima versione alla seconda tra le risultanze del compendio probatorio quando l'una abbia messo in luce l'inattendibilità dell'altra [Cass., 23 settembre 2013, D.B.A., in *Cass. pen.*, 2014, p. 1292; Cass., 19 dicembre 2012, Di Maio, in *CED 2551859*]. Di fronte ad approdi del genere da parte dell'organo di nomofilachia, che non si fa scrupolo alcuno di trascurare del tutto il principio costituzionale del contraddittorio, come se non vigesse e fossero ignoti gli antefatti del suo inserimento nella Carta fondamentale, viene da chiedersi quale fonte normativa possa allora vincolare i magistrati; i quali si mostrano anzi propensi a ricavare soluzioni interpretative eclettiche da materiali europei, ad esempio, degradando a semplice regola di valutazione la «ben più alta garanzia» del divieto d'uso calato dal testo costituzionale nell'art. 526, comma 1-bis, c.p.p. [M. L. Busetto, *Il dibattimento penale*, Trento, 2012, p. 54, a proposito di Cass., sez. un., 25 novembre 2010, De Francesco, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1071].

L'ideale del processo accusatorio implica invece che le parti possano confidare in regole certe. La stessa scelta dei riti alternativi, per essere consapevole [cfr. G. Giostra, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur.*, agg. 2011, p. 9], ha bisogno di parametri fermi sui quali commisurare le probabilità di successo dibattimentale; esige l'uniformità dei criteri riguardanti l'uso delle prove, tenuti al riparo da oscillazioni arbitrarie. Chi invoca condivisioni di responsabilità della

difesa nell'andamento del processo, addossandole oneri strumentali [cfr., ad esempio, la visione del processo tipica di alcuni magistrati: F.M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2215; P. SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato* (rel. n. III/07/2014, Ufficio del Massimario – Corte di cassazione), p. 48], dovrebbe pretendere *a fortiori* la soggezione del giudice alla stretta legalità formale; o almeno, se si considera anacronistico tale criterio, andrebbero indicate garanzie equiparabili [nella riflessione al riguardo è impegnato 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.; tra i penalisti, il problema è stato al centro del dibattito di *questa rivista*, 2011, p. 77 ss.].

Sorge altrimenti il dubbio che, erosi gli spazi di un autentico contraddittorio e destrutturato il processo tramite l'elisione delle invalidità, quest'ultimo finisca col ridursi a mera occasione per l'innesto di ibridi bizzarri ispirati a generici intenti deflativi, il cui drammatico ma trascurato risvolto, nelle incertezze del rito, è la pura sottomissione dell'imputato alla pena: ne è esempio il recente istituto della messa alla prova per adulti, incentrato sul paradosso di una sanzione eseguita a processo sospeso [giustamente preoccupato, per il contrasto dell'inedito rito speciale con la presunzione di innocenza, R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, Padova, 2014, p. 746 ss. La tendenza sembra tuttavia destinata ad ampliarsi a dismisura, sol che si pensi all'istituto, prefigurato dall'art. 14 del d.d.l. 2798/C, della «sentenza di condanna su richiesta dell'imputato»: una confessione, non si sa quanto spontanea, prelude all'immediata applicazione di una pena fino ad otto anni di reclusione].

4. *Il gigantismo delle indagini preliminari.* – Regna infatti estremo disordine nel procedimento penale, dove sembra che tutto venga di continuo rimesso in gioco e non si parta mai a piè fermo: a cominciare dalla fase delle indagini preliminari, che somma trascuratezze nell'applicazione delle norme e disinvolture operative a difetti congeniti della disciplina codicistica. È certo funzionale allo scopo che, sul piano della regolamentazione legislativa, l'indagine si caratterizzi «per l'indeterminatezza dell'*ordo procedendi*», fisiologicamente lasciato «all'estro dell'autorità requirente» [R. ORLANDI, *La riforma*, cit., p. 1148-49]. Il gigantismo dell'indagine appartiene invece alle patologie bisognose di correzione, poiché finisce per affliggere l'intero processo penale. Gioverebbe al riguardo liberare il campo dalla gravosa ipoteca costituita, sul piano sistematico, dal dovere di completezza investigativa; esso è cresciuto a dismisura nel corso degli anni [cfr. Corte cost., sentenze n. 115 del 2001 e n. 184 del 2009], mentre andrebbe ripristinata

l'agilità propria dell'assetto originario del codice. Non sembra infatti ragionevole che la richiesta di giudizio abbreviato, opzione solo eventuale, alteri l'equilibrio tra fase preliminare e dibattimento [ritiene F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio*, cit., p. 645, che il pubblico ministero debba oggi «presentarsi nelle sedi processuali destinate ad ospitare il rito abbreviato con materiali probatori sufficienti per la pronuncia di una sentenza di condanna»]; volendo prefigurare un possibile rimedio, basterebbe concedere al pubblico ministero un tempo supplementare d'indagine di fronte alla scelta effettivamente esercitata dall'imputato, sulla falsariga della soluzione trovata per consentire all'organo dell'accusa di replicare ai risultati delle investigazioni difensive depositate contestualmente alla richiesta di rito abbreviato [Corte cost., sent. n. 117 del 2011; ord. n. 245 del 2005].

Tutti convengono, inoltre, che la proroga dei tempi d'indagine sia meccanismo sostanzialmente inutile, vista la prassi improntata alla concessione quasi indiscriminata. Tanto vale dunque fissare direttamente un termine massimo di durata, anche elevato, ad arcata unica per la generalità dei reati, purché sia effettivo e si riesca a farlo rispettare. Può servire allo scopo l'espressa introduzione di un sindacato a posteriori concernente il ritardo del pubblico ministero nell'iscrizione sul registro del nome della persona cui il reato è attribuito [la proposta, formulata dalla Commissione ministeriale di riforma del processo penale, istituita con decreto 10 giugno 2013 (v. G. CANZIO, *Il processo penale: le riforme "possibili"*, in *questa rivista*, p. 507), è stata ripresa in tono minore dal d.d.l. 2798/C, che delinea al riguardo (art. 23) una ipotesi tipica di responsabilità disciplinare per il magistrato inadempiente], sebbene sia dubbia l'attitudine ad esercitare controlli autentici da parte di una figura debole come il giudice per le indagini preliminari [il tema è approfondito da D. VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, 2012, p. 159 ss.; v. anche F. BARRO, *Cassazione ancora disorientata sulla verifica giudiziale di tardiva iscrizione della notitia criminis nominativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1415 ss.].

Forse qui bisogna essere drastici e un po' provocatori, ammettendo che un'indagine protrattasi per anni senza la scoperta del possibile autore dell'illecito meriti l'archiviazione, se quest'ultimo emergesse tardi e il pubblico ministero non fosse in grado di raccogliere elementi sufficienti a suo carico entro i margini temporali ancora disponibili. Il decorso cronologico delle indagini preliminari andrebbe perciò collegato ad un adempimento dai contorni meno sfuggenti quale l'iscrizione della notizia di reato nei suoi connotati oggettivi, fermo restando che non può essere comunque consentita alla giurisprudenza l'astuzia *contra legem* di degradare la sanzione per il mancato rispetto del limite a mera inutilizzabilità di tipo «relativo» degli atti compiuti fuori termine, espediente valso a sottrarla al regime di rilevabilità officiosa e ad annoverarla tra le invalidità sanabili malgrado

l'univoco disposto dell'art. 191, comma 2, c.p.p. [Cass., 19 dicembre 2012, Inzitari, in CED 252580].

La dilatazione della fase d'esordio è aggravata dall'impiego smodato del potere di compiere indagini suppletive e integrative, i risultati delle quali confluiscono alla rinfusa nel processo, provenienti da filoni investigativi d'altre vicende giudiziarie tuttora allo stadio preliminare, siano esse apparentate a quella di destinazione dei materiali oppure derivino da un originario ceppo comune poi diramatosi con l'esercizio separato dell'azione penale. Specie quest'ultima eventualità è fonte di sconquassi in grado di spiazzare la difesa e affaticare l'andatura del processo. Non è rara la mossa maliziosa del pubblico ministero che, al momento di formazione del fascicolo previsto dall'art. 416, comma 2, c.p.p., nasconde atti rilevanti per la posizione dell'imputato tratto a processo, sull'erroneo presupposto che si riferiscano solo ad altre persone o a diverse regiudicande (art. 130 disp. att. c.p.p.) [cfr. F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare: struttura e funzioni*, Milano, 2007, p. 167]; salvo scoprirli tardivamente, a processo già iniziato, confidando che siano tenuti in gioco dal principio di continuità investigativa [per una rivisitazione critica, v. G. VARRASO, *Le indagini "suppletive" ed "integrative" delle parti*, Padova, 2004, p. 135 ss.]. Manovre simili andrebbero censurate con severi divieti d'uso, da codificare espressamente.

5. *La struttura dell'imputazione come presupposto necessario dell'ordine processuale.* – Dove le regole dovrebbero diventare addirittura ferree è dallo snodo cruciale dell'imputazione in avanti. Il compito della legge processuale, ora inadempito per carenze proprie e soprattutto a causa dell'infedeltà giurisprudenziale, risiede nel conferire all'atto d'accusa uno schema formale serrato che ne innalzi la «qualità» descrittiva [M.A. BAZZANI, *La qualità dell'imputazione*, Bologna, 2006, p. 67 ss.] fino ad imporre la perfetta aderenza a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice. Se la pretesa di veder enunciato il fatto in maniera «chiara e precisa» (artt. 417, 429 c.p.p.) non è bastata ad evitare il variegato campionario di imputazioni generiche, criptiche, formulate in modo alternativo oppure stilate a guisa di narrazione, occorre allora esplicitare nel codice di rito che l'impegno di concretizzazione della norma penale sostanziale non ammette sfumature rispetto alla struttura della singola figura d'illecito oggetto dell'addebito di responsabilità.

Questo perché l'ordine nel redigere l'imputazione si riflette sull'intera sequenza di attività successive: condiziona il vaglio di ammissibilità delle prove; è pretesa per il rispetto del principio di correlazione tra accusa e sentenza, oggi costantemente eluso; consente di distinguere con esattezza l'elemento sul quale dovesse persistere il ragionevole dubbio all'esito del processo, guidando il giudice nella scelta della corretta formula di proscioglimento; scandisce in anticipo i pas-

saggi strutturali dello schema della motivazione, all'interno dei quali, se prefissati con intransigenza, si potrà in futuro inserire il vincolo per l'organo decidente a risolvere le singole questioni sviluppando il ragionamento attraverso la sequela rigorosa formata da premesse, argomenti e conclusioni [la già citata Commissione ministeriale preconizzava un modello di motivazione in fatto, limitato tuttavia alla sola macrostruttura, poi riprodotto nell'art. 16 del d.d.l. 2798/C: cfr. ancora G. CANZIO, *op. cit.*, p. 520].

In tal senso andrebbe ripristinata la fase della esposizione introduttiva, a suo tempo contratta per evitare che il pubblico ministero profittasse dell'occasione facendovi emergere il contenuto degli atti d'indagine [v. R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA-F. M. GRIFANTI-NI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 34]; ancor meglio, l'illustrazione dei fatti che si intendono dimostrare nel processo dovrebbe assumere le sembianze di una dichiarazione d'apertura a carattere impegnativo per chi enuncia la propria tesi, sul modello degli *opening statements* del dibattimento angloamericano [cfr. V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987, p. 134; M. DE FEO, *La fase dibattimentale*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio e M. C. Bassiouni, Milano, 1988, p. 184].

Può sembrare banale il ribadirlo. Tuttavia il nostro è un processo che nella sciatta quotidianità si muove a tentoni, oscilla e sbanda, appunto a causa dell'incapacità di contenere all'interno di limiti fermi la materia dell'accertamento giudiziale, spesso oscura all'esordio, variabile a piacimento, mai afferrabile sino in fondo; con gravi conseguenze sulla possibilità di imprimere rigore al perimetro della devoluzione nei giudizi di grado successivo. Non sono soltanto esigenze di tutela della difesa, ma toccano perciò il sistema, quelle che conducono ad invocare i presidi della legalità processuale come base di partenza, prima di discutere di ogni riforma ventura. La pretesa di fedeltà alla norma rimane indicazione didascalica, se la violazione almeno dei capisaldi non si traduce in altrettante nullità; le quali, nel campo dell'imputazione e degli istituti collegati, dovrebbero rivestire natura assoluta e non patire alcuna tecnica di neutralizzazione: sia essa quella di asserite funzioni stabilizzatrici dell'udienza preliminare [Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, cit.], sia essa basata sulla diagnosi del pregiudizio effettivo arrecato alla parte dall'inosservanza della disposizione legale [v. al riguardo M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali*, Bologna, 2012, p. 56 ss.].

C'è una ragione funzionale che sconsiglia di attribuire al giudice poteri d'intromissione nella sfera delle parti, come quelli derivanti dallo scrutinio sulla lesione subita a causa di atti non conformi al modello legale. Precisamente la concentrazione in capo al medesimo organo, nel nostro sistema, del doppio ruolo

di «accertatore del fatto e di garante della procedura» [R. ORLANDI, *I diritti processuali e il loro abuso nella recente esperienza italiana*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2013, p. 52, sottolinea la differenza con i giudici di *common law*]. Né sembra corretto ritenere che, riguardo alle invalidità, il giudice interno sia tratto ad assimilare per osmosi i criteri valutativi d'ordine sostanziale adoperati dalla Corte di Strasburgo nel controllo sulle violazioni dei diritti dell'accusato [così, invece, F. M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 809]. La logica in cui si muove l'organo sopranazionale, difatti, anzitutto è estranea al merito della causa; in secondo luogo mira a verificare l'equità nel suo complesso della concreta vicenda processuale attraverso un controllo esercitato a posteriori, una volta che le parti hanno avuto la possibilità di cogliere tutte le opportunità ed esaurire ogni rimedio concesso dall'ordinamento nazionale. Una prospettiva, perciò, la più lontana immaginabile da quella propria del giudice domestico, il quale, oltre a disporre di una visuale frammentata dalla scansione in fasi e gradi del processo, cumula in sé la funzione di applicatore delle norme sia sostanziali, all'esito dell'accertamento sulla responsabilità, sia processuali: queste ultime rilevanti già nel corso della contesa; donde la necessità che, per mantenersi equidistante, il giudice non scenda a soppesare l'entità della lesione patita dalla parte il cui diritto la disposizione violata tendesse a proteggere.

6. *Una proposta finale: la fedeltà del giudice alla legalità formale in Costituzione.* – La difformità dallo schema legale, insomma, deve restare l'unico metro di giudizio nell'ambito delle fattispecie processuali. Il criterio va tanto più rinsaldato poiché assumerebbe in prospettiva, per l'organizzazione sistematica del codice, un'importanza addirittura vitale, qualora il Parlamento modificasse l'istituto della prescrizione penale secondo una delle proposte attualmente in discussione [ci si riferisce al d.d.l. 1844/S]; la programmata sospensione dei relativi termini durante i giudizi di impugnazione toglierebbe alle difese ogni residua velleità d'insistere sul rispetto delle norme processuali, mediante eccezioni di nullità o inutilizzabilità, confidando quantomeno nel decorso dei tempi di estinzione del reato. Sarà pure effetto perverso dell'odierno regime della prescrizione, quello di favorire strategie dilatorie, ma esso costituisce l'ultimo baluardo di fronte a indirizzi giurisprudenziali eversivi della legalità processuale. Lo squilibrio tra le parti processuali sarebbe insostenibile, nell'attuale situazione, se quel contrappeso venisse a mancare.

La proposta finale, che si vuole qui suggerire, è allora il necessario completamento del canone del «contraddittorio nella formazione della prova», inserito a livello costituzionale. Anche la «legge», cui spetta di regolare il «giusto processo», andrebbe munita dalla Carta fondamentale di uno specifico statuto metodologico destinato a governarne l'applicazione: il criterio prioritario della massima

fedeltà al testo e il divieto per il singolo interprete di aprire lo schema formale della fattispecie processuale al bilanciamento con valori, principi o interessi estranei alla medesima, oppure di riconfigurarne l'equilibrio tra le diverse esigenze in gioco rispetto alle calibrature prefissate dal legislatore.

La combinazione di tutti i fattori distorsivi sopra elencati cospira altrimenti al definitivo collasso della riforma del 1989. Salvarla dal destino capitale, preparato con meticolosa acribia nelle officine di certa magistratura lungo i venticinque anni che abbiamo attraversato, non è compito solo dettato dalle ragioni affettive di chi, per motivi generazionali, si è formato come studioso sotto il codice allora "nuovo", o dall'amezza nel vedere quotidianamente dissipata la preziosa eredità dei padri. Diventa piuttosto l'ambizioso traguardo di civiltà processuale da perseguire con tenacia negli anni a venire.

LUCA PISTORELLI

1. *Bilancio dei primi venticinque anni della riforma processuale.* – Venticinque anni di rodaggio infinito. Questa è indubbiamente la sensazione che per molti rimane al termine del primo quarto di secolo di vigenza del primo codice dell'era repubblicana.

Tra riforme e controriforme l'impianto originario è stato così spesso modificato dal legislatore o amputato dal giudice delle leggi da perdere progressivamente la sua identità – condivisibile o meno che fosse – che l'aveva caratterizzato al suo esordio. La legge processuale, nel suo complesso considerata, trasmette oggi un senso di irrimediabile precarietà, l'immagine di un cantiere costantemente aperto, impegnato nella realizzazione di un progetto che negli ultimi vent'anni ha perduto progressivamente qualsiasi coerenza. Quasi una metafora dell'involuzione conosciuta dal "sistema" paese e della quale è in realtà figlia.

Spinte ideologiche e interventi settoriali operati nella insufficiente consapevolezza o nel disinteresse delle loro ricadute complessive ci hanno in effetti consegnato una macchina processuale regolata da meccanismi nel cui funzionamento dimostrano di avere scarsa fiducia primi fra tutti gli stessi operatori di giustizia, sebbene per ragioni diverse a seconda della categoria di appartenenza.

Se probabilmente alcuni giudizi possono apparire troppo severi e se la stabilità di un corpo normativo quale è quello destinato a regolare il funzionamento del processo penale non può ritenersi a prescindere un valore assoluto. Se gli interventi di segno contrario succedutisi negli anni novanta del secolo scorso sono stati soprattutto il sintomo di uno scontro culturale forse inevitabile, laddove il codice del 1988 ha compiuto una piccola (o grande, a seconda dei punti di vista) rivoluzione copernicana tesa all'affermazione dei valori fondamentali di un siste-

ma democratico non ancora veramente sedimentati nella società italiana. Se molte delle cause della percepita inefficienza del sistema processuale sono meta o pregiudiziali. Se tutto questo è certamente vero, è altrettanto vero che questi “primi” venticinque anni ci consegnano un codice denso di contraddizioni, che dimostra una crescente vocazione all'autoreferenzialità ed una scarsa attitudine a garantire un modello processuale efficiente. Soprattutto non è più percepibile quale sia il minimo comune denominatore, quale per l'appunto il disegno unitario sottostante in grado di cementare una galassia normativa sempre più scomposta e disomogenea al limite, a volte, della schizofrenia.

A monte, ovviamente, va innanzi tutto registrata l'incapacità politica di effettuare scelte chiare ed univoche, mediando tra istanze di segno anche opposto, ma operando quella sintesi decisionale che per l'appunto alla politica spetta. A scelte spesso confuse o contraddittorie è poi seguita un'elaborazione giurisprudenziale che presenta caratteristiche inevitabilmente analoghe ed alla fine è divenuto veramente arduo distinguere la cifra identitaria del processo penale italiano.

È anche vero che alcune aporie o, se si preferisce, i “buchi” destinati ad eroderne le possibilità di successo già erano presenti nell'edificio “originario”. Tra le altre: la pretesa di riformare in maniera radicale l'impostazione del primo grado di giudizio in chiave accusatoria, riproducendo però sostanzialmente il sistema delle impugnazioni disegnato per il processo di matrice inquisitoria; l'illusione di legare il destino dei riti alternativi a meccanismi premiali scarsamente incentivanti, soprattutto se rapportati alle cornici edittali sanzionatorie della maggior parte dei reati, con la conseguenza di sospingere verso l'accertamento sommario solo gli illeciti più gravi e cioè quelli per i quali sarebbe invece opportuno il dispiegamento del più garantito rito ordinario; la scelta di strutturare l'indagine preliminare come fase agile e rapida, senza tenere conto dell'effettivo e prevedibile accumulo delle notizie di reato e del fatto che indagini eventualmente sommarie a loro volta avrebbero comportato una ulteriore disincentivazione dei riti alternativi; la mancata previsione di strumenti di “depenalizzazione in concreto” per via processuale, legati alla scarsa rilevanza del fatto.

A questi e ben noti profili di criticità – che prassi non sempre commendevoli hanno ulteriormente evidenziato – è forse opportuno aggiungere un altro, non sempre tenuto nella dovuta considerazione e cioè il mancato coordinamento tra la legge penale sostanziale e la disciplina processuale. L'indifferenza del legislatore alle implicazioni esistenti tra sistema delle incriminazioni e disciplina del rito è, a mio modesto parere, uno dei fattori che più influiscono sull'apparente incapacità del processo penale di realizzare le legittime aspettative di tutela degli interessi presidiati dalla legge penale sostanziale e soprattutto di quelli che la modernità ha progressivamente enucleato.

Paradossalmente si tratta di un limite tutto esterno alla legge processuale. Non è infatti in discussione l'implementazione delle garanzie che il codice del 1988 e le successive modifiche hanno apportato, bensì l'incapacità di adeguare l'oggetto dell'accertamento processuale alle regole probatorie e di giudizio che il riformato volto costituzionale del processo impone. Va subito detto, a scanso di equivoci, che non è qui in discussione il principio di offensività quale criterio guida nella selezione e nella configurazione delle fattispecie incriminatrici, ma soltanto la necessità di adeguare l'oggetto dell'incriminazione agli standard probatori divenuti irrinunciabili in quanto coesenziali alla realizzazione di un processo equo, prevedendo anche figure di reato "intermedie" in grado di intercettare il disvalore di condotte che troppo spesso trovano punizione solo se produttive di conseguenze difficilmente attribuibili al singolo.

Parzialmente connessa alla questione testé evocata è poi quella della mancata revisione del portafoglio sanzionatorio del giudice penale. Se, all'esito dell'accertamento della responsabilità il processo culmina nell'irrogazione di una sanzione, la configurazione del sistema non può essere indifferente al contenuto di quest'ultima, come non lo sono le scelte processuali che compie colui che deve subirla. Sottovalutare questo aspetto fu un tremendo errore nel 1988, ma è successivamente diventato una sorta di dannazione a cui solo di recente si è cominciato a porre rimedio, peraltro ancora con eccessiva timidezza e, tanto per cambiare, senza perseguire un effettivo disegno organico. Sottrarre soprattutto i reati di minore gravità e quelli a disvalore "tecnico" alla tradizionale alternativa tra pena detentiva e pecuniaria è un intervento in grado di sdrammatizzare l'approccio processuale delle parti e, conseguentemente, di ridimensionare l'impatto numerico dei procedimenti sull'efficienza complessiva del sistema.

2. Aree di sofferenza e proposte di riforma. – A fronte di un bilancio così fosco non è facile individuare quali possano ritenersi le aree di maggior sofferenza del processo che richiederebbero interventi se non radicali, quantomeno significativi. Soprattutto perché il sistema vive, come si è accennato, delle fin troppo sottovalutate interconnessioni tra le sue componenti, talché il ricorso per l'ennesima volta a soluzioni concentrate su singoli segmenti della macchina processuale rischierebbero di rivelarsi scarsamente decisive.

Nei limiti del presente intervento, cercherò di individuare quantomeno tre aree di problematicità da cui non è possibile prescindere a mio avviso in una prospettiva di riforma. Tre punti che con cadenza regolare vengono evocati tanto nelle aule delle università, quanto nei corridoi dei tribunali, come ineludibili nella soluzione della crisi del sistema processuale, ma che invece stentano a trovare spazio nell'agenda legislativa all'interno di un progetto organico.

Un primo punto è quello delle risorse. Tema spesso bollato come mero alibi di chi in realtà vuole solo promuovere posizioni conservative, ma che in realtà è la premessa naturale del successo di qualsiasi modello processuale. Il problema, infatti, non si riduce alla banale constatazione dell'insufficienza dei mezzi impegnati rispetto ai costi del modello processuale adottato. La vera questione è altra e cioè accettare (e far accettare) che l'organizzazione dell'attività giudiziaria è parte del modello stesso, aspetto cui i codificatori hanno prestato attenzione in maniera marginale e che successivamente solo sporadicamente ha catturato l'interesse del legislatore.

Nell'impossibilità di reperire maggiori risorse va da sé che la questione critica diviene quella della loro allocazione. Non solo o non tanto nell'ottica di un contenimento della spesa economica, ma altresì e soprattutto in quella dell'incremento dell'efficienza dei mezzi a disposizione. Ed in tal senso sembra allora evidente come il principio del giudice naturale debba definitivamente essere affrancato dal concetto della giurisdizione di "prossimità" (che in realtà non gli appartiene) ed un istituto come quello della competenza profondamente riformato.

Nell'incapacità di imporre una seria revisione delle circoscrizioni giudiziarie (pur tentata anche di recente con i ben noti e magri risultati) il legislatore su questo versante ha iniziato a perseguire negli ultimi vent'anni una politica di segno diverso, quella della progressiva "distrettualizzazione" della fase preliminare in relazione a determinate categorie di reati, ibridando la competenza territoriale con quella per materia e rivelando comunque la piena consapevolezza dell'insostenibilità dei costi del giusto processo in presenza di una geografia della giurisdizione eccessivamente polverizzata. Scelta che, per resistenze corporative ed ideologiche, non è stata portata alle sue naturali conseguenze (la celebrazione anche del processo di primo grado nella sede distrettuale) e che in ogni caso sarebbe auspicabile venisse estesa a tutti quei reati il cui accertamento richiede l'acquisizione e la conservazione nel tempo di specifiche conoscenze tecniche e giuridiche.

Un secondo punto degno di attenzione riguarda il sistema delle impugnazioni. Si tratta di tema tutt'altro che inedito ed assai delicato per le sue dirette implicazioni costituzionali e che non si ha la pretesa di affrontare in maniera esaustiva in questa sede. Mi limiterò dunque a poche e generali riflessioni. Già si è detto peraltro come uno dei "peccati" originali del codice del 1988 sia stato quello di conservare nei suoi tratti essenziali l'impianto delle impugnazioni pensato per un modello processuale affatto diverso da quello introdotto dalla riforma. Errore che negli anni si è dimostrato esiziale e che dopo l'abolizione del c.d. patteggiamento in appello ha portato il sistema al definitivo collasso, come testimonia l'incremento delle prescrizioni che si registra proprio nel secondo grado di giudizio.

È oramai evidente che l'indiscriminato accesso ai diversi gradi di giudizio per tutti i reati, per tutte le parti e, con pochissime eccezioni, anche a prescindere dal rito con il quale è stato celebrato il processo di primo grado o al suo esito non è soluzione più sostenibile. Il legislatore per molti anni è rimasto come paralizzato di fronte ad un problema che probabilmente gli è apparso insormontabile e quando ha cercato di intervenire (si pensi alla restrizione del potere di impugnazione del pubblico ministero operata con la l. n. 46/2006) lo ha fatto in maniera troppo "rozza" e disorganica per resistere al vaglio del giudice delle leggi.

A mio modesto avviso l'esigenza prioritaria rimane quella di ripensare la funzione del giudizio d'appello, la cui struttura e la cui funzione attuali in maniera più stridente confliggono con l'impostazione tendenzialmente accusatoria che pervade il modello cui si ispira il primo grado di giudizio. È dunque opportuno interrogarsi fino a che punto quelle che nella sostanza sono finalità di mera economia processuale giustifichino veramente l'assetto vigente rispetto ad un modulo che veda invece ampliato il potere di annullamento del giudice d'appello, eventualmente bilanciato dalla sospensione dei termini di prescrizione e da una contrazione della cognizione del giudice di legittimità sulla motivazione della doppia conforme.

Altra strada percorribile è quella dell'incentivazione della rinuncia all'impugnazione – reintroducendo meccanismi premiali analoghi a quello previsto nel mai abbastanza compianto quarto comma dell'art. 599 c.p.p. – ovvero di modulare l'estensione del diritto di impugnazione in ragione del rito applicato, attraverso la promozione della rinuncia opportunamente retribuita allo stesso diritto di impugnare.

Il terzo ed ultimo punto di criticità sul quale mi soffermo riguarda il sistema delle sanzioni processuali. Si tratta anche in questo caso di tema di tradizionale e risalente dibattito dai risvolti delicatissimi, attingendo all'effettività delle garanzie. I termini della contrapposizione sono noti. Volendo semplificare al massimo, è opinione diffusa in dottrina che l'invalidità degli atti processuali, come configurata nel codice del 1988, sia governata esclusivamente dai principi di legalità e tassatività, ma venga gestita nella prassi applicativa secondo un concetto funzionale privo di base giustificativa che si alimenta di percorsi esegetici che tendono ad integrare l'accertamento della violazione con una indagine diretta a verificare e reprimere soltanto le lesioni "effettive" dei diritti e degli interessi tutelati attraverso la previsione della sanzione processuale nell'ottica del bilanciamento con il principio di economia processuale.

Non è questa la sede per riassumere gli argomenti testuali, storici e sistematici su cui si fonda la tesi per cui il codice di rito avrebbe effettivamente recepito un assetto formale delle nullità, così come di quelli spesi dalla giurisprudenza a sostegno della presunta deriva sostanzialistica che le viene addebitata. Ciò che invece importa, in una prospettiva riformatrice, è stabilire fino a che punto questa

contrapposizione abbia motivo di essere perpetrata ovvero risulti il frutto di concezioni eccessivamente ideologiche del processo.

È dunque doveroso chiedersi se ritenere che il vizio integri la nullità anche se l'atto ha conseguito il suo scopo e a prescindere dall'accertamento della sua offensività, giacché questa sarebbe presunta come elemento integrante la fattispecie invalidante, sia sempre e comunque ineludibile presidio della legalità processuale, ma soprattutto se i codificatori del 1988 abbiano fatto ricorso alle sanzioni demolitorie anche in riferimento a situazioni che non attingono alle garanzie fondamentali.

Nella prospettiva menzionata appare allora poco proficuo ribadire con maggior forza l'approccio "formalistico" ovvero introdurre una clausola generale ispirata all'approccio "sostanzialista" o "funzionale" che dir si voglia, il cui carattere inevitabilmente indefinito conterrebbe in sé il germe di possibili sperequazioni interpretative e di degradare nel soggettivismo applicativo.

Mi sembra invece più utile innanzi tutto procedere ad una obiettiva selezione delle violazioni che effettivamente richiedono di essere sanzionate, il che impone anche una buona dose di semplificazione della disciplina di alcuni istituti processuali (primo fra tutti quello delle notificazioni) la cui disciplina risulta tanto anacronistica, quanto inutilmente macchinosa, senza sol per questo garantire effettivamente alcunché.

In secondo luogo è necessario compiere uno sforzo di più puntuale tipizzazione delle fattispecie invalidanti, giacché è proprio il difetto di tipicità di norme come quella dell'art. 178 c.p.p. ad aver determinato l'insofferenza verso le sanzioni demolitorie. Ed a questo punto è possibile distinguere le situazioni in grado di sopportare un regime di sanatorie ispirato all'accertamento della concreta offensività della violazione denunciata, anch'esse oggetto peraltro di una più rigida tipizzazione in ragione della natura e degli obiettivi di tutela della regola violata.

Una annotazione a parte merita la categoria dell'inutilizzabilità, che doveva caratterizzare, nelle intenzioni, il sistema delle sanzioni processuali concentrandosi sui vizi della singola prova senza compromettere necessariamente la stabilità dell'attività processuale nel suo complesso. L'originalità dell'intuizione rimane intatta, ma la disciplina normativa, non sempre coerente nelle sue declinazioni "speciali", si è rivelata foriera di incertezze applicative e spesso di non sufficientemente previste interferenze o sovrapposizioni con la categoria delle nullità. In tal senso sembra allora lecito interrogarsi se non sia opportuno ricondurre il suo ambito di applicazione alle sole prove assolutamente vietate dalla legge e a quelle "incostituzionali", cercando soluzioni diverse per le diverse ipotesi in cui l'istituto è stato impegnato.

FRANCESCO SBISÀ

1. *Sintetico bilancio di un venticinquennio.* – In forza del mio ruolo di avvocato ritengo utile affrontare il bilancio dei primi 25 anni del nuovo codice di procedura secondo l'ottica del difensore e, conseguentemente, del proprio assistito, che sia indagato/imputato o persona offesa.

Tale bilancio deve partire dal momento in cui il nostro legislatore ha compiuto la sua scelta di introdurre nel nostro sistema il processo accusatorio, tipico dei paesi di *common law*. In quel momento ci si è evidentemente ispirati a un meccanismo ben rodato e di cui erano noti, attraverso lo studio comparato dei sistemi statunitense e anglosassone, pregi e difetti.

Era cioè noto che il sistema accusatorio può funzionare se il flusso dei processi che giungono alla fase dibattimentale rappresenta una piccola parte di tutti i procedimenti che sfociano in una richiesta di rinvio a giudizio. In altre parole, nel sistema accusatorio i riti alternativi rivestono un ruolo fondamentale di smaltimento del carico dibattimentale anche a tutela dell'effettiva celebrazione di dibattimenti nel pieno rispetto dei diritti e delle garanzie che contraddistinguono il processo accusatorio.

La comparazione insegna che non è possibile semplicemente “trapiantare” un sistema processuale da un ordinamento a un altro senza considerare gli eventuali diversi principi che governano il primo rispetto al secondo. L'esempio più eclatante delle differenze esistenti tra il sistema statunitense e quello italiano è dato dai principi di discrezionalità e obbligatorietà dell'azione penale. Proprio nell'ottica di deflazionare la fase dibattimentale, lo strumento della discrezionalità dell'azione penale rappresenta per il sistema statunitense uno strumento indispensabile che permette di selezionare i procedimenti per cui iniziare o continuare le indagini, così svolgendo quel ruolo di *screening* del potenziale carico dibattimentale, che da noi – come detto – può essere svolto, invece, solo dai riti alternativi.

Ne deriva che la scelta adottata scontava già in partenza un'esigenza di adattamento che potenzialmente poteva incidere in maniera significativa sulla riuscita dell'operazione di rinnovamento del nostro processo penale; il problema è che non si è adeguatamente tenuto conto dell'effetto che si poteva generare o che è ormai diventato il principale problema del nostro attuale processo, vale a dire l'incapacità di gestire i numeri dei procedimenti pendenti.

La seconda considerazione è che il processo non può essere altro che lo specchio della società e del suo evolversi, dato che i reati sono condotte poste in essere nella vita di tutti i giorni e che le norme incriminatrici non hanno altro ruolo se non quello di indicare al cittadino quali sono le azioni che deve evitare o che deve porre in essere per non incorrere in una responsabilità penale; per tale ragione le fattispecie incriminatrici devono esse stesse adattarsi all'evoluzione delle abitudini

ni e delle potenziali condotte illecite che l'evoluzione tecnologica e sociale introducono nella società. Analogamente, le regole per investigare e poi accertare la commissione dei reati e la responsabilità in capo agli individui (ed ora anche delle persone giuridiche) subiscono la medesima esigenza di adattamento all'evoluzione.

Ciò premesso, è possibile individuare i principali fattori storici che in questo venticinquennio hanno inciso sulla "resa" del nuovo processo penale.

In primo luogo non si può non menzionare l'indagine c.d. "mani pulite" che, se da un lato ha certamente rappresentato un punto di svolta nel rapporto del mondo politico con la magistratura e con la società (è ormai un dato acquisito che con tale indagine sia "caduta" la prima Repubblica), dall'altro ha inciso pesantemente sulla applicazione pratica della disciplina delle indagini preliminari, alterando quelli che avrebbero dovuto esserne taluni principi ispiratori posti a tutela delle garanzie difensive. È, infatti, un dato storico che l'uso della misura cautelare personale come strumento d'indagine, invece che di tutela anticipata del sistema penale, abbia a sua volta determinato uno stravolgimento di istituti quali gli interrogatori d'indagine. Scopo dell'investigatore non era tanto acquisire elementi a carico dell'indagato, ma – soprattutto – quello di individuare eventuali responsabilità di altri soggetti non ancora indagati per fatti non ancora oggetto d'indagine: in altre parole, l'interrogatorio è stato utilizzato come fonte di acquisizione della notizia di reato e non come mezzo di difesa dell'indagato. Inoltre – secondo prassi che contrastano con il principio, tipico del processo accusatorio, di delegittimazione dei risultati delle indagini per tutelare il ruolo centrale della fase dibattimentale come unico momento processuale ove si forma la prova che in via esclusiva deve fondare la decisione del giudice dibattimentale – sempre in tale periodo storico è stato registrato un eccessivo confluire di tali interrogatori nel fascicolo dibattimentale mediante una forzatura delle regole che disciplinavano l'esame dell'indagato o imputato di reato connesso o collegato (allora chiamato "impumone") e le relative contestazioni o acquisizioni in caso di rifiuto di rispondere. Basta scorrere i numerosi interventi della Corte Costituzionale e del legislatore sull'art. 210 e sugli artt. 500, 512 e 513 c.p.p. per comprendere come lo stesso sia stato, e continui ad essere, uno dei punti più controversi dell'intero nuovo sistema processuale.

In secondo luogo, e parallelamente al primo fattore, deve essere indicato il ruolo sempre più ingombrante, per non dire decisivo, dei *media*.

Inizialmente la stampa è stata utilizzata come cassa di risonanza a supporto dell'attività inquirente, enfatizzando il metodo investigativo sopra ricordato (celebre l'espressione del "tintinnio di manette") e così aumentandone l'efficacia persuasiva nei confronti degli indagati o anche solo di coloro che temevano di esserlo. Tale iniziale ruolo si è, però nel tempo trasformato, portando i *media* a passare da veicoli dell'informazione – il punto più alto in tal senso è stato toccato

con la “diretta” del giudizio immediato celebrato a carico di Sergio Cusani, mai più ripetuta – a ratificatori di realtà processuali prima ancora del loro effettivo divenire – in tal senso sono esemplificativi i famosi “avvisi di garanzia” che suonavano come anticipazioni di condanna, sui quali il legislatore è intervenuto proprio in conseguenza degli effetti distorsivi che la loro pubblicazione aveva per lungo tempo generato. Di recente, poi, i *media* sono passati ad essere strumenti di acquisizione delle notizie di reato (si pensi a trasmissioni quali “Striscia la notizia” o “Le iene”) e, quale ultima tappa di tale progressione, mezzi per celebrare un parallelo processo pubblico, che non si svolge nelle aule di giustizia e nel rispetto delle regole dibattimentali del richiamato processo accusatorio, ma sulla carta stampata o negli studi televisivi secondo l'impostazione data dal giornalista o dal direttore della testata. Con ciò evidentemente incidendo sulla tenuta del sistema giudiziario, facilmente permeabile a simili pressioni e condizionamenti esterni. A ciò si aggiunga l'incapacità del mondo politico di individuare un percorso di aggiornamento del processo penale che fosse logico e razionale, talché le iniziative intraprese – con riferimento sia alle pene sia alle regole processuali – sono parse estemporanee, sensibili alle esigenze di campagna elettorale e spesso succubi di ondate emotive generate da casi eclatanti sapientemente enfatizzati dai *media*.

Infine, ultimo principale fattore che ha inciso sulla struttura del nostro processo penale è l'evolversi delle indagini e dei processi a carico della criminalità organizzata. Sempre tenendo presente quelli che dovrebbero costituire i punti di riferimento del sistema penale che si poggia sui principi del processo accusatorio, è indubbio che due sono gli effetti più evidenti che tale evoluzione ha generato. In primo luogo la celebrazione dei maxi-processi ha di fatto sterilizzato la possibilità, anche solo materiale, di adeguato esame e valutazione della posizione del singolo imputato, che inevitabilmente finisce per essere “affogata” nella più complessa vicenda processuale costruita su numerosissime e articolate imputazioni che travolgono la singola contestazione mossa a ciascun imputato (ciò a maggior ragione laddove al singolo sia contestato il reato di associazione ex art. 416 bis c.p. in aggiunta al reato fine). In secondo luogo, per quello che più interessa, si è via via accettata e poi applicata la teoria del “doppio binario”, che ha comportato lo stravolgimento delle garanzie poste a tutela del diritto di difesa e la creazione di regole processuali *ad hoc* per coloro che devono essere indagati e poi giudicati dei reati di criminalità organizzata.

Questi sono solo i principali fattori che hanno inciso, negativamente, sullo sviluppo del nostro processo penale, che oggi è indiscutibilmente in sofferenza. È indubbio che ci sono troppi processi anche perché ci sono troppi reati e il ricorso al giudice penale è abusato dalle stesse parti private.

Il risultato è che spesso nessuna delle parti del processo è soddisfatta. Non i pubblici ministeri, che non riescono a gestire come vorrebbero il carico di lavoro

di cui sono letteralmente sommersi. Non la vittima che deve agire anche oltre i suoi limiti nel tentativo di far partire un'indagine o di far giungere il processo alla conclusione quanto meno del primo grado di giudizio prima che intervenga la prescrizione. Non l'imputato, che vede compressi i propri diritti e finisce per non comprendere il fondamento della sua condanna ritenendo, sulla base di quello che vede accadere in udienza, che la sua posizione non sia stata esaminata come avrebbe dovuto essere o che il medesimo fatto sarebbe stato giudicato in modo diverso da un altro giudice o in un altro tribunale. In conclusione quella che manca è la certezza del diritto; perché il processo, oggi, non è uguale per tutti.

2. Aree di maggior sofferenza. – È indubbio che la principale area di sofferenza del nostro sistema sia quella relativa ai tempi del processo.

Come detto, la scelta effettuata metteva – già sulla carta – a rischio la tenuta del nuovo processo proprio con riguardo ai tempi; infatti, se non si vuole cedere al sacrificio delle garanzie dibattimentali, è inevitabile che il combinato disposto dei numeri dei processi da trattare con il non sufficiente numero di magistrati, cancellieri e aule disponibili fanno sì che i tempi dell'accertamento dibattimentale non possono essere quelli previsti dal sistema.

In linea astratta il codice di procedura scandisce tempi dalla notizia di reato al giudizio in Cassazione che, idealmente, potrebbero contenerne la durata nell'arco di un anno e mezzo. Tali tempi non sono mai rispettati. Certamente per le ragioni sopra indicate, ma anche perché ciò che non funziona sono i diversi filtri di cui il percorso del nostro procedimento dovrebbe più concretamente fruire.

In primo luogo, non è ancora stata trovata un'adeguata disciplina rispetto ai tempi dell'iscrizione della notizia di reato e l'assenza di efficaci sanzioni processuali sviscerano quelle poche regole esistenti. Analogamente non funziona il vaglio sulla proroga delle indagini, che ormai si è ridotto a un mero passaggio burocratico che appesantisce gli obblighi di notifiche con fisiologici rallentamenti del percorso processuale. Anche l'avviso ex art. 415 *bis* c.p.p. e l'introduzione delle indagini difensive non hanno apportato lo sperato contributo in termini di anticipo del contraddittorio quale modalità per evitare richieste di rinvio a giudizio non dotate dell'idoneo fondamento. Forse sul punto qualche spiraglio si incomincia a intravedere, ma evidentemente c'è voluto e ci vorrà del tempo perché da parte dei pubblici ministeri sia accettato un effettivo contraddittorio pur in presenza di un loro orientamento contrario a quello della difesa (altrimenti in luogo dell'avviso di conclusione delle indagini il pubblico ministero procede direttamente alla richiesta di archiviazione) e sia riconosciuta la giusta attendibilità alle indagini svolte dai difensori.

La seconda maggiore area di sofferenza è la messa in crisi del principio dell'oralità e del contraddittorio nella formazione della prova. In questo caso il discorso può essere diviso in due parti.

Da un lato vi è il tema, legato ai procedimenti più complessi, delle nuove tecnologie utilizzate come strumenti d'indagine che, per un ulteriore effetto distortivo, diventano strumenti di formazione della prova in sede extra-dibattimentale.

Ci si riferisce in primo luogo allo smodato uso che ormai tutte le Procure fanno delle intercettazioni telefoniche e ambientali. Oramai tali attività investigative, che hanno in larga parte soppiantato i vecchi mezzi di ricerca della prova, sono utilizzate non solo per individuare i responsabili di un reato già commesso ma anche, o soprattutto, per acquisire informazioni circa la potenziale commissione di un reato passato o futuro che, capita spesso, nulla ha a che vedere con l'indagine per cui le suddette intercettazioni sono state autorizzate. Affiora, quindi, evidente il contrasto tra esigenze di sicurezza sociale e rispetto delle regole processuali che limitano l'utilizzo di uno strumento investigativo così invasivo a tutela non solo del diritto di difesa dell'indagato, ma anche – per quel che più conta – del diritto alla libertà di ogni cittadino, che può essere casualmente intercettato (questa è certamente la situazione più delicata e fonte delle più gravi indebite conseguenze). Inoltre, gli esiti di tali intercettazioni confluiscono direttamente, anche se tramite una perizia, nel fascicolo del dibattimento, così divenendo prova utilizzabile per la decisione molto più efficace e convincente, pur nella non rara possibilità di errata comprensione del significato della frase intercettata, di una testimonianza, che invece dovrebbe essere, assieme ai documenti, la prova principe del processo penale.

In secondo luogo, si fa riferimento alla prova scientifica, che troppo spesso è assunta nei processi senza il doveroso e idoneo vaglio preliminare e senza che la difesa abbia un effettivo potere di interloquire in merito all'attendibilità del metodo scientifico che ne rappresenta il fondamento (cioè non è in grado di evitare la *junk science*) e in merito alla corretta o meno applicazione di quel metodo al caso di specie (ad esempio sul corretto utilizzo dei dati fattuali emergenti dall'indagine o sull'effettivo rispetto degli obblighi di cui alla "catena di custodia" in caso di prova del DNA). Anche in questo caso, il risultato è che la prova scientifica, una volta introdotta nel dibattimento, assume un valore probatorio maggiormente persuasivo rispetto ai tradizionali mezzi di prova.

Dall'altro lato vi è il tema dei processi più numerosi e semplici, vale a dire quelli per direttissima, in cui manca il difensore di fiducia. Al di là della constatazione del fallimento del nostro sistema della difesa d'ufficio – su cui la recente riforma è intervenuta ma, in attesa della sua attuazione concreta, non appare aver dato luogo a un risolutivo cambio di impostazione – ciò che conta è che nella pratica sempre di più si registra un assoluto appiattimento del difensore d'ufficio alle

indicazioni del giudice, che, pressato dai numeri dei processi, ha individuato la soluzione nella contrazione dell'oralità mediante l'acquisizione documentale delle prove d'indagine. E ciò sia che il documento venga acquisito indebitamente nel corso delle indagini (sul punto si veda la pronuncia delle SSUU del 16.12.2010, n. 7931) sia che costituisca la verbalizzazione di una dichiarazione orale, che non dovrebbe avere ingresso nel fascicolo dibattimentale, salvo il consenso della parte. L'effetto distortivo, ormai radicato nei processi, è quello per cui il consenso a tale acquisizione da parte del difensore è valutato positivamente ai fini della concessione delle attenuanti generiche. E, quando tale consenso non è prestato, l'altra soluzione è l'ormai sempre più diffusa abitudine a "tagliare" le liste testimoniali della difesa, in una evidentemente fin troppo severa – o ampia, a seconda della prospettiva da cui si affronta il problema – interpretazione delle norme sul diritto alla prova delle parti.

Tempi e carico d'udienza generano il medesimo effetto anche nei successivi gradi di giudizio, dato che sempre più spesso nel giudizio d'appello e in quello di cassazione, l'oralità della discussione è sempre più costretta e limitata, quale naturale conseguenza dei già ricordati numeri dei processi da trattare.

Il risultato è che viene completamente snaturato il processo, che privato dell'oralità e del contraddittorio – nel tentativo di realizzare la concentrazione, immediatezza e identità dell'accertamento – perde quei principi volti a garantire la formazione dibattimentale della prova, secondo regole equamente applicate.

3. *Possibili proposte o vie d'uscita.* – Ovviamente una parte delle proposte non possono che riguardare ciascuno dei temi problematici che sono stati già illustrati nei precedenti paragrafi. Tra questi certamente il più pressante, anche in considerazione della riforma in atto, è – a mio avviso – la riorganizzazione della difesa d'ufficio, che riguarda, numericamente parlando, la parte più rilevante dei processi, anche perché spesso celebrati nei confronti dei meno abbienti, che, per tale ragione, vanno maggiormente tutelati.

Parallelamente, anche la categoria degli avvocati deve realizzare un cambio di passo. Non si può sperare nella qualità del processo se prima non vi sia un'effettiva qualità del difensore. Lo strumento della formazione e, ora, della specializzazione rappresenta un'occasione unica per trasmettere agli avvocati la necessità di un loro costante aggiornamento teso a elevare il livello di preparazione che ci si deve attendere da chi esercita la nostra professione, così incrementando l'efficacia della risposta alle esigenze del cittadino che a noi si rivolge. Perché solo un avvocato tecnico, libero e specializzato può realmente tutelare il diritto di difesa del cittadino, vigilando sull'effettiva e corretta applicazione delle regole del processo.

Affinché ciò si realizzi è però necessario potenziare gli strumenti a disposizione della difesa, rafforzando il sistema delle invalidità processuali di fronte a condotte che tendano anche solo a alterare – oltre ovviamente a quelle che li violino – i limiti d'azione delle parti imposti dal nostro codice di procedura. Sulla base dell'esperienza statunitense, e come avviene in diversi tribunali d'Italia ad opera delle Camere penali, può essere utile adottare protocolli condivisi tra magistrati e avvocati e istituire osservatori aventi lo scopo di verificare e impedire prassi distorsive rispetto allo svolgimento dell'udienza secondo una corretta applicazione dei richiamati capisaldi del processo accusatorio.

Altrimenti, rimane sempre il rimedio del ricorso alla CEDU, che, grazie alla recente giurisprudenza europea e a quella interna, sia costituzionale che di legittimità, costituisce l'ultimo baluardo a tutela del processo equo, che per la medesima giurisprudenza europea è tale quando all'imputato è riconosciuto il diritto all'utilizzo di tutti gli strumenti che rendono effettiva la sua difesa.

FRANCESCO ZACCHÈ

1. *Sintetico bilancio di un venticinquennio.* – Fornire un bilancio in poche battute di questi primi venticinque anni di vita del codice implica delle scelte, per cui cercherò di coltivare un punto di vista personale, necessariamente non esaustivo della complessità dei fenomeni e dei problemi del sistema processuale.

Inizio da una considerazione elementare. L'attività giudiziaria è l'esercizio di un potere che incide sulle libertà, sui diritti e sulla vita dell'intera collettività, da subito, fin dall'insorgere della notizia di reato (i miei anni di studio coincidono con quelli in cui un'iscrizione nel registro degli indagati o un'informazione di garanzia annunciata sui *mass media* valeva nell'opinione pubblica alla stregua di una sentenza di condanna). Di qui una seconda considerazione. È a noi tutti chiaro come il legislatore compia scelte di valore, in base a principi, quando stabilisce le forme e i modi attraverso cui il potere giudiziario si esplica, dosa le garanzie da assegnare alle parti, delimita la sfera di efficacia degli strumenti conoscitivi, fissa il regime delle invalidità (NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 304).

A questo riguardo, l'opzione di fondo del legislatore del 1988 risulta netta. Il processo penale ha una funzione cognitiva, è volto alla ricostruzione del fatto di reato secondo criteri epistemologici storicamente dati e nel rispetto dei diritti fondamentali (UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, p. 31-32), da riconoscersi, *in primis*, in capo all'imputato che direttamente e personalmente subisce l'azione penale.

Chiarito l'obiettivo, il resto viene da sé. Senza pretese di completezza. Il legi-

slatore ha valorizzato il ruolo delle parti e di conseguenza rimodulato i poteri del giudice (nel procedimento pretorile, lo sappiamo, distinguendo le funzioni di accusa da quelle di giudizio); ha cercato di rendere centrale il dibattimento – da celebrare in pubblico, oralmente (in senso chiovendiano) e in contraddittorio paritetico – anche attraverso l'introduzione dei riti deflattivi del dibattimento; ha provveduto a separare le fasi procedurali, dividendo le carte processuali mediante la disciplina del doppio fascicolo; ha rifondato il diritto delle prove, con felici aperture all'evoluzione tecnologica e scientifica, nonché con la sanzione della prova *contra legem*; ha riscritto l'intera disciplina delle misure cautelari personali, dove la custodia cautelare, svincolata da finalità istruttorie, avrebbe dovuto assumere un ruolo residuale.

Insomma, per farla breve, una vera e propria rivoluzione copernicana rispetto al codice Rocco, orientata all'attuazione dei valori espressi nella Costituzione e nelle Carte internazionali sui diritti dell'uomo (*ex art. 2, comma 1, legge-delega c.p.p.*), fra i quali spicca su tutti – nell'ottica da noi oggi coltivata – il principio di legalità processuale.

Ora, la scelta di richiamare, fra i tanti valori consacrati nell'opera di rifondazione del codice, la legalità processuale non è frutto del caso, anzi. A mio avviso, è proprio su questo terreno che, da subito e in maniera irrimediabile, si sono giocate le sorti del primo codice repubblicano. Qual è stato e qual è tuttora il punto critico? A ben vedere, il rifiuto d'accettare che la procedura penale funga da limite al potere statale, che la caccia valga più della preda, per usare l'icastica figura corderiana.

Fin dai primi anni di vigenza del codice, il rispetto delle regole e delle forme è stato troppo spesso vissuto con fastidio dal legislatore e/o dalla giurisprudenza. L'idea è che l'osservanza della legalità provochi ritardi, inefficienze, in poche parole che impedisca allo Stato di raggiungere l'obiettivo punitivo. Ma è vero che le garanzie sono un intralcio al raggiungimento di un risultato. Si può parlare di processo senza il rispetto delle forme?

Ciò premesso, in questa sede, non possiamo certamente ripercorrere punto per punto, questi primi venticinque anni. Anche se avessimo a disposizione più tempo, sarebbe un compito arduo, perché non c'è settore codicistico che non sia stato stravolto da interventi normativi e della Corte costituzionale. Perfino il mito del giudicato, oggi, è superato: non solo perché i processi durano un'eternità, ma anche perché il giudicato si è dissolto per gli interventi più recenti del legislatore e della giurisprudenza, anche costituzionale ed europea.

In questa sede, comunque, mi pare opportuno mettere in evidenza alcune linee di tendenza ricorrenti, talvolta patologiche.

Sappiamo che norme-chiave del sistema processuale sono state oggetto di continue riscritture e rimaneggiamenti (fino alla legge sul giusto processo, si pensi agli artt. 500 e 513 c.p.p.; oppure, in materia di libertà personale, all'art. 275,

comma 3, c.p.p.); sono state approvate leggi la cui efficacia era ed è tutta da dimostrare (si pensi al c.d. patteggiamento “allargato”) o, peggio, sono stati abrogati istituti senza una spiegazione plausibile (patteggiamento sui motivi d’appello) o per mere esigenze d’apparato e organizzative (non si può tacere l’abolizione dell’ultrasecolare figura del pretore – mentre sono sorti al contempo interi sottosistemi processuali: giudice di pace e processo agli enti responsabili dell’illecito amministrativo dipendente da reato).

Ancora: sono state approvate “a stretto giro di posta” riforme improntate a valori antitetici (sia sufficiente rammentare la modifica dell’art. 111 Cost. e la contestuale legge n. 479 del 1999); si sono registrati ritardi significativi nell’adeguare il codice alle indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali, nonostante il loro indubbio interesse per gli operatori del diritto (e il riferimento corre, fra l’altro, alla prova del DNA e alla disciplina della prova digitale); l’agenda del legislatore è stata per svariati anni impegnata nel tentativo di difendere dal processo imputati eccellenti attraverso l’uso disinvolto di leggi *ad personam*, mentre è stato lasciato alla giurisprudenza costituzionale e ordinaria il compito di risolvere i problemi strutturali emergenti dalla nostra normativa rispetto all’osservanza delle prescrizioni provenienti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dei relativi Protocolli addizionali: si pensi, oltre al problema della riapertura del processo a seguito della violazione accertata dal giudice di Strasburgo risolto con la c.d. “revisione europea”, al tema delle letture, del *iura novit curia*, della rinnovazione dell’istruzione in appello *ex art.* 603 c.p.p., della contumacia. A quest’ultimo proposito, nemmeno la più recente legge sull’assenza sembra soddisfare i canoni richiesti dalla Carta di Roma sul diritto dell’imputato a partecipare al suo procedimento: mi pare innegabile che alcuni casi chiamati oggi come assenza, in realtà, si risolvano in altrettante ipotesi di contumacia; insomma, una sorta di truffa delle etichette.

2. *Aree di maggior sofferenza.* – Il quadro appena tratteggiato offre spunti sufficienti a comprendere quali siano i fattori di crisi degli odierni assetti processuali. Se si volesse individuare il tratto qualificante della politica legislativa seguita in questi venticinque anni in tema di giustizia penale, la definizione più calzante sarebbe quella di riformismo emergenziale permanente. Il legislatore è sempre impegnato nell’affannosa rincorsa d’emergenze vecchie (irrisolte) e nuove (sopravvenute), senza mai alzare lo sguardo oltre il contingente (MAZZA, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 5, p. 1). L’urgenza è la parola d’ordine, lo stato di necessità la regola. Specie in questo ultimo decennio, non è un azzardo asserire che non vi sia stata riforma in materia di giustizia improntata al tentativo di soddisfare una qualche emergenza, dalla più generale (criminalità organizzata, violenza sessuale, corruzione) alla più particolare (emergenza rifiuti, caso Ilva, ecc.). E il tutto, gio-

va ribadirlo, in una cornice in cui il processo non funziona, dove fra il tempo della commissione del reato e il tempo dell'irrogazione della pena, quando ci si arriva, passano anni.

Questo passaggio è importante e ricco d'implicazioni. La sinergia fra l'inefficacia del processo (che appunto non funziona) e il bisogno (di turno) di giustizia genera un vero e proprio effetto distorsivo sugli istituti processuali. Il legislatore ormai usa il processo per scopi che dovrebbero essere riservati al diritto penale sostanziale. Detto altrimenti, sempre più spesso il processo viene gravato di compiti diversi da quelli che gli spettano: ora impiegato come misura di contrasto nei confronti della criminalità, ora concepito quale strumento di difesa sociale nei confronti di soggetti pericolosi. Non c'è nemmeno bisogno di scomodare gli interventi securitari che si sono succeduti in questi ultimi anni per dimostrare l'assunto. È sufficiente qui menzionare la modifica dell'art. 280 c.p.p. da parte della l. n. 94 del 2013. Con tale novella, il legislatore ha innalzato il limite astratto per disporre la custodia cautelare ai delitti per i quali sia prevista la pena non inferiore nel massimo a cinque anni. Al contempo, il legislatore ha posto una deroga espressa alla preclusione in questione per il reato di finanziamento illecito dei partiti, nonché adeguato le pene con cui si punisce lo *stalking* al riformulato art. 280 c.p.p. Di fronte a tali scelte, traspare l'idea che alcuni reati – ritenuti a torto o a ragione odiosi dall'opinione pubblica in un dato contesto storico – debbano trovare una risposta “sanzionatoria” pronta e certa da parte dello Stato.

Non è però solo sul fronte legislativo che si manifesta la crisi del pianeta giustizia, anche nella prassi si registrano numerosi cedimenti.

Per rimanere sul tema delle cautele, basti pensare alla centralità assunta dal relativo procedimento rispetto al processo sul merito dell'imputazione. Di frequente è il procedimento cautelare a dettare le cadenze del processo principale, ora dilatando le attività processuali fino al limite dei termini massimi di durata della custodia, ora accelerando l'instaurazione del dibattimento, come avviene nel giudizio immediato custodiale. Non solo: il sempre più penetrante vaglio sui gravi indizi di colpevolezza, quando confermato in sede di riesame e/o in Cassazione, spesso diventa la pietra angolare nel successivo giudizio di merito, segnandone le sorti.

Né va taciuto l'abuso del carcere provvisorio, proprio di recente stigmatizzato dalla Corte di Strasburgo: ai tempi della sentenza Torreggiani sul sovraffollamento carcerario, il 40% dei detenuti era imputato, di cui il 19% ancora in attesa della definizione del giudizio di primo grado (CHIAVARIO, in *Leg. pen.*, 2013, p. 963). Qui, giocano un ruolo di primo piano vari fattori: esigenze cautelari ripiegate o assorbite sui gravi indizi di colpevolezza (in particolare, quando entra in gioco la lett. c dell'art. 274 c.p.p.), motivazioni apparenti delle ordinanze cautelari, scarsa efficacia dei controlli in sede d'impugnazione, ecc. Ma al di là di queste o di altre interpretazioni devianti, qual è il risultato? La custodia *ante iudicatum*

sembra concepita e vissuta da una parte della magistratura come una pena (in senso lato) anticipata, pronta e certa, idonea a compensare (specie nei reati di media gravità) una sanzione penale futura e incerta.

Ci siamo soffermati sul tema delle cautele, perché – dopo la sentenza Torreggiani – il problema del carcere è tornato centrale nelle riflessioni degli studiosi e degli operatori del diritto; inoltre, il tema della libertà personale è emblematico delle distorsioni provocate dal singolare connubio fra le scelte legislative improntate alla sicurezza e la prassi applicativa.

A ogni modo, dobbiamo rimarcare come questo non sia il solo fronte su cui si palesa un'insofferenza della prassi per il rispetto della legalità processuale. Basti qui rammentare un paio di vicende paradigmatiche.

In materia d'invalidità, conosciamo tutti come la giurisprudenza tenda a erodere la mera rilevanza formale del vizio dell'atto processuale per attribuirvi rilievo nelle sole ipotesi di pregiudizio effettivo. Un fenomeno simile, poi, si verifica in materia d'inutilizzabilità: invece di fungere da baluardo a tutela dell'ortodossia probatoria, la sanzione in parola si polverizza in forza di distinzioni e sotto distinzioni (ad esempio, inutilizzabilità patologiche trasformate in fisiologiche); molte volte, l'esperimento conoscitivo inutilizzabile finisce – quando non decisivo – *tamquam non esset* nella prova di resistenza effettuata dalla Cassazione in sede di diagnosi del vizio; oppure prove inutilizzabili (spesso precostituite) vengono taumaturgicamente trasformate in prove atipiche, specie quando si tratta d'assicurare al processo conoscenze ottenute da strumenti probatori di nuova frontiera.

Un altro caso di esondazione giurisprudenziale si è prodotto, infine, quando i giudici si sono trovati di fronte alla necessità di dare seguito alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. In assenza di strumenti normativi *ad hoc*, idonei a ottemperare ai *dictat* del giudice di Strasburgo, non è raro che i problemi siano stati risolti attraverso una "giurisprudenza legislativa", magari apprezzabile nel fine, mai nel metodo. La necessità di superare delicati problemi contingenti può spiegare la forzatura, ma non giustificarla.

3. *Possibili proposte o vie d'uscita.* – È difficile prospettare soluzioni per uscire dalla condizione comatosa in cui versa il sistema processuale. Il codice di rito, oggi, presenta tanti volti, frutto delle stratificazioni legislative e giurisprudenziali che in modo incessante l'hanno visto come risorsa a cui attingere nel tentativo d'offrire una risposta al bisogno (vero o presunto) di giustizia.

Serve invece riprendere il timone della barca allo sbando e riportare il processo nell'ambito delle sue finalità istituzionali: da strumento di difesa sociale a strumento per la ricostruzione del fatto di reato nel rispetto dei diritti fondamentali. Il processo, in sostanza, andrebbe depurato da qualunque compito di supplenza del diritto penale, da qualsiasi funzione di difesa sociale e di risposta giu-

diziaria alla criminalità. Lo impone il canone di legalità processuale.

Se nel codice del 1988 la legalità era un tratto saliente del corpo normativo, dopo la riforma dell'art. 111 Cost., il principio in questione assume forza ancora più vincolante: esso è un criterio inderogabile per il legislatore, il quale è tenuto a disegnare una disciplina processuale compiutamente garantista, secondo i canoni del giusto processo; esso è inoltre un criterio-guida per gli operatori del diritto e per l'interprete in particolare.

Sul piano legislativo, così, bisognerebbe ritornare a pensare in modo serio e coraggioso a una riforma dell'intero sistema (penale, processuale, penitenziario, di prevenzione, e d'ordinamento giudiziario). Le odierne tensioni del diritto penale – che si manifestano fra l'altro nell'inflazione dei reati, nella crisi della pena detentiva quale unica forma di risposta penale e così via – dovrebbero dare il via a questo rinnovamento complessivo del sistema giustizia. (In fondo, è questo il più significativo limite della scelta parlamentare del 1988: aver riformato il codice di rito senza procedere a una contestuale revisione degli assetti complessivi della giustizia penale, come del resto è avvenuto nel passato).

Certo, allo stato dell'arte, sembra un'utopia. Il rifiuto di pensare a lungo termine, l'evidente spaccatura con reciproche incomprensioni fra magistratura e politica, l'incapacità dell'accademia di ritornare protagonista nel dibattito su un tema cruciale per la vita di un Paese democratico sono i sintomi della difficoltà a intraprendere un discorso di riforma complessiva del sistema.

Se si vuole recuperare credibilità nella giustizia, a ogni modo, è indubbio che si debba mettere mano all'ordito codicistico, almeno nei suoi punti nevralgici. I settori da rivedere sono tanti e investono, senza pretese di completezza: il campo della prova, da coordinare con i sempre più nuovi ritrovati informatici particolarmente invasivi sul piano dei diritti fondamentali dell'individuo; va ripensato il settore della libertà personale, coltivando la prospettiva d'introdurre un giudice delle libertà e abolendo la lettera *c* dell'art. 274 c.p.p.; va senz'altro ricalibrato lo sviluppo del processo nelle diverse fasi e gradi (in questa cornice, maggiore attenzione andrebbe prestata all'*input* della domanda penale); occorre ancora una volta tentare di rivitalizzare gli asfittici riti semplificati.

Esistono, per converso, anche punti fermi ormai indiscutibili: uno su tutti, nessuno è più nostalgico del giudice istruttore; il procedimento strutturato sulle due fasi delle indagini e del dibattimento, ormai, è una realtà consolidata, e non era cosa scontata.

Detto ciò, piuttosto che proporre singole migliorie o aggiustamenti in corso d'opera, preferisco limitarmi a porre una questione di sostanza e una questione di metodo.

Dal primo punto di vista, qualunque riforma deve mirare a ridare efficienza al processo, ma nel rispetto delle garanzie. L'efficienza non è un valore contrappo-

sto al rispetto delle forme; senza forme, senza rispetto dei principi e delle regole, non c'è processo. L'azione del legislatore, insomma, deve mirare al garantismo efficiente in attuazione dell'art. 111, comma 1, Cost. (MAZZA, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 5, p. 1).

Sul piano metodologico, andrebbe istituita una commissione permanente, con il compito di verificare in maniera costante il funzionamento della macchina giudiziaria, attraverso la raccolta e la rielaborazione d'informazioni dettagliate sui flussi giudiziari e sull'impatto provocato dalle riforme approvate. L'obiettivo sarebbe quello d'acquisire nelle diverse aree della normativa processuale un'adeguata percezione sull'effettività del sistema, così da evitare di legiferare sull'onda di suggestioni emotive, magari amplificate dalle rappresentazioni mediatiche del crimine.

Quanto alla prassi applicativa, sarebbe necessario uno sforzo affinché la procedura di matrice giurisprudenziale rientrasse nell'alveo delle ordinarie regole dell'interpretazione; andrebbe abbandonata l'odierna tendenza a sostituire la disciplina codicistica con una diversa ricostruzione che si presenta al tempo stesso eversiva della *littera legis* e capace di snaturare principi e istituti implicati.

Al giurista, invero, spetta il compito d'esaminare il dato normativo per interpretarlo e procedere alla ricostruzione sistematica, come Penelope con pazienza tessava e ritesseva la sua tela.

Certo, quanto più un settore dell'ordinamento si presenta frammentario o incoerente, tanto più l'attività ermeneutica e dogmatico-ricostruttiva può risultare disagiata, producendo risultati contraddittori.

Eppure, fra più soluzioni possibili, l'interprete è chiamato a privilegiare sempre quella che risulta più consona ai principi su cui si fonda il sistema penale, fra i quali gioca un ruolo decisivo il canone del giusto processo legale (UBERTIS, *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, p. 264).

Basti pensare agli scenari aperti dalla vicenda Scoppola per la mancata applicazione del trattamento sanzionatorio più favorevole, dopo l'interpolazione dell'art. 442 c.p.p. da parte dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000. Sarebbe stato sufficiente che, *illo tempore*, il giudice applicasse l'art. 2 c.p. – nel presupposto che lo sconto di pena opera sul piano sostanziale – per evitare l'insorgere degli sbandamenti giurisprudenziali a tutti noti.

Concludo in poche battute: i tempi sono maturi per un atto di rottura con il passato e la strada da percorrere verso il giusto processo penale non può che passare attraverso il crinale della legalità, garanzia insopprimibile dell'individuo di fronte al potere statale. Oggi sembra quasi un atto rivoluzionario. Ma mi viene in mente un aforisma provocatorio di Flaiano: «da giovane ero anarchico, adesso mi accorgo che si può essere sovversivi soltanto chiedendo che le leggi dello Stato vengano rispettate da chi governa» e aggiungiamo noi, da chi le applica.

Opinioni a confronto
I molti volti del disastro

OPINIONI A CONFRONTO
I MOLTI VOLTI DEL DISASTRO

Nota introduttiva di ALBERTO GARGANI

Chiamata a coprire un'area applicativa espressamente residuale o sussidiaria, la fattispecie di '*altro disastro*' cui all'art. 434 c.p. trova il suo più immediato antecedente nell'omologa figura innominata contemplata all'art. 311 del codice Zanardelli, a chiusura dei delitti colposi di comune pericolo. Com'è noto, il c.d. *disastro innominato* affonda le proprie radici nella tradizione del diritto comune: esso rappresenta, in effetti, la perpetuazione di prassi repressive, avulse dall'individuazione certa del *corpus delicti*, in cui, a fronte di forme di offesa fluttuanti o indefinibili, spettava all'organo giudicante identificare il contenuto ovvero l'oggetto del reato, secondo il diffuso paradigma dei *crimina extraordinaria*. Sul piano giurisprudenziale, la fattispecie in esame ha mantenuto per lungo tempo un ruolo tutto sommato marginale, legato all'evoluzione delle fonti di pericolo comune: se agli inizi del secolo XX erano stati sussunti sotto la nozione di 'altro disastro' lo scoppio di una macchina a vapore ovvero lo sparo di granate esplose nel mortaio, prima ancora che per aria, con conseguente pericolo comune, risalgono agli anni '50 le prime applicazioni in riferimento a sinistri stradali di particolare gravità.

Il ricorso alla fattispecie innominata nel procedimento penale avente ad oggetto l'incidente avvenuto nello stabilimento Icmesa di Seveso (1976) segna la scoperta delle potenzialità punitive sottese agli artt. 434 e 449 c.p., strumentali ad esigenze di protezione dell'ambiente e della salute collettiva dai pericoli creati dall'attività industriale. Se, dapprima, la valorizzazione delle proprietà repressive del disastro innominato è indotta dalla necessità di fronteggiare fenomeni di liberazione in atmosfera di gas nocivi, con danno materiale caratterizzato da istantaneità, gravità e complessità, in un secondo momento la nozione di *disastro ambientale* finisce, pressoché, con l'assorbire le virtualità applicative dell'altro disastro, estendendosi all'attività illecita di gestione di rifiuti pericolosi e di escavazione abusiva di cave, con alterazione del territorio. Lo 'sfruttamento' applicativo della figura innominata raggiunge la massima intensità nell'ultimo decennio, allorquando nella nozione di disastro ambientale vengono sistematicamente ricompresi fenomeni di inquinamento progressivo, rivelatisi pericolosi per la salute col-

lettiva (ad es., la dispersione nell'ambiente di fibre di amianto). A fronte delle macroscopiche lacune di tutela dell'ambiente (e, in particolare, del difetto di una specifica fattispecie incriminatrice volta a proteggere la salute collettiva dal pericolo conseguente all'esposizione a sostanze tossiche), a partire dal *leading case* del Petrolchimico di Porto Marghera, la giurisprudenza ha ritenuto di poter sussumere nella fattispecie di disastro ambientale condotte – diluite nel tempo – di rilevante contaminazione del territorio, suscettibile di riverberarsi negativamente sulla salute collettiva e di destare un esteso senso di allarme. Secondo una ricorrente impostazione, al fine dell'identificazione di danno ambientale e disastro occorrerebbe un'offesa per la pubblica incolumità «straordinariamente grave e complessa ma non nel senso di eccezionalmente immane, essendo necessario e sufficiente che il nocumento abbia un carattere di prorompente diffusione che esponga a pericolo collettivamente un numero indeterminato di persone» (Cass. pen., sez. IV, 9.3.2009, n. 18974).

Facendo leva sulla nozione proteiforme e intuitiva di *disastro*, da un lato, e sulla struttura agevolmente manipolabile della fattispecie incriminatrice, dall'altro, il diritto vivente ha trasformato progressivamente la previsione del disastro innominato da criterio di selezione dei fatti in *clausola generale*, che, rescissi i vincoli morfologici e strutturali con le fattispecie di disastro nominato, si "autolegittima" alla luce dell'evidenza, della gravità e della persistenza del danno. Nella sua declinazione di reato permanente, il disastro innominato si presta, infatti, nella sua tendenziale atemporalità, a fungere da strumento idoneo a mettere sotto processo intere attività d'impresa, a dispetto del rischio di prescrizione e delle immani difficoltà di accertamento del nesso di causalità, che discenderebbero dal ricorso alle fattispecie incriminatrici poste a tutela dell'incolumità e della salute individuali.

Una fattispecie 'intessuta di nuvole', al servizio d'indefinite esigenze di tutela. Ne consegue una figura giurisprudenziale indeterminata in modo esponenziale: non è dato sapere *come e in quale arco di tempo* si sia verificato l'evento. Risulta difficile, in questo senso, non porre in relazione il fenomeno di progressiva 'degenerazione' del concetto di *disastro* con talune letture della sentenza della C. cost. n.327/2008: la dichiarazione di infondatezza della questione di costituzionalità dell'art.434 c.p., sotto il profilo dell'asserito difetto di determinatezza, poggia, fondamentalmente, sul nesso di necessaria omogeneità strutturale intercorrente tra disastro innominato e disastri tipici. Un criterio in sé fondato, ma destinato, per la sua limitata 'presa' sulla prassi, ad essere comodamente eluso: in chiave accusatoria, il salvataggio – timidamente 'condizionato' – del disastro ambientale è stato, invero, arbitrariamente interpretato non solo come la sostanziale *legittimazione* del diritto vivente, bensì come un 'nulla-osta (se non un invito) al "rilancio" della 'posta' applicativa. Nel processo Eternit (e nel caso Ilva) sono state, infatti,

sperimentate nuove tecniche d'incriminazione, polarizzate sul disastro innominato (sovente in *tandem* con l'art. 437 c.p.): inclusione nel concetto di disastro di eventi di danno personale; configurazione del dolo eventuale; tesi della consumazione prolungata, ecc. Da ultimo, in occasione della recente decisione della Suprema Corte (Cass. pen., sez. un., 19.11.2014, n.7941), sul caso Eternit, la plausibilità della costruzione giurisprudenziale del disastro ambientale (anche se non nella forma 'radicale' del reato permanente) è stata riconosciuta anche da parte della Corte di Cassazione, con effetti di apparente 'stabilizzazione' del diritto vivente.

Nel diritto giurisprudenziale l'*altro disastro* si riduce, dunque, a fattispecie causalmente orientata di pericolo *grave* per l'ambiente, l'incolumità o salute collettiva.

Chi scrive è convinto che nella recente esperienza applicativa del disastro innominato si manifesti il "*lato d'ombra*" del sistema penale: bisogni di pena, esigenze di semplificazione della prova e di 'sopravvivenza' alla prescrizione, hanno profondamente inciso sulla tenuta dei principi, ridotti – almeno in quest'ambito – ad «acquisizioni, vestimenti, cenci graziosi, che se ne volano via alla prima buona scrollata» (J. CONRAD, *Cuore di tenebra*, trad. it. di A. Rossi, Torino, 1975, p. 56). Si avverte il rischio che istanze populistico-demagogiche influenzino la percezione socio-culturale delle funzioni e delle finalità del diritto penale: non ci si limita ad ascrivere reati o a distribuire responsabilità. Attraverso lo strumento del disastro innominato si procede alla riscrittura *giustizialistica* ed antistorica dell'attività industriale svolta in Italia nella seconda metà del '900: *redde rationem* che trascende i limiti e le finalità del processo penale, pervertendone il significato.

Del tema, straordinariamente complesso ed attuale, del disastro innominato, abbiamo chiamato a discutere David Brunelli, Stefano Corbetta e Gaetano Ruta, invitandoli a trarre spunto dai seguenti interrogativi:

a) in difetto di una definizione legislativa di *disastro* e in considerazione degli sviluppi del diritto vivente, la fattispecie "ad analogia espressa" di cui all'art. 434, comma 2, c.p., è compatibile con l'art. 25, comma 2, Cost. ?

b) alla nozione di "*altro disastro*" può essere ricondotto *qualunque* accadimento – non previsto come reato da altra disposizione del Titolo VI del Libro II del codice penale – suscettibile di mettere a repentaglio la vita, l'incolumità fisica o la salute di una cerchia indeterminata di persone?

c) derivazione da causa violenta ("*distruttività*"), istantaneità, concentrazione spazio-temporale, percepibilità immediata: requisiti strutturali o meri elementi specificativi del 'disastro innominato'?

d) il criterio – indicato dalla sent. C. cost. n.327/2008 – di necessaria *omogeneità* tra disastri nominati e l'*altro disastro* vale anche ai fini dell'individuazione del momento consumativo del reato? Nella prospettiva della responsabilità dei magistrati, quale significato assumono le condanne di imputati in procedimenti aventi ad oggetto reati già prescritti da decenni, sulla base dell'originale ricondu-

zione dei fatti nell'ambito del disastro innominato, quale *reato permanente o a consumazione prolungata*, in funzione dello spostamento in avanti del termine di prescrizione?

e) quali sono gli effetti che la qualificazione della fattispecie di cui all'art. 434, comma 2, c.p. in senso autonomo o oppure in senso circostanziale produce sul piano dell'elemento psicologico del reato?

f) secondo una ricorrente affermazione giurisprudenziale (v., ad es., Cass. III 16.1.2008, n. 9418), «*la durata in termini temporali e l'ampiezza in termini spaziali delle attività di inquinamento giustificano la sussunzione della fattispecie concreta nella contestata ipotesi di reato di disastro innominato*»: fenomeni, connessi all'attività d'impresa, di progressivo inquinamento dell'ecosistema attraverso la dispersione di sostanze pericolose per la salute umana, possono essere sussunti nella fattispecie di disastro innominato, senza travalicare i limiti dell'interpretazione estensiva?

g) in prospettiva di riforma, si discute circa le soluzioni idonee ad assicurare un'autonoma ed efficace considerazione politico-criminale del c.d. *disastro ambientale*: in sede di accertamento del pericolo per la salute collettiva, quale spazio potrebbe trovare il ricorso ad evidenze epidemiologiche?

h) da recenti vicende giudiziarie, come quelle aventi ad oggetto i casi Eternit ed Ilva, emerge la tendenza ad un sempre più penetrante *controllo giudiziario* sull'attività d'impresa: fino a che punto il risveglio 'applicativo' del 'disastro innominato' si iscrive nel cronico '*stato di necessità*' determinato dall'inerzia del legislatore?

DAVID BRUNELLI

IL DISASTRO POPULISTICO

1. *Disastro innominato, fra garantismo e populismo penale.* – Da sempre la figura del c.d. «disastro innominato» scavata nell'art. 434 c.p., sinistra non solo per il sostantivo, evocativo di catastrofi, ma anche per il terribile aggettivo di manzoniana memoria, pone allo studioso allarmanti interrogativi. Essi si rinvigoriscono vieppiù, da quando un simile strumento è stato impiegato come riposta rabbiosa a fenomeni criminosi connessi all'anarchico ed eccezionale sviluppo delle attività produttive nella seconda metà dello scorso secolo, tali da coinvolgere una moltitudine di vittime (reali e potenziali) e in grado di generare conseguenze smisurate, anche irreversibili, sulle condizioni di vita di comunità e popoli. Si tratta degli interrogativi fotografati con puntualità ed efficacia nell'introduzione di questo dibattito.

I rilievi ivi formulati, in definitiva, hanno come matrice comune l'istanza garantista propria del diritto penale liberale. Essa, brandendo il vessillo del principio di legalità, richiede modelli di incriminazione riconoscibili, sia con riguardo al fatto materiale oggetto di divieto, sia con riguardo al criterio soggettivo dell'imputazione; conseguentemente, pretende dai giudici una scrupolosa attenzione al testo scritto della legge, contro le tentazioni di imboccare scorciatoie, semplificazioni, tattiche elusive, pur esperite nel superiore interesse sociale di fornire una risposta adeguata ai bisogni sociali di punizione, e tuttavia istituzionalmente precluse alla magistratura. È evidente, infatti, che la spinta a «rendersi protagonisti di scelte criminologiche che trascendono la sfera giudiziaria», con conseguenti «ricorrenti tensioni verso forzature della realtà e del senso delle cose»¹, sarà tanto più alimentata quanto più il legislatore, ben lontano dal modello di saggio e brillante “architetto” del sistema a cui pensava Cesare Beccaria, si comporti come un mercante da strapazzo, pronto a vendere la propria merce d'occasione al migliore offerente, così tradendo l'essenza del suo compito. Vuoti di disciplina o deleghe in bianco sono scenario non presidiato e pronto per le più disinvolte scorribande giudiziarie.

Il “modello” sembra scontato e anche un po' “logoro”: la dottrina reclama rispetto dei principi e delle garanzie del diritto penale liberale contro un legislatore tutt'altro che geloso delle sue prerogative e attento alla sua sovrana funzione, stigmatizzando le “forzature” interpretative della giurisprudenza, che, a sua volta, lungi dal ritrarsi in un atteggiamento cauto e conservativo, impiega con studiata lucidità gli ordigni legislativi mal costruiti per farsi primattrice di battaglie politico-criminali. Il tutto, naturalmente, avviene invano, come se si trattasse di un elegante e velleitario esercizio di stile, svolto all'interno di un gioco di ruolo privo di qualsiasi capacità di incidenza.

Eppure, anche di recente, non sono mancate le voci di chi tenta di smarcarsi dall'ineluttabilità di una simile “recita” e sembra provare a proporre un nuovo modello di interlocuzione, di taglio “realista” e non più “idealista”, nell'ambito di una riflessione che comprende il ripensamento anche delle basi del diritto penale liberale.

Proprio nel precedente volume di *questa Rivista*, uno dei più importanti studiosi italiani, nel fare il punto sul “populismo penale”, per caratterizzarne i connotati all'incrocio tra “populismo politico” e “populismo giudiziario”, lancia l'interrogativo circa l'intrinseco carattere “populistico” del diritto penale, finendo

¹ Parole di monito tratte dalla ricchissima sentenza delle Sezioni unite della Cassazione nel processo Thyssen, in cui la stigmatizzazione si accompagna all'incitamento ai giudici ad analizzare i fatti «con atteggiamento di disinteresse, cioè di purezza intellettuale che consenta di accogliere, accettare senza pregiudizi il senso delle cose; di rifuggire da interpretazioni precostituite, di maniera» (Cass. Sez. Un., 24 aprile 2014, Espenhahn, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1936).

per propendere verso una risposta affermativa sulla base del rilievo che «la materia dei delitti e delle pene intrattiene – pressoché da sempre – rapporti di strettissima vicinanza o contiguità, sino a farsene in qualche modo specchio, con la dimensione comunitaria e con il profilo identitario propri di una determinata popolazione in un determinato momento storico»².

Per conseguenza, viene tacciata di cedevolezza verso suggestioni populistiche l'opinione di chi, richiamando quei rapporti storicamente scontati tra la «materia dei delitti e delle pene» e la comunità in cui la stessa è chiamata ad operare, auspica chiarezza nelle incriminazioni e nelle risposte sanzionatorie, funzionalità del sistema sanzionatorio, riconoscibilità del messaggio normativo quali condizioni irrinunciabili per tornare a scommettere ancora sul diritto penale come strumento di orientamento dei consociati e di tutela giuridica della società.

Il ragionamento sembra stringente poiché la vocazione populistica del diritto penale viene collegata alla necessità che le norme che illustrano i delitti e le pene siano rivolte ai destinatari e possano funzionare nei loro confronti come comandi e divieti, in modo da condizionarne e indirizzarne i comportamenti. Tale necessità importa indubbiamente l'intelligibilità del messaggio, nel senso che il legislatore deve consentire che sia compreso il significato di ciò che si deve fare o non fare, ma anche deve rendere possibile per il destinatario riconoscere il fondamento che legittima la pretesa. Dal che si deduce, in definitiva, che la matrice populistica del diritto penale e delle opinioni che la fanno emergere, risiederebbe nella ricerca del consenso sociale³: la tenuta dei precetti e finanche la loro legittimazione, essendo direttamente proporzionali al “gradimento” che incontrano, spingerebbero il legislatore ad intercettare i bisogni, i sentimenti, le aspirazioni dell'opinione pubblica. La “deriva” populistica del diritto penale consisterebbe allora nell'aderire a tali pulsioni, ovviamente dopo averle opportunamente “fomentate”, se non artatamente “create”, alimentando paure, costruendo miti, evocando fantasmi, il tutto attraverso sapienti e rodate macchine comunicative.

Come il cane che si morde la coda, la battaglia contro il populismo giudiziario (e legislativo) si disvela a sua volta una battaglia inesorabilmente populista!

² G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in questa Rivista, 2013, 102 ss.

³ Il primo “populista” fu, in questo senso, Cesare Beccaria, il cui leggendario libello è stato di recente in molti luoghi e occasioni celebrato per via della ricorrenza del suo 250° compleanno; da quel testo basta qui estrapolare solo alcune celebri parole: «*se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi siano scritte in una lingua straniera al popolo, che le ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso quale sarebbe l'esito della sua libertà, o dei suoi membri, in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico*» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § V, Livorno, 1764).

Il ragionamento, però, non è condotto alle sue naturali conseguenze, avendo precisato l'illustre Autore che lo scopo del saggio è unicamente quello di «offrire spunti di analisi» e non «presentare tesi compiutamente elaborate», ma basterà qualche ulteriore riflessione per sviluppare quegli spunti e condurli secondo logica a conclusioni operative, onde saggiarne ulteriormente la tenuta.

Infatti, essendo pacifica la valenza “negativa” che reca con sé la qualificazione di “populista” affibbiata a un pensiero o a un’azione, sarebbe logico verificare se quel pensiero o quell’azione abbiano alternative e se tali alternative consentano di superare o attenuare gli inconvenienti di quelle tacciate di populismo. In particolare, nella nostra prospettiva, non si esce da una rigida alternativa, perché l’errore della dottrina “vetero” populista, ancora prona alla dimensione “mitologica” della legalità⁴, potrebbe riguardare due aspetti: a) auspicare la “riduzione” del diritto penale a pochi precetti e a poche sanzioni, chiari e comprensibili; b) ovvero, più radicalmente, credere che il diritto penale possa avere ancora una funzione, pur avendo la storia, anche recente, dimostrato il suo ineluttabile fallimento.

Dunque, per converso e paradossale, la trama populistica si interromperebbe continuando a navigare dentro un diritto penale incrostato e stratificato dai mille interventi normativi dell'emergenza, dalle dimensioni gigantesche e indefinite, dove la pena si confonde con il premio al punto che talvolta si infligge l'una per conferire l'altro, luogo in cui ogni scorribanda giudiziaria è possibile, ogni soluzione “si trova”, ove regna l'insondabile mistero del processo, percorso mistico che conduce a traguardi imperscrutabili ed inimmaginabili e la “condanna”, l'“assoluzione”, il “castigo” sono entità affatto indipendenti dalla responsabilità penale e dalle regole che la governano⁵. La “complessità” del mondo circostante continuerebbe a trovare così nello “gnommero” della giustizia penale, nel groviglio dei sottosistemi, il suo ineluttabile specchio riflettente, essendo ogni opera di semplificazione e di chiarimento non solo impossibile (“utopica”) ma soprattutto ispirata a intollerabile populismo.

Qualcosa non torna, però, in questo svolgimento, perché l'idea di un diritto penale minimo, condiviso, chiaro nei contenuti è alla base dell'ideale garantistico che l'illuminismo ci ha consegnato e che marca l'essenza stessa della “materia dei

⁴ Sembra si faccia ora strada una “nuova” legalità, non più dedita a ricercare la “qualità” del testo normativo, ma quella delle «relazioni della rete del diritto», assumendo il principio in una dimensione «teleologica», in sostituzione della dimensione tradizionale, «pura esecutiva ed ipotattica» (M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VI, Milano, 2013, 371 ss.; ID., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, 35 ss.).

⁵ Un recente affresco in D. FONDAROLI, *L'accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del “caso per caso” ed il “circo mediatico giudiziario”. Il nuovo particolarismo giuridico*, in *Arch. pen.*, 2014, 135 ss.

delitti e delle pene” e perché la stigmatizzazione del populismo penale e delle nefandezze che esso è in grado di generare proviene innanzitutto proprio dai moderni (ri)fondatori del garantismo penale. Se dunque il populismo penale è la negazione delle garanzie, sembra difficile tacciare di deriva populista l’aspirazione alla chiarezza e alla riduzione dei delitti e delle pene, che rappresenta la base dell’ideale garantista.

L’errore non consiste, allora, nell’invocare un simile traguardo e l’alternativa non consiste nella aspirazione a perpetuare l’esistente: il superamento del populismo intrinseco al diritto penale imporrebbe, perciò, più radicalmente di *rinunciare a coltivare l’illusione che la pena possa servire alla comunità*, costituendo qualcosa di diverso dalla mera manifestazione della sovranità e del potere pubblico. La pena è un mero dato della realtà. Esiste, dunque va arginata e disciplinata; non però perché si possa investire ancora su di essa come strumento di tutela di beni giuridici e di controllo dei conflitti sociali, ma semplicemente come fattore, veicolo e simbolo di assicurazione sociale: vicenda complessa come complessa è la realtà politica e giudiziaria che la manipola.

In questo scenario crudamente realistico (non “utopico”), il ruolo del giurista è relegato a quello del sorvegliante “tecnico”, chiamato a interagire con la politica e con la magistratura mettendo a loro disposizione gli arnesi del mestiere, disillusio protagonista di una rassegnata stagione di “gestione” delle tensioni sulla pena, disincantato interprete della caduta degli ideali.

Conclusione, stavolta, plausibile, ancorché non esaltante: *basta con il diritto penale!* Pur non avendo ancora trovato “qualcosa di meglio” non possiamo più credere alle virtualità di uno strumento fiaccato dal tempo e privo di teorica giustificazione come la pena; il discorso sulla pena ha il limitatissimo orizzonte delle vicende puramente politiche, sta e cade con l’opportunità del disegno contingente, strumento neppure primario di creazione di consenso popolare, animale tra i più feroci della giungla mediatica. Nulla che possa interessare la filosofia, la scienza del diritto, la scienza sociale.

In questa prospettiva, il garantismo penale è mero argine al potere; funzionale solo a se stesso più che a disegni strategici di ampio respiro.

In effetti è verosimilmente necessario abbandonare l’“illusione penalistica” per la fragilità dei suoi presupposti (siamo davvero liberi?), la sua comprovata inefficienza (frena solo chi già sarebbe altrimenti frenato), la sua intrinseca immoralità (lo Stato non può minacciare e infliggere male fisico ai consociati, raddoppiando così il male del delitto), la difficoltà di mettere in pratica la minaccia (giustizia penale allo sbando, carceri disumane). Ma è giusto farlo semplicemente per la sua inevitabile compromissione populistica (interloquisce col popolo, ne intercetta i bisogni, pretende di indirizzarne i comportamenti)?

Per rispondere alla domanda occorre ulteriormente chiedersi in che senso il diritto penale è condannato ad essere intrinsecamente populista e se tale contrassegno urti irrimediabilmente con le concezioni liberal-democratiche che impongono laicità e “neutralità” dello Stato, che pretendono eguale trattamento di tutti i valori e di tutti i disvalori che emergono nella società, riducendo il più possibile le aree in cui si identificano valori e disvalori, il bene e il male, il giusto e l’ingiusto.

Sotto questo profilo la questione rischia di diventare terminologica più che di contenuti, poiché la circostanza che il meccanismo della minaccia-persuasione penale serva per trattenere i consociati dall’offendere beni giuridici mediante comportamenti che li ledono o che li mettano in pericolo, illustrando loro cosa devono fare o non fare può anche determinare l’iscrizione di tale meccanismo alla voce “populismo”, ma certamente una simile qualifica non assumerebbe ancora quella valenza negativa che solitamente le si attribuisce.

Populista in senso negativo potrebbe essere solo il *contenuto* del messaggio normativo che viene trasmesso, non il *metodo* con cui si trasmette e lo *scopo* che si vuol perseguire in quanto tale. Ci si può anche “scandalizzare” di fronte alla prospettiva di uno Stato che vuol (ri)educare i cittadini, indicare loro cosa è corretto e cosa è scorretto, sensibilizzarli al rispetto di certi valori e al disprezzo di certi disvalori; ma ciò solo in quanto si conosca a cosa mira la (ri)educazione, quali sono i comportamenti corretti e quelli scorretti, quali sono i valori e i disvalori. Non prima e a prescindere da questa conoscenza il diritto penale diventa (negativamente) populista.

Se poi ci si attesta su una dimensione minimalista del diritto penale, ruotante attorno a pochi e condivisi valori e disvalori, non mutevoli nel tempo ma stabili e al riparo dai rivolgimenti politici, e si annoverano tra tali valori proprio la libertà e la democrazia, il rispetto della persona e della comunità in cui vive, l’eguale trattamento di tutti i consociati, il fatto che anche il diritto penale funzioni come veicolo promozionale di un simile messaggio non può essere stigmatizzato come l’aspirazione di una deriva populistica, assumendo la qualifica nel suo significato negativo. L’espressione «diritto penale liberale» non è in quanto tale un ossimoro sol perché quel “diritto” tanto poco sarebbe liberale da non tollerare il “dissenso”, anzi da imporsi contro la volontà dei devianti; lo diventa se i suoi contenuti si pongono in contrasto con i principi di libertà e democrazia, se lo Stato va oltre e “abusa” dello strumento⁶, eventualmente anche sul presupposto di ritenere condivisa dalla maggioranza del popolo la sua azione, anche se il Parlamento operi nella con-

⁶ Sulla possibilità dell’abuso come dato critico del modello di ordinamento basato sul primato della legge, D. PULITANO, *Sull’interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di G. Marinucci* (a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero), vol. I, Milano, 2006, 666 ss.

vinzione di godere del massimo consenso nel momento storico nel quale interviene e dunque di farsi interprete dei bisogni sociali di punizione, anche se il Giudice che “supplisce” all’inerzia parlamentare o “corregge” il tiro di quelle scelte sia certo di non poter agire diversamente nella tutela del pubblico interesse.

Solo l’*abuso del diritto penale* non può essere liberale, e spesso tende ad assumere i contenuti del populismo politico. Solo l’abuso della pena (nella minaccia come nell’esecuzione) crea il “nemico” e lo distingue dall’“amico”, espressioni che rimandano ad un contenuto morale del diritto penale, orientato alla “condotta di vita” più che al fatto commesso, alla inclinazioni più che ai comportamenti esterni, al tipo di autore più che agli accadimenti materiali.

“Nemico” non è ogni consociato che infranga un precetto penale, perché il diritto penale liberale non crea nemici, proponendosi di prevenire comportamenti criminosi ed essendo disponibile a rieducare chi non ha saputo trattenersi dal commetterli; rifugge da etichette soggettive, perché è amorale e laico. La circostanza che sia composto da pochi precetti attorno a beni riconoscibili, la necessità della cui tutela è largamente condivisa, non fa del deviante un “diverso”, destinato alla gogna e al ludibrio; è circostanza, piuttosto, che legittima la pena nei suoi confronti, condizione di validità del percorso rieducativo, elemento che giustifica l’afflizione e il dolore.

Se, dunque, dobbiamo spingerci a cercare qualcosa di meglio del diritto penale non è per la intrinseca natura populista del meccanismo che lo caratterizza; la deriva populista è solo il (sotto)prodotto di una politica criminale scellerata, ben descritta dalla dottrina⁷, per nulla ineluttabile perché semplice espressione del populismo politico del nostro tempo e che trova fertile terreno di coltura in un sistema penale devastato dalle mille incriminazioni, dalle mille contraddizioni, dalla fantasmagoria di spinte e contropinte, fotografia non della “complessità” della materia da regolare ma del disorientamento, della pigrizia mentale, dell’opportunità con cui a quella materia ci si avvicina.

Il populismo non sembra, in definitiva, rappresentare un intrinseco connotato del diritto penale, risolvendosi piuttosto in una fosca variabile politico-criminale dei suoi contenuti. La dottrina, che ha ben chiaro il fenomeno, non può che continuare a stigmatizzarlo. Quando si passi poi al (doveroso) tentativo di arginarlo, il discorso diventa più impalpabile e passa attraverso le tentacolari e non sempre controllabili modalità di creazione del consenso politico.

⁷ Da ultimo, v. l’affresco di D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *questa Rivista*, 2013, 125 ss., sul presupposto che «le politiche del diritto penale sono un potente strumento di autorappresentazione politica».

2. *Disastro innominato e disastro ambientale-sanitario: la rarefazione della legalità.* – La vicenda del c.d. disastro innominato è, nelle prospettive di cui parliamo, assolutamente emblematica. Fuori discussione la necessità di predisporre un presidio penale a tutela dell'ambiente e della incolumità pubblica in relazione ai fenomeni di grave inquinamento e/o contaminazione dei siti, il "diritto vivente" – formula soave con cui la Corte costituzionale designa il "diritto (di creazione) giurisprudenziale" – scova nelle pieghe dell'art. 434 c.p. la fattispecie di evento a forma "liberissima" in grado di assecondare al meglio quelle necessità. Dotata della indispensabile "flessibilità" sul piano oggettivo, in modo da ricomprendervi fenomeni di "macroinquinamento" per i quali si presenta insufficiente non solo la modalità contravvenzionale del superamento dei limiti tabellari o del difetto di autorizzazione, ma anche quella delittuosa della gestione illecita di «ingenti» quantitativi di rifiuti (ora art. 260 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 151), essa è persino corredata da entrambe le forme soggettive di imputazione, grazie alla duplicazione colposa dell'art. 449 c.p. Ciò consente agli operatori giudiziari di "graduare" al meglio la risposta sanzionatoria e la strategia processuale conseguente: più grave è il "disastro", più sarà "doloso", perché agevolmente riconducibile al fragile conno volitivo basato sulla rappresentazione della realtà (anche potenziale), mentre, i casi al confine con l'art. 260 d.lgs. n. 152/2006, ben possono essere trattati come dovuti a trascuratezza e scarsa sensibilità ambientale.

Il codice Rocco era stato davvero lungimirante, quando ha inserito la clausola del disastro innominato proprio pensando al futuro della realtà produttiva ed industriale di cui si cominciavano a scorgere le potenzialità, pronosticando che potessero sorgere nel tessuto dei reati contro l'incolumità pubblica delle «lacune» al confronto con la multiforme «varietà dei fatti»; pensava, invero, ai possibili disastri "automobilistici" o ad altri "incidenti" gravi che la tecnologia avrebbe potuto ingenerare, non – con ogni probabilità – alle devastazioni progressive dell'ambiente dove vive l'uomo causate dall'incessante attività produttiva, sviluppatasi disordinatamente e senza alcuna cautela per anni o decenni, ove il risultato "disastroso" (perché gravemente distruttivo e vasto), pur in grado di generare pericolo per la vita o l'incolumità fisica di un numero indeterminato di persone, non è preceduto da un unico fattore che, isolato nel tempo e nello spazio, costituisce l'"incidente" capace di far deflagrare la «violenza» scatenante la catena causale.

Che il legislatore storico pensasse al disastro innominato come a un "incidente" innominato, che si registra un certo giorno in un certo luogo, si ricava oltre che dagli esempi che illustrano la scelta nella relazione ministeriale di accompagnamento, dal parallelismo con tutti i disastri "nominati" presenti nel codice e financo dalla stessa disposizione normativa («crollo di costruzione») che l'aggettivo «altro» convoca come metro di paragone.

Un'indicazione conforme è reperibile, verosimilmente, anche dall'anticipazione della punibilità scolpita nella fattispecie base di cui al comma 1, la quale punisce innanzitutto qualunque «fatto diretto a cagionare» un disastro, con rimando al comma 2 per il rilievo penale del disastro che «avviene». L'anticipazione è necessariamente basata sull'elemento diacronico, perché richiede che si scorga in ogni caso un *iter criminis* all'interno del quale individuare un momento del tempo in cui il disastro non è ancora avvenuto, ma può avvenire (se non è addirittura probabile che avvenga) in conseguenza del «fatto» che innesca il meccanismo causale.

Con la tecnica normativa di anticipazione, dunque, il legislatore ha inteso evidenziare e colpire “per tempo” un fatto già pericoloso in relazione all'evento temuto, più che la fase preliminare di un processo destinato a riprodursi di seguito con conseguenze sempre più incisive. Il «fatto» potrà anche consistere in una attività seriale, ma il risultato a cui lo stesso è diretto non può che manifestarsi, con effetti dirompenti ed eventualmente duraturi, in un solo momento “finale”, alla stregua degli altri “incidenti” a cui si riferisce il codice.

Anche la «frana» di cui all'art. 426 c.p., per esempio, può realizzarsi a seguito di spostamenti del terreno impercettibili durati per anni, ma, a un certo punto l'evento finale si manifesta fragorosamente all'esterno in maniera prorompente e definitiva.

Per disastro “ambientale-sanitario”, invece, si intende in genere un fenomeno “di durata”, in cui, ammesso che sia plausibile in concreto distinguere due fasi, la prima delle quali caratterizzata da conseguenze non ancora catastrofiche o così vaste e insidiose, e la seconda in cui l'impatto sui corpi sensibili ha ormai assunto proporzioni importanti e distruttive («il disastro avviene»), è evidente che non si potrà mai isolare nel tempo un «fatto», anche se contrassegnato da “abitudine”, il quale innesca il meccanismo casuale produttivo del disastro, che non sia la mera reiterazione del precedente omologo «fatto» semplicemente «diretto» a cagionarlo. A parte, dunque, la difficoltà di stabilire quando si raggiunga la prima “fase” e quando si passi dalla prima alla seconda⁸, nel disastro ambientale-sanitario, dopo

⁸ Anche questo elemento è affidato al puro arbitrio del giudice, il quale senza che sia reperibile alcun criterio legale-tecnico deve stabilire se vi sia stato il disastro o solo un pericolo di disastro, senza escludere la possibilità che il processo produttivo inquinante si possa essere interrotto anche prima sulla soglia del mero pericolo del pericolo. La legalità rarefatta, abbarbicata all'insondabile nozione di «disastro» riceve un ulteriore colpo di maglio, diradandosi ancor di più nelle nebbie del pericolo e, nella sostanza, consegnando al giudice un modulo in bianco da riempire a piacere. Si veda, per esempio, la sentenza sulla centrale termoelettrica di Porto Tolle, in cui il Tribunale, impiegando le indagini epidemiologiche (nelle zone di massima ricaduta delle emissioni della centrale, si è registrato un incremento dei ricoveri infantili dell'11% per malattie respiratorie, pari a 76 ricoveri su 674, negli anni dal 1998 al 2002), esclude sia avvenuto il disastro (poiché i ricoveri nulla dicono circa la *gravità* della malattia), ma non ha difficoltà a stabilire che sia stata raggiunta la fase del(l'evento di) pericolo (Trib.

il primo «fatto» (soltanto) diretto a cagionare il disastro, perché l'evento temuto si verifichi occorre sempre un ulteriore «fatto» in grado di produrlo, che si aggiunga al “primo” e che consiste nella reiterazione delle condotte inquinanti e/o pericolose per la salute e/o l'incolumità pubblica. Il che vuol dire che se l'attività inquinante si ferma alla prima fase, la sussistenza del delitto di cui al comma 1 si fonda sul seguente virtuosismo: che quel «fatto», seppure «diretto» a cagionare il disastro e seppure necessariamente causativo di un «pericolo per l'incolumità pubblica», non sarebbe tuttavia in grado di generare l'evento di cui al comma 2. Una sorta di improbabile tentativo incompiuto inidoneo, dosato con chirurgica precisione, in un contesto aperto però al totale arbitrio del giudice⁹.

Molto più probabile, dunque, che seppure nel codice Rocco sia stata immessa tra i delitti contro l'incolumità pubblica una clausola generale pressoché “in bianco”, in grado di assicurare in futuro la massima “prestazione” possibile alla pena come baluardo contro i rischi ingenerati dallo sviluppo tecnologico e produttivo, anche a costo di derogare al criterio della sufficiente determinatezza a cui in gran parte quel codice si era “spontaneamente” attenuto nella scrittura delle fattispecie criminose, tuttavia quell'ordigno non potesse essere impiegato per colpire il fenomeno del grave inquinamento ambientale senza ulteriori inaccettabili forzature; se nel linguaggio comune si può descrivere il fenomeno nei termini di un “disastro”, nel linguaggio penalistico l'operazione si presentava come piuttosto problematica.

Rinunciare alla pretesa “minima” che il disastro, pur innominato, fosse però contrassegnato dall'evidenza esterna di un (macro)evento distruttivo prodotto

Rovigo, 31 marzo 2014, Arrighi, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16 ottobre 2014); tale soluzione “di compromesso” sembra raggiunta non già sul rilievo che il «fatto» diretto a portare il disastro non si sia protratto per il tempo necessario alla causazione dell'evento, ma operando una distinzione qualitativo-probatoria tra pericolo di disastro e disastro avvenuto, basata sulla prova della gravità dell'impatto sulla popolazione causato dalla condotta. Tra il comma 1 e il comma 2 dell'art. 434, insomma, non si instaurerebbe un rapporto di progressione criminosa, sicché quel «fatto diretto a» sarebbe destinato a rimanere tale anche se la condotta inquinante fosse proseguita a lungo: il pericolo di disastro sarebbe semplicemente un evento minore, che richiede un minor impegno probatorio sulle possibili conseguenze per l'incolumità e/o la salute pubblica. Una interpretazione del tutto “innovativa”, che la dice lunga sulla libertà del giudice in un ambiente a legalità rarefatta come quello dischiuso dal “diritto vivente”.

⁹ Nel caso Eternit, la situazione sarebbe così sintetizzabile secondo l'avviso espresso dal Procuratore generale della Cassazione, nella citata requisitoria: «a) le fibre non sono state ancora immesse nell'ambiente ma è questione di tempo siamo nel pericolo di disastro; b) le fibre sono immesse nell'ambiente ma in misura non rilevante siamo ancora nel pericolo di disastro; c) le fibre vengono immesse (a seguito di condotte ripetute) in maniera rilevante nell'ambiente siamo nel disastro», essendo decisivo per il passaggio dalla fase b) alla fase c) il riscontro che «l'immissione nell'ambiente ha assunto una *dimensione massiccia o rilevante*».

improvvisamente e in un unico contesto spazio-temporale da un «fatto» diretto a cagionarlo, significava, infatti, non solo aderire ai bisogni di tutela del (sempre più prezioso) bene ambiente, ma anche dischiudere l'applicazione di una norma fortemente in tensione con il principio di legalità-determinatezza a qualunque fenomeno distorsivo impattante fosse scaturito dai processi produttivi. Ad esempio, la semplice commercializzazione per un certo periodo di tempo di un prodotto difettoso, in grado di far sorgere pericolo per l'integrità fisica della cerchia dei potenziali consumatori, avrebbe senz'altro potuto ricevere analogua qualificazione giuridica.

In tal modo, in barba alla tenuta minima dei principi costituzionali, l'illecito penale, che una vulgata tradizionale pretende di descrivere come «*a modalità di lesione*», finisce per “sorpassare a destra” l'illecito civile, istituzionalmente aperto a ricomprendere invece qualunque «*lesione*», non richiedendo né la “modalità” (data la forma libera), né la “lesione” (data l'anticipazione e comunque l'irrelevanza di danni a carico di persone o cose).

La storia è nota ed è stata segnata definitivamente da una non felice sentenza della Corte costituzionale, che, probabilmente indotta dall'esigenza “politicamente corretta” della stabilizzazione del sistema di tutela dell'ambiente, non solo ha sancito la compatibilità costituzionale del «disastro innominato» con il principio di determinatezza, ma ha finito per avvalorarne l'interpretazione latissima, in grado di ricomprendervi anche il c.d. disastro ambientale. È proprio – paradossalmente – il non comune gioco sinergico tra una apertura legislativa all'analogia e la sua forzatura interpretativa ad aver prodotto la stabilità del “diritto vivente”, come se la sommatoria di due operazioni “fragili” potesse garantire la robustezza del prodotto finito. Per la Corte, infatti, a convalidare la bontà dell'operazione legislativa consistente nell'immettere nel codice una incriminazione che ruota attorno ad una espressione «in sé ambigua, generica o polisensa», sta proprio il riscontro della nozione di disastro accolta dal “diritto vivente”, e poco importa che, in definitiva, il rimettente avesse sollevato il dubbio di costituzionalità segnatamente per far controllare se la sommatoria tra diritto vigente e diritto vivente non avessero prodotto un *vulnuns* insopportabile al principio di legalità. Non conta il contenuto di quella interpretazione, il cui controllo appare irrilevante; poco importa se quella giurisprudenza ha ignorato anche l'unico argine sistematico che si poteva ricavare dalla scarna proposizione normativa. Conta soltanto il dato formale che si tratti di un orientamento «*costante*». Il principio di legalità – in linea con le moderne tendenze ad esaltarne il carattere “ibrido” – finisce per assumere un valore relativo: non garantisce la riserva esclusiva in capo al legislatore delle scelte di incriminazione, come vorrebbe la tradizione illuminista, ma esprime solo un'esigenza di certezza-stabilità-ragionevolezza del diritto, che è a-

deguatamente garantita anche se dovesse risultare, all'esito dell'operazione, che le scelte le ha compiute il giudice e non la legge¹⁰.

Il "diritto vivente" può proseguire indisturbato il suo cammino, anche perché il richiamo finale della sentenza, che ammette che la riconduzione all'art. 434 del c.d. disastro ambientale è una delle «soluzioni interpretative non scevre da profili problematici» e perciò raccomanda che per il futuro essa «formi[...] oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale», lungi da sortire un qualche effetto pratico sullo *jus condendum*, si risolve nella esplicita liquidazione proprio di quei «profili problematici».

La Corte costituzionale si mette così alla testa del "diritto vivente" e – ben lungi dal prendere le distanze dai suoi contenuti – piolla con decisione ogni asperità, tra l'altro non accorgendosi – di fatto – che il patrocinato metodo della "comparazione" con le altre figure dei disastri nominati alla ricerca di quei «tratti distintivi comuni che illuminino e circoscrivano la valenza del concetto di genere "disastro"» avrebbe dovuto mettere in luce che note comuni a tali figure sono *anche* il derivare da causa violenta, il carattere istantaneo del macro-evento, la sua concentrazione spazio-temporale, la sua percepibilità immediata; estremi che la sentenza non menziona – limitandosi a parlare delle dimensioni straordinarie dell'evento distruttivo e della sua pericolosità per l'incolumità pubblica –, i quali, puntualmente, fanno difetto nel c.d. disastro ambientale.

3. *Spaziature del dolo nell'art. 434 c.p.* – Creatura del "populismo giudiziario" che scopre e valorizza espressioni di populismo legislativo d'annata, la riconduzione del c.d. disastro ambientale al disastro innominato ha, dunque, strada spianata. La materia – come accennato – offre anche interessanti spazi di flessibilità sul piano della tipicità soggettiva, in grado di testare le *performances* più spinte del dolo eventuale, non solo per applicare ai fatti colposi la pena per quelli dolosi, ma soprattutto per poter fruire del "bonus" legato all'anticipazione della punibilità che la variante dolosa della fattispecie concede, qualora lo stadio del "disastro" non sia ancora conclamato o non si disponga di una piena prova sul punto.

Lo spaccato giudiziario mostra disinvolti imprenditori, a volte ai vertici di grandi aziende, mossi dall'intento di ottimizzare i loro profitti a tutti i costi, anche quello di provocare contaminazione di siti e inquinamenti di terreni, acque, aria e dunque disposti ad adottare o proseguire modi di produzione dannosi o

¹⁰ Per una messa in guardia rispetto alla "tassativizzazione" delle fattispecie penali da parte del "diritto vivente", che prescinda dal controllo sul come questo si sia formato e si accontenti del mero fatto della sua esistenza, D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, cit., 677 s.

pericolosi per l'ambiente e per la salute. Difficile poter sostenere che costoro abbiano posto in essere le condotte inquinanti con l'intenzione di provocare un disastro ambientale, più agevole è ritenere che si sono rappresentati come possibile o probabile conseguenza collaterale tale risultato e nonostante ciò abbiamo persistito nel loro proposito, incuranti della conseguenza.

Lo strumento di elezione per trattare un simile atteggiamento psicologico è naturalmente quello del dolo eventuale, ma per sostenere la compatibilità tra dolo eventuale e disastro innominato occorre fare i conti con la "insidiosa" formula del «fatto diretto a», che a tutta prima si mostra "ostile" alla bisogna¹¹.

Eppure, anche questo ostacolo non sembra insormontabile per la "furia iconoclasta" di un diritto vivente ormai concentrato sull'obiettivo finale. Due sono le possibilità che si intravedono.

La prima passa dall'affermazione della possibilità di realizzare il fatto di cui all'art.434 con il dolo eventuale, una volta che si sia data valenza esclusivamente oggettiva alla «direzione» verso il disastro che la formula normativa richiede: quel fatto non sarebbe dall'agente voluto in quanto diretto alla causazione di un disastro, ma sarebbe voluto anche a costo di correre il rischio che si diriga verso il disastro, potendolo causare.

La questione è ampiamente trattata in relazione alla formula del tentativo e – come noto – in quella sede ha avuto un riscontro negativo; tuttavia, il diritto vivente la ripropone nella specie, perché vi trova un argomento di sostegno: prendendo come punto di riferimento l'ipotesi del comma 2 dell'art. 434, la quale non può che essere contrassegnata da una forma di dolo coincidente con quella del comma 1, a prescindere dalla sua controversa natura giuridica (circostanza o titolo autonomo di reato), il sistema non potrebbe tollerare l'irragionevole conclusione che uno stesso fatto sia punito se realizzato per colpa (art. 449 c.p.) e non per dolo eventuale, poiché si creerebbe una inammissibile "zona grigia" tra il fatto colposo e il fatto intenzionalmente perseguito. A riprova, si osserva che nei casi in cui il legislatore punisce inequivocabilmente solo il dolo intenzionale (es. art. 323 c.p.), non è prevista la forma colposa di realizzazione del fatto.

La seconda possibilità interpretativa tiene ferma la conclusione tradizionale circa l'incompatibilità del dolo eventuale con la formula «fatto diretto a», ma pesca tra le pieghe del concetto di dolo intenzionale un sottile distinguo. Si sostiene che occorra non confondere l'intenzionalità del fine con quella del mezzo e si os-

¹¹ Qui la stessa giurisprudenza (per tutte, Cass. Sez. I, 7 ottobre 2009, n.41306, rv. 245039; Cass. Sez. IV, 5 maggio 2011, n. 36626) sembrava attestata sulle posizioni tradizionali della dottrina, che – come noto – al massimo concedeva spazi per il dolo eventuale solo sull'ultimo tratto della fattispecie concernente la derivazione di un «pericolo per la pubblica incolumità» (per tutti, in dottrina, G. MARINUCCI, *Crollo di costruzioni*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 415).

serva che nei processi in questione «l'imputato aveva come obiettivo finale il profitto, ma se per realizzarlo doveva compiere fatti diretti al disastro (come mezzo al fine) egli ha intenzionalmente voluto il mezzo che lo portava al fine»¹².

Invero, accontentarsi del dolo intenzionale rispetto al fine può costituire un abile artificio retorico, ma non sposta il problema di fondo, proprio perché è in discussione l'intenzionalità del disastro e non soltanto l'intenzionalità del fatto obiettivamente diretto a provocarlo.

Per un verso o per un altro, dunque, nella sostanza l'operazione di "semplificazione" del dolo del disastro comporta una completa trasfigurazione del modello di reato varato nel codice Rocco, finendo per equiparare il fatto di chi, con l'intenzione di provocare una frana o il crollo di un edificio, posiziona il quantitativo necessario di dinamite per ottenere il risultato, al fatto dell'imprenditore poco sensibile all'ambiente e alla salute delle persone, ma molto attento a risparmiare sui costi d'esercizio, che smaltisce i rifiuti o scarica i residui della produzione per un lungo periodo senza il rispetto delle procedure e delle regole, incurante del rischio di causare un pericolo per l'incolumità pubblica di cui si rappresenta la possibilità.

Poter disporre di una fattispecie che sul piano oggettivo consente di far "scorrere" a piacimento il fatto dal pericolo del disastro al disastro avvenuto semplicemente in base alla quantità e all'importanza della contaminazione e dell'inquinamento prodotto, e sul piano soggettivo presenta addirittura la graduazione delle tre forme del dolo e delle due della colpa, in sequenza tra loro, come in una scala decrescente, anch'essa inevitabilmente calibrata sulla quantità e sull'importanza della contaminazione; poter disporre di uno strumento del genere, dicevo, rappresenta per il giudice l'armamentario migliore possibile, in termini di efficienza della risposta sanzionatoria e di duttilità di impiego.

Poco importa, evidentemente, che allo strappo sulla legalità tenga dietro un maltrattamento del principio di colpevolezza e delle regole dell'imputazione dolosa. Il problema, infatti, non riguarda solo la c.d. compatibilità tra dolo eventuale e fatto di attentato; più in profondità, l'operazione comporta contemporaneamente una totale metamorfosi del dolo eventuale, che viene apertamente concepito come una forma *più grave* delle colpa con previsione, in quanto decisione di agire (o di omettere) in presenza di un rischio maggiore.

Lo rivela la stessa argomentazione con cui si denuncia l'irragionevolezza di un sistema che punirebbe solo il dolo intenzionale e poi la colpa, senza passare per le forme meno gravi del dolo, poiché, evidentemente, si basa sul presupposto concettuale dell'*omogeneità normativa* di tutti i criteri di imputazione soggettiva del

¹² È il ragionamento sviluppato dal Procuratore generale della Corte di cassazione, nella requisitoria del processo Eternit (in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 21 novembre 2014).

fatto di reato e sull'idea che tra loro esista soltanto una differenza quantitativa. Perché, invece, se si riconoscesse l'alterità dei due criteri, la loro gravitazione in territori irriducibili l'uno all'altro (quello dell'essere e quello del dover essere), la scelta legislativa di punire solo il dolo intenzionale non sarebbe incompatibile con la previsione anche del fatto colposo, alla cui stregua valutare tutti i comportamenti che sfuggono alla prospettiva del dolo intenzionale.

Ma la sublimazione del processo di normativizzazione del dolo ha raggiunto la sua acme e impedisce di scorgere un così vistoso strappo alle regole: chi auspicava nel secolo scorso la purezza dogmatica del "concetto unitario di colpevolezza" è stato accontentato, l'unificazione essendo stata siglata dal "diritto vivente" per forgiare uno strumento efficiente di risposta a un ben preciso fenomeno criminoso.

Come noto, anche nello specifico argomento del dolo del disastro non è mancata la reazione della dottrina, la quale pretende, in forza della formula del «fatto diretto a», che il dolo eventuale venga cacciato dalla porta; salvo, però, che sotto mentite spoglie lo stesso indesiderato ospite possa rientrare dalla finestra, approfittando della licenza invece concessa al "dolo diretto", che si ha quando disastro e pericolo per l'incolumità pubblica possano costituire conseguenze certe della condotta del reo, stante – evidentemente – la oggettiva gravità della condotta del reo¹³. La soluzione è concettualmente corretta, ma dà la stura a opinabili applicazioni "quantitative" del dolo, calate in un terreno friabile come quello della distinzione tra rappresentazione altamente probabile o soltanto probabile del disastro.

Spunti interessanti, semmai, si possono cogliere dalla recente sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssen, che contiene un deciso richiamo alla necessità di frapporre una barriera assiologica fra dolo e colpa, evitando che l'idea di «un tratto di confine [possa] indurre a pensare erroneamente che tra l'una e l'altra figura vi sia, in linea di principio, una sfumata continuità», e proclamando che «dolo e colpa sono forme di colpevolezza radicalmente diverse, per certi versi antitetiche», che «appartengono a due distinti universi»¹⁴. Si tratta di enunciati stimolanti, che rischiano però di indebolirsi, quando si intuisce poi, proseguendo nella lettura, che tale diversità riposa, in fondo, sulla differente qualità della rappresentazione dell'evento («nel dolo non può mancare la puntuale, chiara conoscenza di tutti gli elementi del fatto storico», mentre la «rappresentazione, nella colpa, [...] può ben essere vaga e alquanto sfumata»), e soprattutto quando si propone di utilizzare indicatori ancora una volta basati sulla *gravità* oggettiva della condotta («quanto più grave ed estrema è la colpa, tanto più si apre la strada

¹³ A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, vol. IX, t. I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano, 2008, p. 463.

¹⁴ Cass. Sez. Un., 24 aprile 2014, cit., p. 1926.

ad una cauta considerazione della prospettiva dolosa») e della sua *durata* («una condotta lungamente protratta, studiata, ponderata, basata su una completa ed esatta conoscenza dei fatti apre realisticamente alla concreta ipotesi che vi sia stata previsione ed accettazione della conseguenze lesive»)¹⁵. Massima qui è l'espressione del *vulvns* al principio di legalità: il giudice si fa artefice del tipo, scorgendo le sembianze del reato e della sua consumazione, con un criterio di specie non ripetibile e non generalizzabile.

Quanto poi al decisivo controllo circa la «motivazione di fondo», il «fine della condotta», indicatori che dovrebbero riportare il dolo eventuale sulla sua autentica dimensione volontaristica, adeguatamente calibrata nella casella dogmatica della «colpevolezza dolosa», occorre stare bene attenti a non legittimare in tal modo un giudizio esterno sulla «moralità» e sulla «ragionevolezza» di tale motivazione, e chiarire che sotto questo profilo si tratta solo di verificare se la spinta psichica ad agire – *a prescindere dalla sua accettabilità sociale* secondo parametri esterni – sia talmente imperiosa, irrinunciabile e intrattabile per il reo da non poterlo far desistere ad alcun costo dall'azione.

La corretta applicazione di un simile criterio da parte della Cassazione nel caso concreto fa ben sperare per il futuro, ma l'insidia è dietro l'angolo e non è detto che il «diritto vivente» domini adeguatamente le sirene del «diritto penale d'autore», impiegando la colpevolezza non come *giudizio sulla volontà* ma come *strumento* per accertare la volontà. In tal caso si passerebbe dalla padella alla brace, perché l'oggettivizzazione del dolo sarebbe sostituita dal giudizio moralistico sul tipo di autore, per esempio sul tipo di imprenditore cinico spinto da avidità e brama di guadagno, proprio in un territorio che i filosofi sperimentali descrivono come maggiormente esposto a tali distorsioni¹⁶.

¹⁵ Cass. Sez. Un., 24 aprile 2014, cit., p. 1932.

¹⁶ L'influenza della «morale» nel modo di comprendere e valutare gli accadimenti del mondo esterno è chiamata «*effetto Knobe*», dal nome del filosofo Joshua Knobe, il quale ha studiato e proposto casistica a dimostrazione di come una azione immorale venga molto più spesso giudicata *intenzionale* in confronto con una azione equivalente sul piano strutturale, ma dotata di valore morale positivo. Il caso è quello del presidente di una società il quale dà il via ad un progetto produttivo molto profittevole ma *pericoloso* per l'ambiente, spiegando che dell'ambiente non gli interessa nulla, mentre gli interessa solo far soldi; caso che viene valutato in confronto con l'altro, in cui lo stesso presidente dà il via ad un progetto produttivo del pari profittevole, ma, al contrario, anche molto *vantaggioso* per l'ambiente, spiegando che dell'ambiente non gli interessa nulla, mentre gli interessa solo far soldi: alla domanda se l'effetto sull'ambiente fosse intenzionalmente perseguito, la maggior parte delle persone risponde affermativamente nel primo caso, negativamente nel secondo (J. KNOBE-S.NICHOLS, *Experimental Philosophy*, Oxford, 2008, *passim*; v. anche A. A. LANTERI-S.OTTONE, *Economia ed etica negli esperimenti*, in *Economia cognitiva ed interdisciplinarietà*, a cura di S. Rizzello e A. Spada, Torino, 2011, 143 ss.).

4. *Macro-eventi e momento consumativo*. – Il passaggio più delicato nella pratica giudiziaria del disastro ambientale-sanitario riguarda l'individuazione del momento consumativo, tema cruciale soprattutto ai fini del decorso del termine prescrizionale. L'aver costruito l'incriminazione attorno a macro-eventi fisicamente non individuabili o circoscrivibili, che non si manifestano con immediata evidenza, ma sono il frutto di uno stillicidio di micro-condotte generatrici ciascuna di micro-risultati, oltre a determinare insormontabile incertezza nel tracciare la linea di confine "interna" tra l'uno (pericolo di disastro) e l'altro (disastro avvenuto) di tali macro-eventi, presenta come ricaduta una estrema flessibilizzazione del momento consumativo, sino al punto da rendere impalpabile l'unità di tempo della loro realizzazione.

Ovviamente il problema principale è quello di stabilire se e quando in concreto sia avvenuta tale realizzazione, in difetto di qualsivoglia indicazione legale al riguardo, e considerando che le condotte ben possono perdurare anche dopo che si sia determinato il limite minimo del macro-evento. In tal caso, trattandosi di condotte che incrementano le conseguenze lesive tipiche, si dovrà sostenere nella prospettiva del reato di evento a forma libera, che il loro protrarsi faccia scorrere in avanti anche il momento consumativo del reato. Lo schema del reato a consumazione prolungata per prolungamento dell'evento, come conseguenza del protrarsi della condotta tipica non incornicia qui, perverso, prodezze ultralegali, come nei casi in cui il prolungamento sia invece solo il frutto del protrarsi di condotta non tipica (es. truffa previdenziale, corruzione con pagamento a rate); piuttosto, il *vulnus* al principio di legalità, consumato "a monte", ricade a valle perché il giudice qui si fa artefice del tipo, scorgendo le sembianze del reato e della sua consumazione, con un criterio di specie non ripetibile e non generalizzabile. Crea a piacimento la materia e la sussume sotto le categorie conosciute, in base a parametri non controllabili.

Peraltro, in talune specie di disastro ambientale-sanitario, come per esempio quello legato alla produzione e alla circolazione dell'*eternit*, si sostiene che il risultato delle condotte contaminanti (grave compromissione della qualità dell'aria in conseguenza del rilascio di fibre di amianto provenienti dai materiali abbancati nel tempo) possa aver subito il punto di massimo aggravamento anche molto tempo dopo dalla cessazione di tali condotte, poiché il dinamismo dei fenomeni di contaminazione da esse attivato perdura nel tempo, modificando continuamente le condizioni dei corpi oggetto della contaminazione. Ciò significherebbe che, anche a non tener conto delle mirabolanti costruzioni secondo le quali l'evento perdurerebbe sino a che non intervenga la bonifica¹⁷, o sino a che non

¹⁷ Trib. Torino, 13 febbraio 2012, Schmidheiny, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 471 ss.

cessi l'epidemia che avrebbe ingenerato (eccesso di morti rispetto alle morti attese)¹⁸, il periodo consumativo del reato si protrae sino a quando non cessi tale dinamismo (il rilascio delle fibre di amianto), o, per lo meno, sino a quando, per effetto del medesimo, non si raggiunga il picco massimo della contaminazione.

Il ragionamento è sicuramente infondato, perché confonde la durata dell'evento con la durata dei suoi effetti, in particolare facendo coincidere il perdurare del disastro con il perdurare del pericolo per l'incolumità pubblica. Invero, se il disastro ambientale-sanitario prodotto dall'accumulazione di *eternit* consiste nella messa in circolazione di fibre di amianto con carattere di diffusività, è evidente che tale diffusione possa continuare nel tempo anche dopo che la condotta che ha originato la messa in circolazione sarà cessata, ma ciò non significa che continuerà nel tempo la verifica del disastro, quanto che si manterranno o si aggraveranno solo le sue conseguenze.

La Corte di cassazione, nella specifica vicenda processuale, ha superato tale prospettazione, pervenendo alla corretta conclusione che il reato ad evento permanente cessa con il cessare della condotta che lo causa, ma la circostanza che attorno alla questione del momento consumativo e della decorrenza del termine prescrizione i giudici di merito erano pervenuti a diverse conclusioni e che si siano sostenute tesi come quella appena sintetizzata la dice lunga sulla capacità "eversive" della legalità connaturate all'operazione, oltretutto sulle suggestioni che è in grado di provocare la legittimazione diretta del giudice come interlocutore politico dei bisogni di pena.

5. *Fattispecie di evento a forma libera?* – Sono troppe le tensioni generate dall'operazione preterlegale del disastro ambientale-sanitario, ed è ragionevole prevedere che presto il legislatore risponda alla convocazione della Corte costituzionale e immetta nel sistema la fattispecie di evento a forma libera specificamente costruita attorno a tale peculiare macro-evento. Ciò consentirà alla magistratura di muoversi con maggiore disinvoltura in materia e, come accaduto in altri ambiti¹⁹, di mettere sotto copertura definitiva il "diritto vivente".

¹⁸ App. Torino, 3 giugno 2013, Schmidheiny, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2013, con nota di S. ZIRULIA, *Processo Eternit. A che punto siamo?*

¹⁹ È facile il parallelismo con la legge anticorruzione del 2012, la quale – come noto – ha conferito il sigillo legale a vari orientamenti giurisprudenziali (corruzione per asservimento della funzione, traffico di influenze) che avevano fatto "avanzare" la barriera penale, ben oltre il tracciato formale delle incriminazioni (art. 319 e art. 346 c.p.): assistiamo, in definitiva, ad una stagione della politica penale in cui il legislatore manda in avanscoperta il diritto vivente e poi giunge dalle retrovie per consolidare la conquista e renderla definitiva.

Non consentirà, invece, di risolvere i problemi applicativi che la materia presenta, perché il «disastro ambientale», ancorché liberato dall'ingombrante peso del suo segno premonitore («fatto diretto a cagionare»), rimane un evento non agevolmente descrivibile se non con parole “di circostanza”, inevitabilmente generiche e approssimative (ad es.: «alterazione dell'equilibrio di un ecosistema», «rilevante offesa alla pubblica incolumità»²⁰, e perché la sua necessaria realizzazione “a stati di avanzamento” porta con sé, ontologicamente, le problematiche legate all'accertamento della sua realizzazione e del tempo di essa.

Quanto alla descrizione dell'evento, un indubbio elemento di concretizzazione potrebbe, semmai, derivare dalla emersione in fattispecie di evidenze epidemiologiche, ove siano davvero in grado di esprimere, contemporaneamente, i contorni di un “accaduto” e i caratteri di un rilevante “pericolo” latente, da accertare con la massima attendibilità scientifica²¹; l'impiego ai fini dell'accertamento del rapporto di causalità delle indagini epidemiologiche troverebbe in tal modo una piena legittimazione, ma la portata “rivoluzionaria” di una simile svolta non dovrebbe rimanere “edulcorata” dalla contemporanea indicazione normativa di contestuali formule di stile a vocazione ampliativa e generalizzante²².

Non solo, ma se poi il legislatore, come sembra, intendesse graduare la risposta penale costruendo reati di evento a forma libera secondo una scala di gravità degli effetti delle condotte di inquinamento²³, si ripresenterebbe il problema della individuazione del confine tra le varie figure.

Sono interventi di apparente normalizzazione del sistema, con un legislatore chiamato a redigere il bilancio di chiusura di una stagione “evolutiva”²⁴, quasi a

²⁰ Sono le espressioni fondanti la figura del disastro ambientale tipico che il disegno di legge in discussione in Parlamento inserisce nell'art. 452 *quater* c.p.

²¹ Si può vedere, sul punto, L. MASERA, *Evidenza epidemiologica di mortalità e responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, fasc. 3/4, 343 ss.

²² Per esempio, nel disegno di legge in discussione, la definizione del «disastro ambientale» (art. 452 *quater*, comma 1, n. 3, c.p.) comprende il dato epidemiologico che è in grado di esprimere l'offesa alla pubblica incolumità, concernente il «numero delle persone offese o esposte a pericolo», che però è posto in alternativa ad un criterio molto più generico quale quello della «estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi».

²³ Nel disegno di legge in via di approvazione si prevede come fattispecie minore quella dell'inquinamento ambientale (art. 452 *bis* c.p.), che richiede «compromissione o deterioramento significativi e misurabili» dell'ambiente, dove gli aggettivi rincorrono i sostantivi in un caleidoscopio di parole destinate agli impieghi concreti più variegati.

²⁴ Curiosamente il futuro art. 452 *quater* si aprirà con la formula «fuori dai casi previsti dall'art. 434 », ove, al di là del paradossale riferimento ai «casi» in una norma che precede il disastro “innominato”, più che una reale clausola di riserva, si scorge, nel contesto di un “omaggio” al passato, una *excusatio non petita* da opporre a coloro che potrebbero osservare ancora che in precedenza il fatto non era previsto dalla legge come reato.

sbrigare la noiosa formalità di un rituale eteroimposto, sui quali pesa un interrogativo di fondo: è utile e giustificato il ricorso in materia al tradizionale schema del reato di evento a forma libera? È plausibile giurare ancora una volta sulla capacità prestazionale di un simile modello, in una materia così poco addomesticabile come quella dell'inquinamento ambientale e sanitario?

Il rischio evidente è che, colmato il vuoto di legalità attraverso una espressa presa di posizione legislativa, permanga il *deficit* di tassatività e determinatezza nella descrizione del fatto punibile; e permanga altresì la carenza di efficacia nella tutela di un bene, che richiede interventi immediati e puntuali, controlli pubblici serrati e stringenti, piuttosto che un paludato commiato giudiziario di chiusura della “stalla”, dopo che i buoi se la sono data a gambe.

6. *Supplenza giudiziaria e disastro innominato.* – Se il disastro normativamente “innominato” evoca scenari sinistri, quelli a cui la cronaca e la realtà hanno assegnato un nome preciso rimandano per lo più a vicende di cattiva gestione del controllo pubblico dell'attività produttiva e alla non facile tollerabilità sociale degli effetti collaterali dello sviluppo tecnologico. Sull'uno e sull'altro profilo si aprono prospettive inquietanti che coinvolgono in prima battuta i diritti dei cittadini a fronte del necessario bilanciamento tra le opposte esigenze che si dispiegano sui teatri operativi.

Da più parti si denuncia la sottovalutazione politica del problema dei disastri ambientali, individuando nella trascuratezza normativa, contemporaneamente, la spia e la causa, della loro tragica emersione, e si spiega l'intervento “armato” della magistratura come l'inevitabile riempimento di un vuoto torricelliano da parte di un corpo (auto)convocato in supplenza a “gestire” l'emergenza, il che finisce per giustificare il fenomeno alla stregua di uno stato di necessità.

In tal modo il tema “tradizionale” della c.d. supplenza giudiziaria, che rimanda all'estensione della legalità, all'individuazione della “linea di confine” legge-giudice, e, più in profondità, al rapporto tra democrazia e diritto penale, incrocia una materia niente affatto pacificata e, invece, politicamente sensibile, in cui gli esiti della ricerca di equilibri e la pesatura comparata dei bisogni di tutela non sono scontati e univoci.

La “crociata” giudiziaria, dunque, non solo si presenta di dubbia legittimazione istituzionale in quanto tale, ma – soprattutto – risuona profondamente discutibile nei “contenuti”, i quali impongono scelte strategiche, dosaggi sapienti tra spinte e contropunte, gestione accurata di strumenti tecnici e normativi. Insomma, si tratta di contenuti spiccatamente politici, nell'ambito dei quali il poderoso

intervento giudiziario rischia di equivalere a quello di un pachiderma all'interno di una cristalleria²⁵. Parliamo, cioè, di un campo "ontologicamente" precluso alla supplenza giudiziaria ed elettivamente riservato alla politica: al supposto – e non sempre così evidente – disastro ambientale si risponde con il disastro istituzionale di una magistratura che "alla cieca" si pone al comando di grandi imprese e degli enti pubblici che controllano e sostengono l'economia, talvolta armata da "vittime" che sognano rivincite o vendette, più che riparazione e sollievo.

Si è rilevato, di recente, che «nelle tendenze espansive e rigoriste della giurisprudenza è leggibile la moralità di esigenze di responsabilizzazione, delle quali la magistratura penale tende a farsi portatrice, tanto più quando altri modi e luoghi di responsabilizzazione non funzionano o funzionano male». Non si tratta più – si badi – dell'ennesima giaculatoria per la supplenza giudiziaria, ma della descrizione di un "atteggiamento spirituale", di una predisposizione dell'anima: «il punto di vista morale prevalente (forse) nella giurisprudenza si lega alla riprovazione morale dei fatti portati a giudizio»²⁶.

È tuttavia, se il diritto penale si fa strumento e misuratore di "moralità pubblica" e la sua latitanza è letta come un segnale di immoralità, il rischio che sul ruolo del principio di legalità e sulle letture "soft" che se ne danno in questo periodo si giochi anche una partita in termini di democrazia e di rappresentanza politica è particolarmente elevato. Ciò perché la "lacuna" sul penale è vista – arbitrariamente – come mancanza di scelte politiche, dimenticando – però – che la politica e l'amministrazione della cosa pubblica non si esauriscono con la gestione della pena, se non nei momenti di crisi e di emergenza.

Qualcuno potrà anche considerare che i *deficit* di democrazia siano un costo sociale tutto sommato tollerabile, quanto meno in nome dell'efficienza; io continuo, nonostante tutto, a ritenere necessario che la politica e la legge si riappropriino non solo della più adeguata calibratura penale dei "disastri" ambientali, ma anche e prima di tutto della gestione e della disciplina dei fenomeni produttivi e tecnologici che li possono determinare.

²⁵ Sui limiti "strutturali" dell'intervento giudiziario nel trattamento dei disastri tecnologici, v. l'affresco di F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, in part. 78 ss. e 375 ss.

²⁶ D. PULITANÒ, *Populismi e penale*, cit., 143.

STEFANO CORBETTA

IL "DISASTRO INNOMINATO": UNA FATTISPECIE "LIQUIDA" IN BILICO TRA VINCOLI COSTITUZIONALI ED ESIGENZE REPRESSIVE

1. In una visione autenticamente liberale del rapporto tra "legge penale" e "interpretazione giudiziaria" la lettera della legge costituisce un limite invalicabile per il giudice. Diversamente, se oltrepassa quel confine, segnato dai possibili significati letterali della norma, il giudice infrange il divieto di analogia *in malam partem*: creando la fattispecie per il singolo caso concreto, egli si arroga una funzione che, per legittimazione democratica, spetta *in via esclusiva* al Parlamento¹.

Si tratta di un principio basilare dello Stato liberale di diritto che, sebbene, a livello teorico, sia entrato far parte del patrimonio giuridico comune ai Paesi occidentali, nella pratica, tuttavia, deve essere strenuamente difeso e non può mai dirsi acquisito una volta per tutte. In presenza di lacune di tutela, è infatti sempre in agguato la tentazione di superare la "lettera della legge" facendo appello allo "spirito della legge", specie di fronte a fatti per i quali la collettività reclama una punizione, e una punizione *esemplare*. Ma, come già ammoniva Cesare Beccaria, «non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge»².

L'applicazione, in sede giurisprudenziale, della figura del "disastrato innominato" rappresenta la plastica dimostrazione della perenne tensione tra il bisogno di punire e il rispetto dei principi di garanzia sanciti dall'art. 25, comma 2, Cost., che innervano il sistema penale, chiamando in causa il ruolo e la funzione che la magistratura è chiamata a svolgere in uno Stato liberale di diritto³.

2. Rimasta per lungo tempo poco studiata e sostanzialmente priva di applicazioni giurisprudenziali, se non – nella forma colposa – in relazione a gravi sinistri stradali⁴, a partire dagli albori del nuovo millennio la fattispecie che incrimina il

¹ Su questi aspetti, cfr. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, ora in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2037.

² BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1766, sesta edizione, Harlem, 22.

³ Già GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante violenza*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, tomo I, Milano, 2008, metteva saggiamente in guardia dal pericolo che la fattispecie di cui all'art. 434 c.p. venisse strumentalizzata «in chiave punitiva e "snaturata" strutturalmente, per assicurare la "copertura" penale di fenomeni di recente emersione, ritenuti di particolare gravità sul piano sociale e privi di un'adeguata disciplina *ad hoc*».

⁴ Cass., Sez. II, 8 giugno 1954, Pulvirenti, in *Gius. pen.*, 1954, 998; Cass., Sez. IV, 9 aprile 1965, Collalto, in *C.E.D. Cass.*, n. 99818; Cass., Sez. IV, 23 febbraio 1981, Schweitzer, *ivi*, n. 149906.

“disastro innominato” ha conosciuto una stagione di inaspettato fulgore, essendo stata utilizzata, anche nella forma *dolosa*, per perseguire fatti di inquinamento provocati dalla dispersione nel suolo, nell’aria o nell’acqua di sostanze tossiche (“disastro ambientale”), in molti casi con conseguenze devastanti per la vita e la salute delle persone (“disastro sanitario”).

Si pensi, per esempio, ai processi, assunti alla ribalta delle cronache, relativi al “Petrolchimico” di Porto Marghera, all’“Eternit”, con i suoi quattro stabilimenti insediati in Piemonte (Casale Monferrato e Cavagnolo), Emilia Romagna (Rubiera) e Campania (Bagnoli), all’“Ilva” di Taranto. Non si tratta di casi isolati: in tutta la Penisola è un fiorire di procedimenti penali che vedono al centro la figura del disastro innominato; si prendano i casi della Tamoil di Cremona⁵ e della centrale Termoelettrica di Porte Tolle⁶, nei quali in primo grado è stata affermata la responsabilità *ex art. 434 c.p.* degli amministratori per disastro ambientale e/o sanitario, ovvero al sequestro degli impianti Tirreno Power di Savona⁷ e Isochimica di Avellino⁸, sempre ipotizzando il *fumus* del delitto di cui all’art. 434 c.p.

Suonano come profetiche le parole del Ministro Guardasigilli, che, nella relazione al progetto del codice penale, così giustificava la scelta di introdurre, tra i delitti contro l’incolumità pubblica, il disastro innominato, punito, nella forma dolosa⁹, dalla fattispecie di cui all’art. 434 c.p. accanto al “crollo di costruzioni”: si tratta di una figura criminosa «*destinata a colmare ogni eventuale lacuna, che di fronte alla multiforme varietà dei fatti possa presentarsi nelle norme di questo titolo concernenti la tutela della pubblica incolumità*»¹⁰.

La clausola di sussidiarietà espressa, che compare nel testo della disposizione – «*fuori dai casi preveduti dagli articoli precedenti*» – dà la cifra del “disastro innominato”, cui il Legislatore ha inteso assegnare una funzione *sussidiaria* e al contempo *integratrice* della punibilità, così da non lasciare impunita la realizzazione di ogni altro di disastro, non riconducibile nelle figure “nominate” oggetto

⁵ G.i.p. trib. Cremona, 18 luglio 2014, Abulaiha e altri.

⁶ Trib. Rovigo, 31 marzo 2014 (dep. 22 settembre 2014), Arrighi e altri, in *www.penalecontemporaneo.it* con nota di BELL, *Il processo alla centrale termoelettrica di Porto Tolle: gli ex amministratori delegati di Enel condannati per pericolo di disastro sanitario*.

⁷ Trib. Savona, 11 marzo 2014, in *www.penalecontemporaneo.it* con nota di ZIRULIA, *Fumi di ciminiera e fumus commissi delicti: sequestrati gli impianti Tirreno Power per disastro “sanitario” e ambientale*.

⁸ G.i.p. Trib. Avellino, 15 giugno 2013, in *www.penalecontemporaneo.it* con nota di ZIRULIA, *Sequestro Isochimica: un nuovo caso di disastro ambientale?*

⁹ L’art. 311 del codice Zanardelli prevedeva, ma solo nella forma *colposa*, la realizzazione di ogni «*altro disastro di comune pericolo*».

¹⁰ *Relazione del Guardasigilli*, in *Lavori preparatori del codice penale*, vol. V, pt. II, Roma, 1929, 224.

di incriminazione da parte degli artt. 423-433 (e fatta salva l'applicabilità del delitto di "strage", se l'agente ha agito «al fine di uccidere»).

Come ammonisce una celebre *regula iuris, omnis definitio in iure periculosa*: tanto più si traccia con nettezza il perimetro semantico di una definizione normativa, tanto maggiore è il rischio di restringerne la portata applicativa. A questa massima si è attenuto il Legislatore del 1930, il quale deliberatamente si è astenuto dal fornire una definizione *espressa* del "disastro", che viene individuato solo in via residuale, con la locuzione, scarna e asettica ma al contempo elastica, «*altro disastro*»: «*In verità – spiega il Guardasigilli – la quotidiana esperienza dimostra come spesso le elencazioni delle leggi siano insufficienti a comprendere tutto quanto avviene, specie in vista dello sviluppo assunto dalla attività industriale e commerciale, ravvivata e trasformata incessantemente dai progressi meccanici e chimici*». Insomma, il Legislatore ha voluto modellare una fattispecie per un verso "liquida", per altro verso "dormiente" in grado, cioè, sia di adattarsi, sia di attivarsi alla bisogna per contrastare qualsivoglia forma di disastro che, nei tempi a venire, si fosse manifestata, a causa degli imprevedibili sviluppi delle attività umane, soprattutto nel campo industriale.

Sembrebbe che i fatti abbiano inverato la profezia del Guardasigilli: la duttile e malleabile fattispecie del disastro innominato si è prestata per punire "disastri" che il Legislatore storico nemmeno era in grado di prefigurarsi, proprio a causa degli enormi progressi della scienza e della tecnica, che hanno moltiplicato i fattori di rischio, specie collegati all'attività produttiva, da cui – come l'esperienza ha drammaticamente dimostrato – sono derivati eventi "disastrosi" capaci di compromettere l'ambiente e, soprattutto, la vita e la salute di centinaia e centinaia di persone.

Emblematica è la vicenda relativa al "Petrochimico" di Porto Marghera, che rappresenta, in quest'ambito, il *leading case*: ai vertici aziendali succedutisi nella gestione del complesso industriale a partire dalla metà degli anni '60 del secolo scorso, venne, tra l'altro, contestato il delitto di disastro innominato colposo, sotto il profilo di aver provocato eventi dannosi o pericolosi di proporzioni *gigantesche* sia all'ecosistema della laguna veneta, sia alla salute dei lavoratori, esposti all'azione di sostanze tossiche (CVM e PVC), all'origine di centinaia di casi di tumori e di altre malattie¹¹.

Pur mandando assolti gli imputati per difetto di prova del nesso causale tra l'esposizione alle sostanze tossiche e l'insorgenza delle neoplasie, i giudici di merito prima, la Cassazione poi, hanno comunque ravvisato, in astratto, il delitto di

¹¹ Per una puntuale ricostruzione della vicenda, cfr. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, 75 ss.

disastro innominato. Vale la pena di riportare il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte, perché, introducendo il concetto di “macroevento” dai contorni spazio-temporali incerti e dilatati, ha rappresentato una svolta nell’interpretazione del concetto di “altro disastro”, che ha profondamente segnato lo sviluppo della giurisprudenza successiva: «*Il delitto di disastro colposo innominato (artt. 434 e 449 cod. pen.) è integrato da un “macroevento”, che comprende non soltanto gli eventi disastrosi di grande immediata evidenza (crollo, naufragio, deragliamento ecc.) che si verificano magari in un arco di tempo ristretto, ma anche quegli eventi non immediatamente percepibili, che possono realizzarsi in un arco di tempo anche molto prolungato, che pure producano quella compromissione delle caratteristiche di sicurezza, di tutela della salute e di altri valori della persona e della collettività che consentono di affermare l’esistenza di una lesione della pubblica incolumità*»¹².

Ricostruito il “disastro” come un “macroevento” dai confini spazio-temporali fluidi, la fattispecie prevista dall’art. 434 c.p. si è perciò rilevata un formidabile strumento di contrasto per reprimere le nuove forme di aggressione dell’incolumità pubblica, cui è esposta, secondo la felice espressione coniata da Ulrich Beck¹³, la “società del rischio”, minacciata da pericoli dagli effetti potenzialmente devastanti ed irreversibili, in grado di propagarsi non solo nello spazio ma anche nel tempo, e che spesso sfuggono alla percezione delle vittime.

E pericoli con quelle caratteristiche – e cioè con effetti devastanti, specie nel lungo periodo, e non sensorialmente percepibili – si lasciano ben cogliere nel caso più emblematico in cui la giurisprudenza ha ravvisato – e continua a ravvisare – il delitto di disastro innominato: la dispersione nell’ambiente di sostanze tossiche impiegate nell’industria, che, oltre a compromettere l’ecosistema, a distanza di anni, talora anche di decenni, provoca l’insorgere di malattie, spesso con esito infausto, sia tra i lavoratori, sia tra la popolazione residente nei pressi degli stabilimenti.

3. Quali che fossero gli auspici e le intenzioni del Legislatore storico, la formulazione ad analogia espressa prevista dall’art. 434 c.p. ha destato non poche perplessità. Già durante i lavori preparatori, la Commissione avvocati e procuratori

¹² Cass., Sez. IV, 17 maggio 2006, P.G. in c. Bartalini e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 235669; in senso conforme Cass., Sez. V, 11 ottobre 2006, Pellini, *ivi*, n. 236295; Cass., Sez. IV, 20 febbraio 2007, Rubiero e altri, *ivi*, n. 236410; Cass., Sez. III, 16 gennaio 2008, Agizza, *ivi*, n. 39160, che ha ravvisato il disastro ambientale caratterizzata da una imponente contaminazione di siti mediante accumulo sul territorio e sversamento nelle acque di ingenti quantitativi di rifiuti speciali altamente pericolosi.

¹³ BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986, trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

di Trieste e dell'Istria aveva manifestato dubbi sulla locuzione «*altro disastro*», ritenuta poco rispettosa del principio di stretta legalità¹⁴: dubbi che, come limpidamente ha scritto Giorgio Marinucci¹⁵, sono apparsi tanto più fondati e rilevanti dopo che quel principio ha assunto rango costituzionale.

Ma, proprio perché la norma è rimasta per lungo tempo “dormiente”, si è dovuto attendere sino al 2006 perché venisse sollevata, da parte del g.u.p. del tribunale di Santa Maria Capua Vetere¹⁶, la questione di legittimità dell'art. 434, comma 2, c.p. per contrasto, in primo luogo, con l'art. 25, comma 2, Cost.; significativamente la vicenda riguardava un procedimento in cui agli imputati era stato contestato di aver dolosamente cagionato un “disastro ambientale” in un'ampia zona territoriale, utilizzando numerosi terreni agricoli come discariche abusive di un'imponente massa di rifiuti pericolosi per l'ecosistema.

Le censure si appuntavano sul *deficit* descrittivo non solo della condotta, trattandosi di fattispecie causalmente orientata, ma, soprattutto, dell'evento, ossia l'«altro disastro», e del “pericolo per la pubblica incolumità” che ad esso deve invariabilmente accompagnarsi. E quel *deficit*, ad avviso del remittente, non poteva essere colmato né in via interpretativa, stante il carattere residuale del disastro innominato rispetto alle figure tipiche che però descrivono fattispecie alquanto eterogenee, né facendo ricorso alla finalità dell'incriminazione, che è quella di colmare le eventuali lacune che si manifestano, in conseguenza del progresso tecnico, nell'ambito dei delitti contro la pubblica incolumità, e nemmeno dall'analisi del “diritto vivente”, in considerazione della rara applicazione – sino a quel momento – della norma in esame.

Pur dichiarando l'infondatezza della questione, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 327 del 2008¹⁷, ha indicato a quali condizioni la fattispecie sia rispettosa dei principi di tassatività e di determinatezza, ritagliando con precisione i contorni del tipo “disastro innominato”.

La Corte ha dato atto che, effettivamente, il termine “disastro” costituisce «una espressione sommaria capace di assumere, nel linguaggio comune, una gamma di significati ampiamente diversificati», e tuttavia ha ritenuto che tale locuzione possa essere precisata sulla base della «finalità dell'incriminazione» e della «sua collocazione nel sistema dei delitti contro la pubblica incolumità». La Corte, in partico-

¹⁴ In *Lavori preparatori del codice penale*, vol. III, pt. III, Roma, 1928, 283.

¹⁵ MARINUCCI, *Crollo di costruzioni*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 411; per analoghe riserve ARDIZZONE, *Crollo di costruzioni ed altri disastri dolosi*, in *Dig. disc. pen.*, III, 1989, 274.

¹⁶ Trib. Santa Maria Capua Vetere, 7 dicembre 2006, in *Corr. merito*, 2007, 487, con annotazione di GATTA.

¹⁷ In *Giur. cost.*, 2008, 3534, con nota di GIUNTA, *I contorni del «disastro innominato» e l'ombra del «disastro ambientale» alla luce del principio di determinatezza*.

lare, ha fatto leva sia sulla funzione di “chiusura” che, nell’ambito dei delitti contro l’incolumità pubblica, svolge la fattispecie in esame, sia sul carattere di *species* dell’«altro disastro» rispetto al *genus* “disastro” che si ricava dalla disamina delle figure nominate. Ne deriva, dunque, che il disastro innominato «è un *accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai “disastri” contemplati negli altri articoli compresi nel capo relativo ai “delitti di comune pericolo mediante violenza”*».

E tuttavia, ha soggiunto la Corte, l’omogeneità morfologica tra i disastri tipici e il disastro innominato non sarebbe ancora in grado di fugare i dubbi di incostituzionalità, dovendosi appurare «*se, dal complesso delle norme che incriminano i “disastri” tipici, sia concretamente possibile ricavare dei tratti distintivi comuni che illuminino e circoscrivano la valenza del concetto di genere “disastro”*».

La risposta è stata positiva. Nel solco di una ricostruzione proposta in dottrina¹⁸, la Corte ha sottolineato come la nozione di “disastro”, che si desume dall’analisi delle caratteristiche delle varie figure delittuose, si caratterizza per un duplice, concorrente profilo: «*Da un lato, sul piano 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. Dall’altro lato, sul piano della proiezione offensiva, l’evento deve provocare – in accordo con l’oggettività giuridica delle fattispecie criminose in questione (la «pubblica incolumità») – un pericolo per la vita o per l’integrità fisica di un numero indeterminato di persone; senza che peraltro sia richiesta anche l’effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti*».

Si tratta di un’interpretazione che è avvalorata non solo dai lavori preparatori, ma anche dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, chiamata ad applicare soprattutto l’ipotesi colposa prevista dall’art. 449 c.p. in relazione alle varie figure nominate¹⁹, ha elaborato un concetto di “disastro” «*che fa perno, per l’appunto,*

¹⁸ Sia consentito rinviare a CORBETTA, *I delitti contro l’incolumità pubblica. I delitti di comune pericolo mediante violenza*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. II, Padova, 2003, 628 ss.; si veda anche GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l’incolumità pubblica*, Torino, 2005, 314, il quale, al fine di superare il deficit di determinatezza della fattispecie in esame, suggeriva una ricostruzione del tipo, in via interpretativa, «sulla base dei connotati (strutturali, tipologici e morfologici) comune ai modelli di disastro nominato».

¹⁹ Si veda, ad esempio, Cass., Sez. IV, 3 marzo 2000, Alessio, in *C.E.D. Cass.*, n. 216602, secondo cui «il delitto di disastro colposo di cui all’art. 449 c.p. richiede un avvenimento grave e complesso con conseguente pericolo per la vita o l’incolumità delle persone indeterminatamente considerate al riguardo; è necessaria una concreta situazione di pericolo per la pubblica incolumità nel senso della ricorrenza di un giudizio di probabilità relativo all’attitudine di un certo fatto a ledere o a mettere in pericolo un numero non individuabile di persone, anche se appartenenti a categorie determinate di soggetti; ed, inoltre, l’effettività della capacità diffusiva del nocimento (c.d. peri-

sui due tratti distintivi (*dimensionale e offensivo*) in precedenza indicati»; e, ha sottolineato la Corte, l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante può «*asurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa*».

La Corte si è poi soffermata sul “pericolo per la pubblica incolumità”, espressione «*nella quale si compendia il momento dell'offesa all'interesse protetto*». Per cogliere il significato di quella locuzione, la Corte ha attinto ai lavori preparatori, nei quali si chiarisce che, agli effetti del titolo VI del libro II del codice penale, il concetto di “incolumità” deve essere inteso «*nel suo preciso significato filologico, ossia come un bene, che riguarda la vita e l'integrità fisica delle persone (da ritenere naturalmente comprensiva anche della salute)*». Di conseguenza, il “pericolo per la pubblica incolumità” denota «*la messa a repentaglio di un numero non preventivamente individuabile di persone, in correlazione alla capacità diffusiva propria degli effetti dannosi dell'evento qualificabile come “disastro”*». La Corte, infine, ha lanciato un chiaro monito al legislatore, affinché «*talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato (...) formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale, anche nell'ottica dell'accresciuta attenzione alla tutela ambientale ed a quella dell'integrità fisica e della salute, nella cornice di più specifiche figure criminose*».

La decisione n. 327 del 2008 rappresenta, perciò, uno spartiacque: o il “disastro innominato” è ricondotto nel *tipo* ricostruito dalla Corte, nel rispetto dei principi di precisione e di determinatezza, sanciti dall'art. 25, comma 2, Cost., oppure è incostituzionale. *Tertium non datur*.

4. Quale è stata la ricaduta *effettiva* della pronuncia n. 327 del 2008 sulla giurisprudenza successiva? Ci si sarebbe aspettato che venisse fatta giustizia di interpretazioni del concetto di «*altro disastro*», come quella inaugurata dalla sentenza *Bartalini* nella vicenda del “Petrolchimico” di Porto Marghera, incentrata sulla nozione di “macroevento”, che, con i suoi contorni indefiniti, è in stridente contrasto con il tipo ritagliato dalla Corte costituzionale. Alla luce della sentenza n. 327 del 2008, il principio enunciato dalla sentenza *Bartalini* avrebbe dovuto essere perciò capovolto: secondo un'interpretazione costituzionalmente conforme

colo comune) deve essere accertata in concreto, ma la qualificazione di grave pericolosità non viene meno allorché, casualmente, l'evento dannoso non si è verificato»; in senso analogo cfr. Cass., Sez. IV, 20 dicembre 1989, De Stefani, *ivi*, n. 183244; Cass., Sez. V, 12 dicembre 1989, Massa, *ivi*, n. 185108.

ai principi di determinatezza e di tassatività, consacrati dall'art. 25, comma 2, Cost., la categoria del disastro abbraccia solo «*gli eventi disastrosi di grande immediata evidenza (crollo, naufragio, deragliamento ecc.) che si verificano magari in un arco di tempo ristretto*», da cui perciò esulano «*quegli eventi non immediatamente percepibili, che possono realizzarsi in un arco di tempo anche molto prolungato*».

È invece accaduto l'esatto contrario: se, da un lato, la giurisprudenza – tanto di merito quanto di legittimità – si è mostrata *formalmente* ossequiosa ai principi fissati dalla decisione della Corte costituzionale, dall'altro, però, ne ha tradito la *sostanza*, continuando a fare applicazione del concetto di “macroevento”²⁰. Emblematici sono i casi dell’“Eternit” e dell’“Ilva”.

4.1. Nella vicenda Eternit, pur con sfumature differenti che non assumono una rilevanza decisiva ai fini che qui interessano, i giudici di merito e la stessa Corte di Cassazione hanno ravvisato il delitto di disastro innominato *doloso* a carico dell'amministratore (tra il 1974 e il 1986) di Eternit s.p.a., per aver provocato un disastro ambientale dal quale sono conseguite malattie professionali e morti per asbestosi o tumore polmonare di migliaia di persone, a lungo esposte a polveri di amianto sia negli ambienti di lavoro, dove erano ubicati i quattro stabilimenti di lavorazione dell'amianto (Casale Monferrato, Cavagnolo, Rubiera e Bagnoli), sia nelle zone circostanti.

In primo grado il tribunale di Torino ha ritenuto il “disastro ambientale” solamente negli eventi derivanti dalla incontrollata dispersione di fibre d'amianto all'*esterno* delle fabbriche, ossia in relazione agli eventi lesivi che hanno colpito la popolazione residente nelle aree limitrofe; viceversa, per quanto riguarda la morte dei lavoratori, esposti alle micidiali polveri all'*interno* degli stabilimenti, il tribunale ha ravvisato il disastro quale conseguenza dell'omessa predisposizione di cautele antinfortunistiche, punito dall'art. 437, comma 2, c.p.²¹. Ai fini che rilevano in questa sede, va sottolineato che il tribunale ha *espressamente* richiamato la sentenza della Corte costituzionale n. 327 del 2008²² – non poteva non farlo – ma, sulla scia della sentenza *Bartalini*, non ha avuto remore nel fare applicazione della

²⁰ Cfr. Cass, Sez. IV, 5 maggio 2011, Mazzei, in *C.E.D. Cass.*, n. 251428, la quale ha ravvisato il delitto *ex art. 434 c.p.* nella reiterata abusiva attività estrattiva da una cava con alterazione di corsi d'acqua, inondazioni, infiltrazioni, instabilità ambientale e pregiudizio per la dinamica costiera; Cass., Sez. III, 14 luglio 2011, Passariello e altri, *ivi*, n. 251592, in relazione a un caso di contaminazione di siti a seguito di sversamento continuo e ripetuto di rifiuti di origine industriale.

²¹ Trib. Torino, 13 febbraio 2012, Schmidheiny e altro, parzialmente pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 470 ss., con nota, adesiva sul punto, di ZIRULIA, *Caso Eternit: luci ed ombre nella sentenza di condanna di primo grado*; la motivazione della sentenza, che si compone di 713 pagine, è integralmente consultabile sul sito www.penalecontemporaneo.it.

²² P. 496 ss. della motivazione.

nozione di “disastro” inteso quale “macroevento”, che si verifica «qualora l'attività di contaminazione di siti destinati a insediamenti abitativi o agricoli, con sostanze pericolose per la salute umana, assuma connotazioni di durata, ampiezza ed intensità tale, da risultare in concreto straordinariamente grave e complessa, anche se non è necessaria la prova di immediati effetti lesivi sull'uomo. (...) Del resto, nel caso in esame non si è verificato soltanto il grave e immane pericolo per la pubblica incolumità e la salute di un numero indeterminato di persone, di per sé già sufficiente a qualificare come disastro l'avvenuta contaminazione ambientale, perché nel nostro caso il disastro ambientale ha prodotto una serie veramente impressionante di danni alle persone in tutti e quattro i siti di cui si tratta»²³.

Uno dei punti nevralgici della vicenda riguardava l'individuazione del momento consumativo del reato e, di conseguenza, la disciplina della prescrizione. Senza entrare nella disamina della struttura della figura di cui al comma 2 dell'art. 434 c.p.²⁴, ad avviso del tribunale, il disastro innominato, da qualificarsi come fattispecie delittuosa autonoma, non esaurisce i suoi effetti sino a che non sia cessata l'esposizione a pericolo della pubblica incolumità; il tribunale ha quindi ravvisato la sussistenza del reato con riguardo alle sole zone di Casale Monferrato e Cavagnolo, essendo invece prescritto in relazione alle altre due.

In parte diversa è stata la decisione della Corte d'appello di Torino²⁵. Nel solco dell'originaria impostazione data al procedimento dalla pubblica accusa, la Corte territoriale ha rigettato la distinzione, operata in primo grado, tra danni riportati dai lavoratori e danni provocati alla popolazione, ravvisando un *unico fatto di disastro ambientale*, quale «evento composito (...) costituito da un disastro interno agli stabilimenti e da un disastro esterno ad essi»²⁶. Ecco che ritorna, se possibile ingigantito, il “macroevento” elaborato dalla sentenza *Bartalini*, ricostruito come un fenomeno *epidemico*, inteso come eccesso numerico delle morti e delle malattie professionali nell'area interessata: «la prorompente diffusione di polveri di amianto avvenuta nei quattro siti gestiti dalle società italiane del gruppo Eternit e

²³ P. 519 della motivazione.

²⁴ Ricostruita ora come circostanza aggravante (così, ad esempio, ARDIZZONE, op. cit., 277; BATTAGLINI-BRUNO, *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, Ns. Dig., VIII, 1962, 556; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., 2012, 527; in giurisprudenza cfr. Cass., Sez. IV, 5 maggio 2011, Mazzei, in C.E.D. Cass., n. 251428), ora come figura delittuosa autonoma (MARI-NUCCI, op. cit., 418; CORBETTA, *I delitti contro l'incolumità pubblica. I delitti di comune pericolo mediante violenza*, 638; GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante violenza*, cit., 424), ora come delitto aggravato dall'evento (LAI, *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, EGT XVI, 1989,12).

²⁵ Corte app. Torino, 3 giugno 2013, Schmidheiny e altro, commentata da ZIRULIA, *Processo Eternit: a che punto siamo?*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁶ P. 475 della sentenza.

nelle aree intorno ad essi – scrivono i giudici della Corte d'appello – ha, in effetti, interessato, importanti insediamenti industriali e una vasta porzione di territorio abitato da migliaia di persone, seriamente modificando l'ecosistema preesistente, ed ha contaminato un'ampia superficie geografica, così innescando il quadruplice fenomeno epidemico tutto in corso, caratterizzato dalla protratta e tuttora perduranti situazione di pericolo per l'incolumità di un numero indeterminato di soggetti»²⁷. Importanti le ricadute sul terreno della prescrizione: ricostruita la fattispecie ex art. 434, comma 2, c.p. come a consumazione prolungata, la Corte d'appello ne ha affermato la permanenza, stante il perdurante fenomeno epidemico in tutte le aree interessate dalla vicenda Eternit, comprese le zone di Rubiera e Bagnoli.

Con sentenza deliberata il 19 novembre 2014, la Suprema Corte ha annullato senza rinvio la sentenza d'appello e le conseguenti statuizioni di condanna in favore delle parti civili, essendo il reato estinto per prescrizione maturata *anteriormente* alla sentenza di primo grado. In attesa di conoscere la motivazione della sentenza, la Cassazione ha evidentemente ravvisato il delitto di disastro innominato (diversamente la formula assolutoria sarebbe stata “perché il fatto non sussiste”), ma ne ha retrodatato la consumazione, verosimilmente al momento di chiusura degli stabilimenti.

4.2. La vicenda dell'Ilva di Taranto²⁸, attualmente in fase di udienza preliminare, presenta stringenti analogie con il caso Eternit.

Il cuore dell'impianto accusatorio ruota attorno alla contestazione del disastro innominato *doloso*: alle figure apicali dell'Ilva di Taranto si imputata di aver deliberatamente provocato – o non impedito – ingenti emissioni, nell'atmosfera e nell'ambiente circostante, di polveri e inquinanti contenenti sostanze altamente tossiche, oltre i limiti stabiliti dalla legge e dall'autorizzazione integrata ambientale, così provocando notevoli danni per la salute pubblica e l'ambiente.

La sussistenza del delitto di disastro innominato ha trovato una prima conferma nella decisione resa dal tribunale del riesame a proposito della cautela reale imposta sull'impianto siderurgico²⁹. Limitando l'analisi dell'ordinanza ai profili che qui interessano, anche in tal caso il tribunale ha dato conto della decisione della Corte costituzionale n. 327 del 2008, ritenendo sussistente, nel caso di specie, il disastro innominato, descritto in questi termini: le concrete modalità di ge-

²⁷ P. 477 della sentenza.

²⁸ Sulla questione, volendo, cfr. CORBETTA, *Il “disastro” provocato dall'ILVA di Taranto, tra forzature giurisprudenziali e inerzie del legislatore*, in *Corr. merito*, 2012, 867 ss.

²⁹ Trib. Taranto, 7 agosto 2012 (dep. 20 agosto 2012), il quale ha sostanzialmente confermato l'ordinanza con cui il g.i.p. presso il tribunale di Taranto, in data 25 luglio 2012, aveva disposto il sequestro preventivo di aree e impianti dello stabilimento siderurgico Ilva di Taranto.

stione dello stabilimento siderurgico «hanno determinato la continua e costante dispersione nell'aria ambiente di enormi quantità di polveri nocive e di altri inquinanti di accertata grave pericolosità per la salute umana (alla cui esposizione costante e continuata sono correlati eventi di malattia e di morte, osservati con picchi in negabilmente preoccupanti, rispetto al dato nazionale e regionale, nella popolazione nella città di Taranto, specie tra i residenti nei quartieri Tamburi e Borgo, più vicini allo stabilimento siderurgico) nonché la contaminazione di terreni ed acque e di animali destinati all'alimentazione umana, in un'area vastissima che comprende l'abitato di Taranto e di paesi vicini ed un'ampia zona rurale tra i territori di Taranto e Statte»³⁰.

Ad avviso del tribunale, «la durata temporale e l'ampiezza in termini spaziali delle attività di inquinamento giustificano la sussunzione della fattispecie concreta nella contestata ipotesi di disastro innominato». Si tratta, precisa ancora il tribunale, di «un disastro ambientale che si atteggia ad evento dannoso e pericoloso per la pubblica incolumità, determinato nel corso degli anni, sino ad oggi, attraverso una costante e reiterata attività inquinante posta in essere con coscienza e volontà, per la deliberata scelta della proprietà e dei gruppi dirigenti che si sono avvicendati alla guida dell'Ilva, i quali hanno continuato a produrre massicciamente nella inosservanza delle norme di sicurezza dettate dalla legge e di quelle prescritte, nello specifico, dai provvedimenti autorizzativi»³¹.

Nil novi sub sole: sul modello della vicenda "Eternit", il disastro è configurato come un "macroevento pandemico" che si è manifestato – e continua a manifestarsi – nel corso di un lunghissimo arco temporale (dal 1995 sino ad oggi), e che abbraccia non solo i danni all'ecosistema, ma la morte di decine e decine di persone le quali, perché lavoratori o residenti nelle vicinanze dell'impianto, sono rimaste esposte alle polveri nocive, prodotte dal complesso siderurgico, all'origine di malattie anche con esito infausto.

5. A questo punto conviene interrogarsi sul *perché* la fattispecie del disastro innominato, dopo un lungo periodo di quiescenza, abbia riscosso un così ampio successo³².

³⁰ P. 81 dell'ordinanza.

³¹ P. 81 dell'ordinanza.

³² Ad avviso di VERGINE, *Il c.d. disastro ambientale: l'involuzione interpretativa dell'art. 434 cod. pen. (parte seconda)*, *Amb. svil.*, 2013, 666, l'utilizzo dell'art. 434 c.p. per reprimere condotte che danneggiano l'ambiente va individuato nel fatto che «il processo, in questi ultimi anni, è andato modificando la propria fisionomia fino a trasformarsi in un centro di produzione di norme penali, nel quale si opera una selezione occulta sia dei fatti penalmente rilevanti, che dei loro autori».

A nostro avviso, due sono i motivi che spiegano come mai i pubblici ministeri, i titolari dell'azione penale, con l'avallo dei giudici di merito e di legittimità, abbiano utilizzato – e continuano ad utilizzare – la figura del disastro innominato per reprimere i fatti di “disastro ambientale” e/o di “disastro sanitario”: si tratta di motivi legati sia ad *esigenze di semplificazione probatoria*, sia alla disciplina della *prescrizione*.

Quanto al primo aspetto, i processi Eternit e Ilva ne sono un chiaro esempio: anziché procedere alla contestazione di tante ipotesi di omicidio e/o di lesioni personali, quante sono le persone decedute e/o ammalatisi, si è ritenuto di convalidare quegli eventi in un unico “disastro”: un “macroevento” che rappresenta la *sommatoria* di una pluralità di singoli accadimenti lesivi.

Il disastro è perciò costruito come un enorme contenitore, in cui confluiscono una molteplicità di fatti di lesioni e di morte, che – si badi – non sono oggetto di autonoma contestazione. Oltre a questa semplificazione dell'imputazione, il profilo di maggior rilievo si coglie sul terreno probatorio: per dimostrare l'esistenza del “disastro” si impiegano evidenze *epidemiologiche* in grado di spiegare l'eccesso numerico delle morti e delle malattie professionali nell'area interessata³³.

Ecco quindi come viene alleggerito l'onere probatorio che grava sulla pubblica accusa: anziché dimostrare che ogni *singolo* evento di morte e/o di lesioni personali, sulla base di leggi scientifiche, è riconducibile, oltre ogni ragionevole dubbio, all'esposizione a sostanze o polveri tossiche rilasciate da questo o quell'impianto industriale, è sufficiente che il disastro, da intendersi quale “fenomeno epidemico”, sia spiegabile attraverso indagini epidemiologiche, che, esprimendo regolarità statistiche, sono sì insufficienti per provare la causalità *individuale*³⁴, ma hanno un valore esplicativo *potenzialmente* causale. In altri termini, poiché si è in presenza non di singoli eventi ma di un “evento collettivo”, ciò che si richiede è la prova non della causalità *particolare* ma della causalità *generale*, ossia dell'*attitudine* di una data sostanza a provocare danni alla salute in relazione a una *classe* di individui.

Quanto al secondo aspetto, ancora emblematico è il processo Eternit, in cui il disastro, quale fenomeno epidemico, rappresenta l'insieme di malattie aventi un lungo, a volte lunghissimo, periodo di latenza³⁵; orbene, il riferimento alla nozio-

³³ Su questi aspetti, cfr. GARGANI, *La “flessibilizzazione” giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, 416 ss.

³⁴ Per tutti cfr. STELLA, *Giustizia e modernità*, III ed., Milano, 2003, 314 ss.

³⁵ Sull'individuazione del momento consumativo del disastro innominato nel caso di dispersione nell'ambiente di sostanze nocive, si veda la lucida analisi di GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in

ne di “macroevento” comporta un significativo prolungamento del momento consumativo del reato: vuoi fino a che è ancora in atto la dispersione delle fibre d’amianto o delle sostanze tossiche, vuoi, nella forma più estrema, fino a quando non è esaurito il fenomeno epidemico. La Cassazione, peraltro, ha censurato le interpretazioni accolte dai giudici di merito, individuando verosimilmente nella chiusura degli stabilimenti, avvenuta nel 1986, il momento di cessazione del reato.

Ricapitolando: la considerazione collettiva, *sub specie* di disastro innominato, di una pluralità di eventi lesivi ha il vantaggio di semplificare l’imputazione e, soprattutto, sul terreno probatorio, di consentire l’impiego di evidenze epidemiologiche per dimostrare la causalità generale tra l’esposizione a sostanze tossiche e il fenomeno pandemico, che incarna il “disastro”, e, quanto alla disciplina della prescrizione, di allungarne il termine ben oltre il verificarsi del singolo evento di morte o di lesioni personali.

6. Perché, a nostro avviso, l’orientamento sin qui incontrastato della giurisprudenza di merito e di legittimità rappresenta una “frode alle etichette” rispetto ai principi affermati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 327 del 2008?

È doveroso riprendere il filo del discorso dalle note che qualificano il tipo “disastro”, come si ricavano dalle caratteristiche delle figure tipiche. Incendio, inondazione, frana, valanga, disastro aereo, disastro navale, disastro ferroviario, disastro conseguente all’attentato a pubblici trasporti o a impianti di energia elettrica e del gas, ovvero delle pubbliche comunicazioni: cosa hanno in comune questi disastri che, all’apparenza, paiono assai eterogenei?

Anzitutto si tratta di eventi che hanno una *precisa connotazione spazio-temporale*. In alcuni casi, si tratta di disastri che hanno carattere pressoché istantaneo, come il disastro aereo o il disastro ferroviario; in altri, si è in presenza di disastri che possono avere una durata più prolungata, come l’incendio o l’inondazione, ma, anche in casi del genere, l’evento ha un inizio e una fine *determinati*. La cartina tornasole è costituita dal fatto che non è mai stato controverso quando si consuma un incendio o un disastro navale o uno qualsiasi dei disastri nominati, e, di conseguenza, da quando inizia a decorrere la prescrizione.

Quanto poi alle caratteristiche morfologiche e alla dinamica lesiva, balza subito agli occhi un elemento comune a tutti i disastri: si tratta di eventi che sprigionano un’energia *distruittiva*, un’*immediata* energia distruittiva. Chiunque si trovi *nel momento e nel luogo* in cui si manifesta questo o quel disastro corre pericolo,

in quel preciso *istante*, per la propria *vita e/o integrità fisica*. Gli inquilini di un edificio in fiamme, gli abitanti di un paesino su cui si abbatte una valanga, i passeggeri di un traghetto che sta affondando e via dicendo: tutti casi in cui *hic et nunc* viene minacciata l'incolumità fisica delle persone che si trovano nel raggio d'azione del disastro.

Ancora, “disastro” e “pericolo” per l'incolumità pubblica rappresentano una sequenza precisa e invariabilmente costante: il manifestarsi dell'evento con la sua dirompente forza distruttiva – il “disastro” – fa sorgere l'*istantaneo* pericolo per la vita e l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone³⁶. Non vi è, dunque, uno stacco temporale tra il verificarsi del disastro e il sorgere del pericolo per l'incolumità pubblica: al primo si accompagna ineluttabilmente il secondo senza soluzione di continuità.

Non è un certo caso che, tra gli esempi di disastro innominato, il legislatore del 1930 abbia indicato – come attestano i lavori preparatori – l'incaglio di una nave, «*il quale se nel maggior numero dei casi non è un disastro pericoloso per la pubblica incolumità, può in date evenienze (località in cui avviene, scoppi di caldaie, ecc.) divenire tale, perché mette in pericolo la vita dei passeggeri*», e la caduta di un ascensore privato, «*che può, in determinate circostanze, per il numero delle persone lese od esposte a pericolo, essere considerata un disastro*»³⁷: tutti eventi che, a pieno titolo, sono riconducibili nel tipo descritto dall'art. 434 c.p.

Breve: il “disastro” – ogni disastro, tipico o innominato che sia – è un evento di portata distruttiva, circoscritto nello spazio e nel tempo, con un inizio e una fine individuati e individuabili, da cui istantaneamente sorge il pericolo per la vita e l'integrità fisica delle persone che si trovano esposte alla dinamica lesiva connessa a questo o a quell'evento.

7. Accolta questa ricostruzione di “disastro”, che sviluppa la ricostruzione elaborata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 327 del 2008, non vi è dubbio che il “disastro ambientale” e/o il “disastro sanitario” giacciono al di fuori del tipo punito dall'art. 434 c.p.

7.1. In primo luogo è differente il *bene tutelato*: i disastri ricompresi tra i “delitti di comune pericolo mediante violenza” – e quindi anche il disastro innomina-

³⁶ Valorizzano il requisito dell'istantaneità quale caratteristica che connota i disastri nominati GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., 475; MARTINI, *Il disastro ambientale tra diritto giurisprudenziale e principi di garanzia*, in *Leg. pen.*, 2008, 350; PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 279.

³⁷ *Relazione del Guardasigilli*, cit., 225.

to – sono posti a tutela di quel profilo dell'incolumità pubblica, che si sostanzia nella *vita* e nell'*integrità fisica* di un numero indeterminato di persone. Il disastro ambientale e/o il disastro sanitario assumono invece, come oggetto della tutela, beni *differenti: l'ambiente e/o la salute*.

Se è vero che l'ambiente, nelle sue diverse componenti (aria, acqua e suolo), non è tutelato in sé, ma in maniera strumentale rispetto alla salute umana³⁸, ciò vale in generale, ma non per i delitti contro l'incolumità pubblica, la quale, come limpidamente emerge dai lavori preparatori, cui esattamente si è appellata la sentenza n. 327 del 2008, «è assunta nel suo preciso significato filologico, ossia come un bene, che riguarda la vita e l'integrità fisica delle persone; e, perciò, solo i fatti, che possono esporre a pericolo un numero indeterminato di persone, sono presi in considerazione in questo Titolo»³⁹. L'ambiente, quindi, è *estraneo* alla protezione accordata dai “delitti di comune pericolo mediante violenza”⁴⁰.

La medesima conclusione vale per la *salute*: quale peculiare profilo dell'incolumità pubblica, essa è infatti oggetto di *specifica* tutela da parte di *tutte* (e sole) le fattispecie racchiuse tra i “delitti di comune pericolo mediante frode”⁴¹. In questo senso depongono in maniera convergente molteplici elementi, quali: la *menzione espressa* – nel testo della disposizione e/o nella rubrica – *del bene tutelato*, la salute appunto (artt. 440, commi 1 e 2, 441, 442, 444, 445 c.p.); l'*oggetto della condotta* (emblematico il caso dei medicinali, assunti per ripristinare lo stato di *salute*); le *modalità lesive del fatto*, tali da cagionare una *malattia*, ossia da realizzare proprio l'offesa del bene tutelato. Una definitiva conferma si trae dalla rubrica dell'art. 452 c.p., che incrimina i «delitti colposi contro la salute pubblica»: poiché l'art. 452 c.p. prevede espressamente la punibilità per colpa di *tutte* le fattispecie previste dal capo II, non vi è dubbio che anche i delitti *dolosi* di «comune pericolo mediante frode» siano «delitti *dolosi* contro la salute pubblica». Il confronto con le *modalità lesive* tipiche dei delitti contro l'incolumità pubblica sigilla questa interpretazione: mentre i “delitti di comune pericolo mediante violenza” tutelano l'“incolumità pubblica” da accadimenti *esterni* all'organismo – è proprio

³⁸ Così RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011, 180, il quale ritiene applicabile la fattispecie di disastro innominato a fatti lesivi dell'ecosistema; in questo senso anche ZIRULIA, *Caso Eternit: luci ed ombre nella sentenza di condanna di primo grado*, cit., 498.

³⁹ *Relazione del Guardasigilli*, cit., 212.

⁴⁰ Così anche PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 289, secondo cui «la contaminazione di un ecosistema esorbita dall'abito di applicazione dell'art. 434»; VERGINE, *Il c.d. disastro ambientale: l'evoluzione interpretativa dell'art. 434 cod. pen. (parte prima)*, *Amb. svil.*, 2013, 534.

⁴¹ Cfr. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante frode*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, IX, II, Milano, 2013, 56, secondo cui l'interesse della salute pubblica rappresenta una sottofattispecie dell'interesse categoriale dell'incolumità pubblica.

il caso dei vari disastri naturali o che si verificano nell'esercizio dell'attività dei trasporti – che minacciano la *vita e/o l'integrità fisica* di una cerchia indeterminata di persone, i “delitti di comune pericolo mediante frode”, invece, sono posti a presidio dell’“incolumità pubblica”, in quanto minacciata da accadimenti *interni* all'organismo delle persone, la cui *salute* può essere compromessa dal sorgere di *malattie* innescate o da agenti patogeni, che danno vita a un'epidemia, ovvero dall'ingestione di acque, alimenti, farmaci o dal contatto di cose che sono *pericolose* perché avvelenate, adulterate, corrotte, contraffatte.

7.2. In secondo luogo il disastro ambientale e/o sanitario non possiede affatto le «*caratteristiche strutturali*» del disastro, inteso quale evento di immediata portata distruttiva, da cui sorge subitaneamente il pericolo per la vita e l'integrità fisica di chi si trovi nel luogo e nel momento in cui si manifesta l'evento. In altri termini, mancano i requisiti morfologici che connotano il disastro sotto il profilo sia della *forza distruttiva* che si sprigiona dell'evento, sia dell'*immediato sorgere del pericolo* per l'incolumità pubblica, sia della *sequenza* disastro→pericolo.

Quanto al primo aspetto, nel disastro ambientale e/o sanitario non è dato ravvisare un evento che, al pari di tutti i disastri nominati, sprigioni un'immediata energia distruttiva. A ben vedere, non vi è affatto, per riprendere le parole della Corte costituzionale, un «*evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi*». È difatti una vera e propria *fiction iuris* costruire il disastro ambientale e/o sanitario come un “macroevento”: non si è in presenza di *un* evento di portata distruttiva, ma di una *pluralità di eventi lesivi* autonomi e separati, ossia di plurimi casi di omicidio e/o di lesioni, con il risultato, pure paradossale, che il “disastro” non è, come avviene per le figure nominate, un evento *esterno* agli individui, in grado di minacciarne la vita e/o l'integrità fisica, ma la *sommatoria* degli eventi lesivi – morte e/o lesioni personali – occorsi alle vittime.

Ancora, nel disastro ambientale e/o sanitario difetta il requisito dell'*istantaneità*: esso, infatti, si manifesta non in maniera *immediata*, con contorni spazio temporali certi e definiti, ma a *distanza di anni*, talora anche di decenni, ed è sempre *in progress* fintanto che dura l'effetto pandemico.

Infine, nel disastro ambientale e/o sanitario, inteso quale macroevento che si sviluppa nel corso del tempo, viene ribaltata la sequenza che caratterizza il tipo “disastro”: non evento→pericolo, bensì pericolo→evento, laddove poi l'evento, come si è appena detto, altro non è che la sommatoria di singoli eventi lesivi. Nel disastro ambientale e/o sanitario, infatti, *prima* si verifica il pericolo per (si badi) la *salute* di una cerchia indeterminata di persone, che avviene con la dispersione nell'ambiente delle sostanze nocive; *quindi* il “disastro” prende forma nel tempo,

quale risultato *in fieri* della morte e/o delle malattie che colpiscono chi era rimasto esposto a quelle sostanze.

Queste conclusioni non mutano ove si voglia ritenere integrato il disastro nella mera dispersione nell'ambiente di sostanze nocive. Un'interpretazione del genere sconta un'evidente forzatura: il rilascio nell'ambiente di sostanze tossiche, infatti, non ha una *immediata forza distruttiva*, che rappresenta la cifra dei "veri" disastri, ma costituisce, come si è detto, il (mero) pericolo per la *salute* di un numero indeterminato di persone.

7.3. L'albero avvelenato non può che produrre frutti avvelenati: la palese forzatura nel ricostruire il disastro come "macroevento" *non immediatamente percepibile, che può realizzarsi in un arco di tempo anche molto prolungato*, si riflette sull'individuazione del momento consumativo del reato, con le conseguenti implicazioni in tema di prescrizione.

Si prenda ancora il caso Eternit: ogni soluzione che è stata proposta in quella drammatica vicenda appare, da qualunque punto la si guardi, scivolosa e inappagante.

L'impostazione seguita dal tribunale, secondo cui il reato è permanente finché dura l'esposizione a pericolo della pubblica incolumità, confonde la permanenza degli effetti del reato con la permanenza del reato e, ancor prima, l'offesa al bene giuridico, cioè il pericolo per l'incolumità pubblica, con l'evento naturalistico, ossia il disastro⁴².

Nemmeno persuasiva appare l'interpretazione sostenuta dalla Corte d'appello, secondo cui il disastro innominato si consuma con la cessazione del fenomeno epidemico, inteso come eccesso numerico delle morti e delle malattie professionali nell'area interessata, che rappresenterebbe l'evento disastroso, perché confonde l'evento costitutivo del disastro (il pericolo per la pubblica incolumità) con gli eventi dei delitti di lesioni e di omicidio colposo⁴³.

Ma nemmeno convince la soluzione accolta, a quanto sembra, dalla Corte di Cassazione, perché il momento in cui è cessata la dispersione nell'ambiente delle polveri nocive individua non il verificarsi dell'evento, ma la cessazione del pericolo; per contro, "disastro" e "pericolo" sono infatti concetti distinti e non sovrapponibili.

Per concludere: il disastro ambientale e/o sanitario non è riconducibile nella fattispecie di cui all'art. 434 c.p., proprio perché non ne possiede le caratteristiche sul piano dimensionale e della proiezione offensiva. La sussumibilità del disastro ambientale e/o sanitario nel tipo «altro disastro» rappresenta perciò una *vera*

⁴² Così, lucidamente, GATTA, op. cit.

⁴³ Cfr. ancora GATTA, op. cit.

e propria estensione analogica della norma incriminatrice⁴⁴, in aperta violazione del principio di tassatività, ferma restando, ovviamente, l'applicabilità, in casi del genere, dei delitti (colposi o dolosi) di lesioni personali e di omicidio⁴⁵.

8. Come uscire dall'*impasse*, conciliando la repressione di gravissimi fatti di inquinamento che minacciano la salute e l'ambiente con il rispetto dei principi di garanzia?

La via era già stata indicata dalla Corte costituzionale, la quale aveva sollecitato l'introduzione di «specifiche figure criminose» cui ricondurre il disastro ambientale e/o sanitario. Pare che quel monito sia finalmente giunto alle orecchie del Legislatore: è all'esame del Senato il disegno di legge S. 1345, Realacci e altri, con il quale si intende inserire, di seguito ai «Delitti contro l'incolumità pubblica», il titolo VI-*bis*, dedicato ai «Delitti contro l'ambiente», tra cui spicca l'art. 452 *ter* c.p., che reprime il «disastro ambientale».

In questa sede, preme solo segnalare un'opzione legislativa in grado di affiancare la normativa che il Parlamento si appresta ad approvare in via definitiva. Il riferimento è al d.lgs. 17 agosto 1999, n. 334, che, uniformandosi alla normativa europea, disciplina il «controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose», dettando «disposizioni finalizzate a prevenire incidenti rilevanti connessi a determinate sostanze pericolose e a limitarne le conseguenze per l'uomo e per l'ambiente» (art. 1, comma 1). La speciale disciplina disegnata dal d.lgs. n. 334 del 1994 si applica «agli stabilimenti in cui sono presenti sostanze pericolose in quantità uguali o superiori a quelle indicate nell'allegato I» (art. 2, comma 1).

L'art. 3, lett. f) fornisce questa definizione di «incidente rilevante»: «un evento quale un'emissione, un incendio o un'esplosione di grande entità, dovuto a sviluppi incontrollati che si verificano durante l'attività di uno stabilimento di cui all'articolo 2, comma 1, e che dia luogo ad un pericolo grave, immediato o differito, per la salute umana o per l'ambiente, all'interno o all'esterno dello stabilimento, e in cui intervengano uno o più sostanze pericolose».

Questa definizione contiene spunti di indubbio interesse. Anzitutto l'evento è rappresentato non solo da un *incendio* o da un' *esplosione*, ma anche da un' *emissione*, locuzione che, senza forzature semantiche, ben può abbracciare la dispersione nell'ambiente di sostanze nocive. In secondo luogo merita attenzione

⁴⁴ In questo senso anche GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante violenza*, cit., 469.

⁴⁵ Di quest'avviso è anche GATTA, op. cit.

la connotazione che assume il *pericolo*: può minacciare, alternativamente la *salute umana* o l'*ambiente*; può verificarsi sia all'*interno*, sia all'*esterno* dello stabilimento; può essere non solo *immediato* ma anche *differito*. Insomma, questa definizione calza a pennello sul disastro ambientale e/o sanitario, finora ricondotto nella nozione di "macroevento".

Si potrebbe quindi inserire una nuova figura delittuosa che punisca «*chiunque cagiona un incidente rilevante*»; la misura della sanzione dovrebbe essere in linea con quella prevista per reprimere il disastro innominato (da tre a dodici anni), con l'accortezza di affiancare, alla figura dolosa, la corrispondente ipotesi colposa e di prevedere la responsabilità amministrativa da reato dell'ente.

Nel frattempo, ove la giurisprudenza persista nel ravvisare il disastro innominato nel caso di disastro ambientale e/o sanitario, l'unico rimedio è rappresentato dal ricorso alla Corte costituzionale perché censuri la norma nel significato che le viene attribuito dal "diritto vivente"⁴⁶. Di fronte a lacune di tutela, effettive o presunte, il giudice penale non deve lasciarsi incantare dal suadente canto delle sirene d'Ulisse, che si leva dall'opinione pubblica per reclamare la punizione esemplare di fatti ritenuti meritevoli di repressione, se ciò significa travalicare il recinto della legalità, ma deve continuare a fare ciò che è chiamato a fare: né più né meno che il giudice⁴⁷, e quindi a rispettare, anzitutto, la *lettera* della legge.

GAETANO RUTA

PROBLEMI ATTUALI INTORNO AL DISASTRO INNOMINATO

1. *Tensioni interpretative intorno al tema del disastro innominato.* – La questione è tra le più spinose e dibattute nel panorama attuale del diritto penale. Il tema è cruciale per l'applicazione – conosciuta da anni nelle aule di tribunale – della fattispecie di disastro innominato, nelle varianti dolosa e colposa offerte dal codice.

Intorno al "successo" di questo reato, quale presidio di tutela delle vittime e di sanzione dei colpevoli dei grandi disastri del nostro tempo, sembrano scontrarsi due modi diversi ed apparentemente non comunicanti di intendere il principio di legalità e l'esercizio della giurisdizione: l'esigenza da un lato di effettività della tutela (e della repressione), al fine di affermare un solido presidio penalistico di

⁴⁶ In questo senso FLICK, *Parere pro-veritate sulla riconducibilità del c.d. disastro ambientale all'art. 434 c.p.*, già pubblicato nel mese di novembre 2014 in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁷ Si veda il denso e stimolante articolo di GIOSTRA, *Giudice, fai il giudice*, pubblicato sul *Corriere della Sera* del 23 novembre 2014, 22-23.

fronte a fenomeni che presentano una oggettiva gravità; la necessità dall'altro di garantire una corretta applicazione dei principi fondanti del diritto penale dinanzi a situazioni che, nella loro dimensione naturalistica, implicano ricostruzioni e valutazioni spesso di estrema complessità.

La tensione tra queste prospettive appare tale da involgere i fondamenti stessi del sistema penale.

È noto l'intervento di un alto magistrato della Corte di Cassazione che, in sede di requisitoria nel processo Eternit, ha evocato un contrasto tra diritto e giustizia, con espressioni taglienti che rendono la misura delle implicazioni che vi sono sottese: «*stiamo attenti a non piegare il diritto alla giustizia sostanziale, il diritto costituisce un precedente, piegare il diritto alla giustizia oggi può fare giustizia ma è un precedente che domani produrrà mille ingiustizie. È per questo che gli anglosassoni dicono "hard cases make bad law": i casi difficili producono cattive regole (cioè cattivi precedenti); il giudice deve sempre tentare di calare la giustizia nel diritto, se è convinto della colpevolezza deve sempre cercare di punire un criminale miliardario che non ha neppure un segno di umanità e prima ancora di rispetto per le sue vittime, ma ci sono dei momenti in cui diritto e giustizia vanno da parti opposte, è naturale che le parti offese scelgano la strada della giustizia, ma quando il giudice è posto di fronte alla scelta drammatica tra diritto e giustizia non ha alternativa. È un giudice sottoposto alla legge, tra diritto e giustizia deve scegliere il diritto*»¹. Al di là della retorica, vi è la consapevolezza di fondo di una altissima aspettativa da parte di chi, a diverso titolo, è coinvolto in tali processi: le vittime ed i loro parenti, travolti da morti, malattie e devastazioni; gli imputati, per i quali la gravità delle accuse non legittima una minore tutela sostanziale, sotto forma di sospensione o sovvertimento dei criteri applicativi della legge penale.

Si tratta, come comprensibile, di questioni che toccano corde sottili della sensibilità individuale e collettiva, i cui effetti vanno oltre le implicazioni giuridiche, ed interrogano tutti noi rispetto ai temi che sovrastano il nostro presente.

Quale reazione deve apprestare l'ordinamento dinanzi ai grandi disastri contemporanei? Sono legittimi gli strumenti del diritto e del processo penale? È corretto il ricorso alla fattispecie incriminatrice dell'art. 434 c.p., anche nella variante colposa dell'art. 449 c.p.?

2. *Inadeguatezza del diritto penale?* – Le tensioni interpretative sono l'effetto della applicazione pratica della norma, in particolare rispetto ai disastri ambienta-

¹ Schema della requisitoria pronunciata dal Procuratore Generale avanti alla Sezione I penale della Corte di cassazione nel processo Eternit - 19 novembre 2014, in penalecontemporaneo.it

li. L'art. 434 c.p., quale disposizione di chiusura del catalogo dei delitti di comune pericolo mediante violenza, ha costituito nel tempo il grimaldello sul quale far leva per contrastare i fenomeni di più grave devastazione ambientale (geologica, idrica, atmosferica) verificatisi nel territorio nazionale.

Il timore di un *deficit* di legalità – tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale – è alla base di severe prese di posizione, da parte anzitutto della dottrina.

Secondo una significativa impostazione dottrinale, addirittura, lo schema del diritto penale sarebbe inidoneo a contrastare questi fenomeni.

Le politiche del diritto dovrebbero, infatti, spingersi verso forme di prevenzione più che di repressione degli illeciti connessi ai grandi disastri. Due, di massima, le considerazioni a sostegno di questa posizione.

La prima, agganciata a riflessioni di ordine filosofico sulla giustizia, svaluta il diritto penale quale efficace strumento di reazione dell'ordinamento, ritenendo inadeguata la punizione ad assolvere tanto una funzione retributiva (il male commesso non è ripagato dal male inflitto al responsabile), quanto una funzione riparatoria (l'enormità di questi disastri è tale da non riuscire a consolare le vittime, né a ripristinarne i diritti violati)².

La seconda, incentrata sui principi del diritto penale classico, fa leva sulla inconciliabilità dell'accertamento giudiziale rispetto agli eventi, di pericolo o di danno, che si accompagnano a questo tipo di fenomeni: il ripudio delle leggi statistiche e della epidemiologia quale base dell'accertamento del nesso di causalità e la pretesa di un riscontro scientifico in termini di certezza (o di probabilità prossima alla certezza) costituiscono elementi ostativi alla ricostruzione probatoria nel processo penale³.

Si tratta, sembra di comprendere, di posizioni radicali, che collocano un certo tipo di fenomeni fuori dalla cornice del diritto penale, ritenendo più adeguato sul piano normativo e più efficace su quello della tutela dei diritti un intervento in altre branche dell'ordinamento, che abbia come fine la prevenzione piuttosto che la repressione penale.

3. *Disastro innominato e deficit di legalità*. – Una risposta ai grandi disastri del nostro tempo la giurisprudenza penale ha cercato di offrirla facendo ricorso alle disposizioni del codice penale dedicate alla incolumità pubblica. In questo contesto l'art. 434 c.p. ha giocato – nel tempo in misura sempre più incisiva – un ruolo

² F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006.

³ F. STELLA, *Giustizia e modernità - La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003.

determinante, quasi naturalmente accresciuto dalla attitudine di tale norma a coprire quei fenomeni non altrimenti classificabili sotto le disposizioni che tutelano il medesimo bene giuridico.

Richiamando la relazione ministeriale dell'epoca, dottrina e giurisprudenza riconoscono come tale norma assolva proprio alla funzione di dare risposta a quelle forme di disastro non tipizzate che lo sviluppo della scienza e della tecnica potrebbero determinare: una espressione dell'adeguamento del legislatore del '30 «*alle necessità della vita moderna pulsante sempre di nuove attività*»⁴.

Il problema, con l'ampliamento degli spazi di intervento della norma, è stato quello dell'abuso e della distorsione applicativa. Lo scopo del legislatore con la introduzione di una disposizione di chiusura si è così risolto, al banco della prova pratica, in una incertezza interpretativa sui confini della fattispecie. Da qui i dubbi di legittimità costituzionale, in relazione al principio di legalità.

Un passaggio importante è rappresentato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 327 del 2008.

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 434 c.p., *sub specie* di “altro disastro”, la Corte ha rigettato la relativa questione con una decisione che presenta i tratti tipici della sentenza interpretativa di rigetto. Era stata denunciata la carenza di tassatività della norma e paventato il rischio di una giurisprudenza creativa, con un giudice che da fruitore diviene artefice delle norme. La Corte ha superato l'eccezione allineando tale disposizione sul binario degli altri delitti contro l'incolumità pubblica e valorizzando il profilo della omogeneità strutturale ad essi comune: «*Si è evidenziato in dottrina come – al di là delle caratteristiche particolari delle singole figure (inondazione, frana, valanga, disastro aviatorio, disastro ferroviario, ecc.) – l'analisi d'insieme dei delitti compresi nel capo I del titolo VI consenta, in effetti, di delineare una nozione unitaria di “disastro”, i cui tratti qualificanti si apprezzano sotto un duplice e concorrente profilo. Da un lato, sul piano 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. Dall'altro lato, sul piano della proiezione offensiva, l'evento deve provocare – in accordo con l'oggettività giuridica delle fattispecie criminose in questione (la “pubblica incolumità”) – un pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone; senza che peraltro sia richiesta anche l'effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti*». In tal modo dalla interpretazione della locuzione “disastro”, nel contesto dei delitti inseriti nella medesima disciplina, la Corte trae argomento per salvaguardare la norma e dichiarare infondata la relativa questione di legittimità costituzionale. È impor-

⁴ Relazione del Guardasigilli, in *Lavori Preparatori del codice penale*, V, 2, Roma, 1929, 211.

tante evidenziare come nel corpo della motivazione siano contenuti, anche attraverso il richiamo alla giurisprudenza del passato, significativi approfondimenti sul tema della cd. analogia esplicita, le cui implicazioni appaiono rilevanti nella logica argomentativa della Corte. Non si dà luogo ad applicazione analogica – secondo tale impostazione – qualora esista nella legge «un preciso criterio di identificazione delle attività similari a quelle espressamente menzionate» (Corte Cost., n. 120 del 1963): la valutazione in ordine alla sussistenza di siffatto criterio rientra nella tipica funzione di interpretazione della legge demandata al giudice.

Ciò nonostante, i dubbi sulla legittimità costituzionale della norma non si sono sopiti.

Il diffuso ricorso ad incriminazioni fondate sulla violazione dell'art. 434 c.p. (e della omologa figura di cui all'art. 449 c.p.) ha tenuto accesi i fari di chi nel tempo non ha cessato di denunciarne la incostituzionalità, ravvisando una grave involuzione nella applicazione dei principi del diritto penale.

La questione si è posta in particolare rispetto ai disastri ambientali – ipotesi in cui è stata registrata la ricorrente sussunzione sotto la sfera dell'art. 434 c.p. – vero nodo applicativo della disposizione. Plurimi i profili di non omogeneità riscontrati rispetto agli altri delitti contro l'incolumità pubblica: *i*) il fatto che non sarebbe ravvisabile alcuna forma di “violenza”; *ii*) la indeterminatezza delle forme di manifestazione dell'evento sia nel tempo che nello spazio; *iii*) la confusione concettuale in ordine al bene tutelato, non considerando quanto eccentrica appaia una applicazione che andrebbe a sovrapporsi ad altre disposizioni diversamente collocate nel tessuto del codice (ad esempio, l'epidemia e l'avvelenamento delle acque)⁵.

È una linea interpretativa portata avanti con determinazione dalla dottrina, che denuncia in questo modo il ricorso ad una norma incriminatrice non adatta, impropriamente piegata per finalità di tutela non previste dal codice del '30, senza che mai il legislatore abbia colmato quel vuoto normativo non altrimenti superabile.

4. *Il pericolo per la incolumità pubblica quale criterio selettivo della fattispecie.* – Il divario tra dottrina e giurisprudenza appare ampio, se si ha riguardo al rifiuto della dottrina di attribuire all'art. 434 c.p. la dignità di norma di riferimento sui disastri ambientali.

Uno sguardo retrospettivo rispetto all'applicazione dell'art. 434 c.p. evidenzia peraltro come, pur in presenza di incertezze non ancora superate, esistano delle linee guida lungo cui nel tempo è stato inquadrato il disastro innominato.

⁵ A.L. VERGINE, *Il c.d. disastro ambientale: l'involuzione interpretativa dell'art. 434 c.p.*, in *Amb. e svil.*, n. 6/2013.

Solo in apparenza è ininfluyente la distinzione che nei primi tempi di applicazione veniva compiuta tra la disposizione dell'art. 434 c.p. (nella variante colposa prevista dall'art. 449 c.p.) e la contravvenzione di cui all'art. 676 c.p. (Rovina di edifici o altre costruzioni): ciò perché – al di là del dato formale rappresentato dalla natura di reato proprio della contravvenzione – la linea di confine tra le due norme veniva individuata proprio nel *pericolo per la incolumità pubblica*, quale elemento costitutivo della più grave fattispecie delittuosa. Se è vero che questa distinzione ha trovato spazio rispetto al crollo di costruzioni – figura omologa a quella di cui all'art. 676 c.p. – essa va non di meno valorizzata per la dimensione sovraindividuale che veniva accordata al delitto⁶. Una siffatta identificazione del bene giuridico aveva sin dalle origini consentito di distinguere nettamente il profilo della incolumità pubblica da quello dei singoli beni individuali, quali la vita e l'integrità fisica, legittimando per tale via sul piano applicativo il concorso dei reati⁷.

Tale impostazione riflette le indicazioni che la dottrina aveva impresso al tema del disastro, nel contesto dei delitti contro l'incolumità pubblica: dalle mere aggressioni verso il patrimonio o la vita e l'integrità personale, l'oggetto di tutela si sposta verso beni sovraindividuali, in cui la dimensione offensiva attinge interessi riferibili ad una pluralità di soggetti⁸.

⁶ Cass., sez. IV, 26.2.1970, Centi, Rv. 115661: "L'elemento differenziatore tra il delitto di crollo colposo di una costruzione (art 449 in relazione all'art 434 cod. pen.) e la contravvenzione di rovina di edifici o di altre costruzioni (art 676 cod. pen.) va ricercato nel pericolo per la pubblica incolumità, inteso come possibilità di danno ad un numero indeterminato di persone, che deve sussistere per il delitto e non già per la contravvenzione. Conseguo che, in caso di rovina della parte interna di un edificio, il delitto può ravvisarsi soltanto quando il pericolo, derivante dal crollo della costruzione entro le mura perimetrali, possa diffondersi in direzione dello spazio circostante investendo persone diverse da quelle che, in numero determinato, abitano l'edificio".

⁷ Cass., sez. IV, 8.1.1982, Nicoli, Rv. 153177: "È ipotizzabile il concorso formale tra i reati di omicidio colposo e di crollo colposo poiché con una unica condotta colposa si possono determinare i due eventi, di pericolo per la pubblica incolumità, e di danno, per l'omicidio. Pertanto non si può ritenere assorbito nel primo il secondo reato, essendo distinta l'oggettività giuridica dei due delitti".

⁸ S. ARDIZZONE, *Incolumità pubblica (delitti e contravvenzioni contro la)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1992: "Per come venne formulato all'origine, il pericolo comune rappresenta il pericolo o il danno per la vita, la incolumità o il patrimonio di un numero considerevole di cittadini o della collettività, cagionato attraverso lo scatenamento, ad opera dell'uomo, di forze naturali (il fuoco, l'acqua ad esempio) dagli effetti fisici considerevoli e non più controllabili. I contrassegni indicati, e concernenti oggetto e materialità delle condotte, qualità del pregiudizio, indeterminatezza delle vittime, servono per rendere possibile la tutela verso gli interessi della generalità dei cittadini e a modificare, di conseguenza, l'originaria qualità offensiva dei fatti individuata dagli specifici effetti cagionati (danneggiamento, morte, lesioni). Non più giudicati alla stregua del danno arrecato alla vittima singola e determinata, i fatti vengono apprezzati sulla base del criterio dell'abuso delle forze naturali come fonte di comune pericolo, con effetti sul versante dei requisiti della condotta punibile e sul livello di pena. Per quanto riguarda i primi, non essendo necessario verificare il pregiudizio nei confronti del bene del singolo, si ha un ampliamento delle

Questo principio, traslato sul piano del disastro innominato, vale tanto per l'ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 434 c.p., quanto per quella disciplinata dal comma 2 che ha ad oggetto la verifica dell'evento. Il reato deve essere munito di una attitudine lesiva in grado di attingere una pluralità indeterminata di destinatari, sia che si arresti alla soglia del mero pericolo, sia che abbia una proiezione ulteriore generando la verifica del danno. Sul piano ricostruttivo, ciò implica che il pericolo per la incolumità pubblica integra un elemento costitutivo della fattispecie, dovendo ricorrere sia nella dimensione oggettiva, sia anche come momento di rappresentazione soggettiva (oltre che di volizione rispetto al delitto doloso)⁹.

Il pericolo per l'incolumità pubblica costituisce dunque un esempio paradigmatico di *pericolo concreto*, in quanto tale necessariamente oggetto di accertamento giudiziale¹⁰.

5. *La definizione di disastro tra primo e secondo comma dell'art. 434 c.p.* – Risale ad uno dei primi fenomeni di grave inquinamento industriale conosciuto nel nostro paese – la dispersione della diossina dallo stabilimento ICMESA di Seveso – la definizione di disastro elaborata dalla giurisprudenza.

Il caso è importante, perché è stato affermato un principio perpetuatosi, salvo talune sfumature, nella giurisprudenza successiva: «*la sentenza (di appello, ndr.) aveva constatato la verifica del disastro rapportabile a) all'elevata tossicità delle sostanze chimiche liberate dallo scoppio; b) alla rilevante entità della massa fuoriuscita dal reattore e diffusasi nell'atmosfera; c) alla vastità dell'area contaminata o comunque esposta a pericolo di inquinamento; d) all'entità della popolazione ivi residente e coinvolta nell'evento; e) ai danni fisici evidenziati sotto forma di affezioni cutanee di diversa gravità; f) al pregiudizio economico diretto; g) al danno indiretto rappresentato dal blocco di tutte le attività agricole e zootecniche dell'area contami-*

condotte rilevanti: sono punibili i comportamenti i cui effetti potenziali si rivolgono verso una indistinta generalità di cittadini. Per quanto attiene alla pena, si statuisce un livello di sanzione più elevato rispetto a quanto previsto per le lesioni individuali, in considerazione di un ritenuto maggiore disvalore sociale per la potenzialità lesiva della lesione. Attraverso il comune pericolo si raggiunge un duplice obiettivo: la trasformazione qualitativa dell'offesa; la possibilità di allargare l'ambito della tutela: non più il singolo toccato dal danno, ma la generalità coinvolta nel pericolo».

⁹ S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, in *I delitti di comune pericolo mediante violenza - Trattato di diritto penale parte speciale*, 616, Padova 2003.

¹⁰ S. BENINI, C. DEL RE, *Sub art. 434 c.p.*, in LATTANZI-LUPO, *Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2010, 431; MARINUCCI, *Crollo di costruzioni*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, Vol. XI: «*La conclusione finale è che l'analisi dottrinale della figura delineata nell'art. 434 depone chiaramente per l'infondatezza della interpretazione restrittiva cui l'ha sottoposta sinora l'opinione dominante. Il pericolo per la pubblica incolumità appartiene per molteplici ragioni, oggettivamente e quel che conta soggettivamente, al fatto criminoso che vi si reprime».*

nata, dalla sospensione delle attività industriali, artigianali e commerciali; b) allo sconvolgimento del tessuto sociale; i) all'intenso allarme sociale, aggravato dall'incertezza circa gli effetti a lungo termine della contaminazione e perciò dal persistente timore di danni futuri»¹¹.

Il disastro sembra assumere, stando anche alla lettura della dottrina, una duplice valenza. Una natura *quantitativa* (o dimensionale), che contraddistingue il fatto nella sua oggettività: pur non dovendo necessariamente rivestire una portata immane o eccezionale, per rilevare l'evento distruttivo deve assumere proporzioni non comuni, a cui si accompagnano danni gravi ed estesi¹². Una natura *qualitativa*, dovendo provocare il concreto pericolo per la vita o comunque l'incolumità fisica di un numero indeterminato di persone.

Le questioni non si fermano, ovviamente, alla descrizione naturalistica del disastro.

L'art. 434 c.p. distingue l'ipotesi di cui al comma 1, che integra un delitto di pericolo (*commette un fatto diretto a cagionare ... un altro disastro, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità*) da quella di cui al comma 2 che contempla il verificarsi dell'evento lesivo (*se il disastro avviene*). L'art. 449 c.p. per contro prevede la sola ipotesi di verifica dell'evento (*cagiona per colpa ... un altro disastro*).

La distinzione tra il primo ed il secondo comma dell'art. 434 c.p. pone una serie di interrogativi non uniformemente risolti.

È chiaro che l'ipotesi di cui al comma 1 integra un reato di condotta, laddove al capoverso si è in presenza di un reato di evento: il che rende necessario stabilire se l'ipotesi di cui al comma 2 configuri una autonoma ipotesi di reato, una circostanza aggravante o un delitto aggravato dall'evento. Evidente come ciò abbia dei riflessi sul piano dell'elemento soggettivo (l'imputazione delle circostanze segue le regole stabilite dagli articoli 59 e 60 c.p.) ed eventualmente del giudizio di comparazione ai sensi dell'art. 69 c.p. (non rilevante ove la ricostruzione fosse nel senso di un titolo autonomo di reato).

La circostanza che l'ipotesi di cui al comma 1 integri un reato di pura condotta implica un accertamento incentrato sulla verifica della idoneità della stessa a cagionare un disastro da cui derivi pericolo per la pubblica incolumità: il momento consumativo del reato andrebbe così a coincidere con la realizzazione della condotta, rispetto alla quale si deve formulare il giudizio di pericolo.

¹¹ Cass., Sez. IV, 23.5.1986, Von Zwehl, Rv. 175065.

¹² S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, cit., 630. Questo Autore sviluppa ulteriormente il tema distinguendo tra disastri "statici" (disastro aereo, disastro ferroviario, naufragio) e disastri dinamici (incendio, inondazione), a seconda che i danni si manifestino o in processi spazialmente e temporalmente delimitati o in processi dilatati.

Diversamente è a dirsi per quanto riguarda l'ipotesi di cui al comma 2, in cui è l'evento a formare oggetto di accertamento, nella dimensione naturalistica riflessa nel pericolo per la incolumità pubblica.

Va riconosciuto peraltro come il nodo interpretativo di maggior rilievo ruoti pur sempre intorno alla definizione di disastro, nella sua accezione naturalistica.

I più rilevanti e controversi, tra i processi per disastro ambientale, sono proprio quelli in cui l'evento si è verificato o almeno ne è stata contestata la realizzazione.

Ha fatto scuola, data l'importanza della vicenda giudiziaria, il processo per il petrolchimico di Porto Marghera. La sentenza della Cassazione che ha definito la causa, al di là delle singole statuizioni frutto anche di complessi risvolti procedurali, ha infatti aderito apertamente alla applicazione degli articoli 434 e 449 c.p. rispetto alle ipotesi di disastro ambientale: *«Il disastro può anche non avere queste caratteristiche di immediatezza perché può realizzarsi in un arco di tempo anche molto prolungato, senza che si verifichi un evento disastroso immediatamente percepibile e purché si verifichi quella compromissione delle caratteristiche di sicurezza, di tutela della salute e di altri valori della persona e della collettività che consentono di affermare l'esistenza di una lesione della pubblica incolumità. Questa situazione può anche essere qualificata macroevento purché si precisi che la compromissione di cui trattasi (riguardi la situazione ambientale o un luogo diverso quale l'ambiente di lavoro o altra situazione tipica prevista dalla legge) può avere caratteristiche di durata che non richiedono il verificarsi di un evento eccezionale dotato di caratteristiche di immediatezza. Del resto non tutte le ipotesi di disastro previste dal capo I del titolo VI del codice penale (delitti contro l'incolumità pubblica) hanno le caratteristiche cui la Corte di merito sembra fare riferimento (per es. la frana – art. 426 c.p. – può consistere in spostamenti impercettibili che durano anni; l'inondazione può consistere in un lentissimo estendersi delle acque in territori emersi)»*¹³. Si tratta di un passaggio argomentativo importante, che offre una descrizione del concetto di disastro sensibilmente diversa da quella conosciuta nella vicenda della diossina di Seveso. Particolarmente significativo, per i riflessi applicativi che ne discendono, il richiamo al “macroevento”, in altra parte della sentenza definito come *«un evento dannoso che però per qualificarsi come disastro deve avere una gravità, complessità e diffusività investendo cose e persone indeterminate tali da mettere in concreto pericolo la pubblica incolumità, e cioè i beni della vita, dell'integrità e della salute pertinenti alla singola persona umana ma anteriormente e comunque a prescindere dal loro individualizzarsi in uno o più soggetti determinati»*. L'accostamento del disastro al “macroevento” e la riconosciuta possibilità che esso si dipani nel tempo senza esaurire con immediatezza la sua portata distruttiva è

¹³ Cass., Sez. IV, 17.5.2006, Bartalini ed altri, Rv. 235661.

alla base di una serie di equivoci interpretativi, che hanno minato molti dei processi per questi reati.

6. *L'opportuno tramonto del "macroevento"*. – I processi sui disastri ambientali hanno conosciuto esiti altalenanti, spesso a sfavore dell'accusa. Le variabili in campo, come è intuibile, sono numerose.

Accertamento del fatto, identificazione dei responsabili, verifica sull'elemento psicologico del reato, in contesti di estrema complessità appaiono tutt'altro che agevoli. Soprattutto se si ha riguardo a ricostruzioni scientifiche sottili e a realtà di impresa strutturate secondo ramificazioni non facili da decifrare.

La ricognizione del percorso seguito dalla giurisprudenza, con risultati contraddittori ed incertezze interpretative, getta un'ombra sulla efficacia repressiva di questa fattispecie. Si è forse dinanzi ad un abuso della imputazione, destinato a franare alla prova del processo?

La questione ha assunto negli ultimi tempi dimensioni tali da suscitare vivaci reazioni anche nel dibattito pubblico. Il processo penale come strumento di pressione? *«Sembra un vicolo cieco: senza bazooka penale le aziende non si sognano di mettere mano al portafoglio, ma il bazooka spara poi per forza a salve. Forse può fare più male il fucile di precisione della causa civile per i risarcimenti, o il procedimento amministrativo per costringere le aziende inquinatrici ad avviare le bonifiche a proprie spese»*, è l'amara constatazione di chi dinanzi all'ennesimo proscioglimento per un disastro ambientale si interroga sulla validità – prima ancora che di questo tipo di imputazione – dello stesso strumento del processo penale¹⁴.

Non sono questioni cui sia facile dare risposte. I limiti maggiori, lo si è cercato di spiegare, derivano dalla definizione di disastro.

La sentenza di Porto Marghera in questo senso non aiuta.

Il concetto di "macroevento" è fonte di confusione interpretativa e, probabilmente, ha allontanato la giurisprudenza dai binari tracciati dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 2008. Come si è ricordato, il giudizio di legittimità costituzionale della norma poggiava sulla *omogeneità* dell' "altro disastro" rispetto ai delitti inseriti nella medesima disciplina. Il percorso seguito dalla giurisprudenza ha nei fatti reso indefinito tale concetto. È vero, come sostiene la sentenza

¹⁴ L. FERRARELLA, *Il dolo e "la mela di Biancaneve". L'immagine evocata da Severino e l'arma spuntata dei processi penali*, in *Corriere della Sera*, 20.12.2014. La vicenda cui fa riferimento l'articolo è quella dell'ex polo chimico Montedison di Bussi, in Abruzzo, conclusasi in primo grado con il proscioglimento di tutti gli imputati, a vario titolo con la formula perché il fatto non sussiste rispetto all'avvelenamento delle acque e per essere maturata la prescrizione rispetto al reato di disastro, avendo la Corte d'Assise - dinanzi a cui il processo si era tenuto - riqualificato il fatto a titolo di colpa.

di Porto Marghera, che il disastro non necessariamente presenta caratteristiche di impatto immediato: è il caso di inondazioni e frane (art. 426 c.p.) che possono naturalmente protrarsi in un arco di tempo dilatato. Ciò tuttavia non esclude la necessità di munire il macroevento di coordinate spazio-temporali precise: si rischia altrimenti di avvolgere il processo in un prisma indecifrabile, con pericolose ricadute processuali.

È utile richiamare il comunicato stampa della Corte di Cassazione all'indomani della sentenza Eternit: «*Con riferimento al processo Eternit, celebrato il 19 novembre 2014, la Corte di Cassazione precisa che oggetto del giudizio era esclusivamente l'esistenza o meno del disastro ambientale, la cui sussistenza è stata affermata dalla Corte, che ha dovuto, però, prendere atto dell'avvenuta prescrizione del reato, essendosi l'evento consumato con la chiusura degli stabilimenti Eternit, avvenuta nel 1986, data dalla quale è iniziato a decorrere il termine di prescrizione. Non erano, quindi, oggetto del giudizio i singoli episodi di morti o patologie sopravvenute, dei quali la Corte non si è occupata*»¹⁵. Si intuisce come il tema del momento consumativo del reato sia stato alla base della decisione della Corte: la circostanza che la popolazione non smetta di pagare gli effetti dell'inquinamento (si continua e si continuerà ancora a lungo a morire per le esalazioni di amianto del passato) non legittima, sul piano del diritto penale, una dilatazione del tempo di commissione del reato. Insomma, il macroevento non può trasformarsi in un macroreato dai contorni indefiniti. Del resto, una applicazione razionale dei principi del diritto penale non consente di uscire da questo bivio: o si intende il disastro come fatto di immediata proiezione lesiva e allora si ragiona nei termini del reato istantaneo; o lo si intende come fatto di prolungata attitudine lesiva e quindi si può ragionare in termini di reato permanente. Tenendo presente, in questo secondo caso, che la "permanenza" esige un comportamento antidoveroso dell'autore per tutta la durata di consumazione del reato, altrimenti si finisce per confondere la "permanenza" del reato con gli "effetti permanenti" che da esso discendono. E questo – pare di capire dalla ellittica enunciazione del comunicato stampa – è il fondamento della decisione della Cassazione nel caso Eternit: non nega il disastro ma lo riconduce alla sfera di azione e volontà dell'imputato, che non può evidentemente proiettarsi oltre il termine in cui, chiuso lo stabilimento, ha cessato di potere incidere sulla (illecita) gestione della impresa.

Colgono probabilmente nel segno coloro che sollecitano un intervento legislativo. Per quanto necessaria sia l'opera di adattamento dell'interprete, la lungimiranza del legislatore del '30 non poteva spingersi sino al punto di costruire norme capaci di sanzionare disastri ambientali come quelli conosciuti negli ultimi tempi.

¹⁵ Comunicato stampa della Corte di Cassazione, in www.cortedicassazione.it.

Il tema, ovviamente, è come strutturare fattispecie di nuovo conio, che sappiano recepire l'istanza più avvertita nei disastri ambientali e cioè il prolungarsi di (indeterminate) conseguenze lesive.

Cercando di conciliare – sino a quando occorrerà misurarsi con la legislazione vigente – le vicende di grande complessità che ruotano intorno ai disastri ambientali con uno schema normativo dagli spazi più contenuti, incapace di accogliere tutte le implicazioni che questi fenomeni portano con sé.

Il punto su...
*Problematiche penali
della sicurezza sul lavoro*

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC

LA RESPONSABILITÀ COLPOSA PER GLI INFORTUNI SUL LAVORO
NELL'ORDINAMENTO PENALE SPAGNOLO ^(*)^(**)

SOMMARIO: 1. La politica criminale di fronte agli incidenti sul lavoro. – 2. Cornice legislativa della protezione penale dei diritti dei lavoratori. – 3. Regime legale della colpa. In particolare l'omicidio colposo e le lesioni colpose. – 3.1. Il modello del Codice penale del 1995. – 3.2. Concetto e requisiti. – 3.3. Gradi della colpa: grave, lieve e professionale. – 4. Questioni problematiche. – 4.1. Concorso tra reati di pericolo e di evento. – 4.2. Autoesposizione al pericolo da parte della vittima. – 4.3. Unica condotta colposa con causazione di molteplici risultati lesivi.

1. *La politica criminale di fronte agli incidenti sul lavoro*

La salute e la sicurezza sul lavoro costituiscono da più di un decennio uno degli ambiti più densi e importanti della politica sociale dell'Unione europea. Si tratta di una tendenza incontestabile¹.

La Costituzione spagnola stabilisce l'obbligo da parte dei poteri pubblici di vigilare sulla sicurezza e sull'igiene e questo dovere è anche uno dei principi rettori della politica sociale ed economica.

Pertanto, la loro tutela penale è un obiettivo essenziale della politica europea e di quella spagnola, così come un dovere costituzionale imposto al legislatore ordinario. La tutela penale della sicurezza sul lavoro deve sottostare ai principi generali di necessità, meritevolezza ed opportunità. L'intervento punitivo viene avallato non solo come rafforzamento delle politiche sociali e del dovere costituzionale già citati, ma anche dalla gerarchia dei beni minacciati e dalla presenza di elevate cifre relative agli infortuni. Per questo si può dire che, da anni, non si discute "se" è necessario e giustificato l'intervento penale, ma "come" deve essere fatto.

Infatti, una grossolana azione punitiva non si configura certo come panacea per difendere i diritti dei lavoratori (la "fuga nel Diritto penale"). La tutela penale deve, invece, integrarsi in un insieme di strategie legislative preventive, che

^(*) Relazione tenuta in occasione del Seminario organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, l'8-9 aprile 2014.

^(**) Traduzione dallo spagnolo a cura del dott. Emanuele Corn.

¹ Cfr. ampiamente R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, Barcelona, 2001, p. 19 ss.

prendano molto seriamente in considerazione la complessità dei fenomeni e i fattori causali da neutralizzare². In particolare: i radicali cambiamenti contemporanei nella società, nell'economia e nella politica, tra i quali sottolineiamo soprattutto la globalizzazione e il cambio del modello produttivo (*postfordismo*), frutto dell'applicazione delle nuove tecnologie e dello sviluppo delle politiche neoliberiste. Lo scenario che si viene così a delineare è perciò caratterizzato dalla deregolamentazione, con una perdita di terreno da parte dei poteri pubblici e una riduzione dell'intervento statale, dalla delocalizzazione delle imprese, da una concorrenza estrema stimolata dalle illimitate aspettative di guadagno delle imprese e dalla precarietà nel lavoro. Il tutto, nel contesto di una profonda crisi finanziaria (di debito) e di domanda (consumo).

2. Cornice legislativa della protezione penale dei diritti dei lavoratori

La tutela penale dei diritti dei lavoratori nell'ordinamento spagnolo si appoggia su due binari, entrambi contenuti nel Codice penale³. Il primo, oggetto di questo lavoro, riguarda il problema dell'imputazione di eventi di morte o lesioni in contesti colposi. Il secondo, che fuoriesce dall'oggetto di questo studio, è costituito dal Titolo XV del Libro secondo del Codice «*Dei delitti contro i diritti dei lavoratori*» (artt. 311-318) e dal Titolo XV *bis*, «*Delitti contro i diritti dei cittadini stranieri*» (art. 318 *bis*)⁴.

In relazione a questi due Titoli, basti dire, per quanto qui d'interesse, che l'opinione maggioritaria va nel senso di considerare che la rubrica del Titolo XV allude a un bene giuridico categoriale comune, che ruota attorno ai diritti nati a partire dalla relazione lavorativa, ossia, alle condizioni lavorative, sindacali, di sicurezza sociale, ecc.; si protegge, cioè, l'indisponibilità contrattuale «*in peius*» dei diritti dei lavoratori riconosciuti dalle leggi⁵. Tuttavia, in un secondo momento, spesso si specifica che l'analisi concreta di ciascuna delle fattispecie di reato coinvolte permette di scoprire beni giuridici specifici o più concreti. Ciononostante,

² J. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia, 2002, p. 13 ss.

³ La dottrina maggioritaria in Spagna si è detta favorevole all'opzione legislativa di concentrare la disciplina penale nel Codice, piuttosto che in leggi speciali settoriali. Per tutti: J. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia, 2002, pp. 39-41.

⁴ Questa è la cornice legislativa punitiva a partire dal Codice penale del 1995. In precedenza, la giurisprudenza applicò saltuariamente un inedito delitto di "lesioni sul lavoro" (art. 427 C.P. Spagnolo anteriormente vigente). Cfr. ampiamente A. BAYLOS GRAU, J. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, Madrid, 2^a ed., 1997, p. 112 e ss.

⁵ J.A. LASCURAIN SANCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994.

vi sono anche posizioni che rimarcano anche la dimensione collettiva del bene giuridico, ricorrendo per questo alla categoria dei «beni giuridici diffusi di indole istituzionale»⁶.

All'interno di questo gruppo di disposizioni, va prestata attenzione agli artt. 316 e 317. Essi puniscono coloro «che violando le norme di prevenzione dei rischi sul lavoro ed essendo legalmente obbligati, non forniscano i mezzi necessari affinché i lavoratori realizzino le loro attività nel rispetto di adeguate misure di sicurezza e igiene, in modo tale da porre in grave pericolo la propria vita, salute o integrità fisica». All'art. 316 è prevista l'ipotesi dolosa, punita con pene di prigionia da sei mesi a tre anni e multa da sei a dodici mesi, mentre nell'art. 317 si descrive l'ipotesi di colpa grave, sanzionata con la pena di grado inferiore⁷.

Secondo la dottrina dominante, la norma presenta la struttura del reato proprio di omissione con evento di pericolo concreto. I suoi presupposti essenziali sono l'omissione («non fornire»); la violazione dell'obbligo di garantire sicurezza contenuto in «norme» di prevenzione dei rischi sul lavoro e la creazione di un pericolo concreto per la vita o l'integrità⁸. Rispetto al problema del concorso tra queste fattispecie e quelle di evento lesivo si rinvia al paragrafo 4.1.

3. Regime legale della colpa.

In particolare l'omicidio colposo e le lesioni colpose

3.1. Il modello del Codice penale del 1995

Il Codice penale spagnolo del 1995 introdusse un cambiamento trascendentale nella disciplina della colpa fino ad allora vigente. Così, in base all'art. 12 C.P.S., la colpa è punita solo nei casi espressamente previsti dalla legge. In questo modo, quando per una determinata condotta non si stabilisce specificatamente che sia sanzionata anche la colpa, essa resta impunita (principio di *extrema ratio*). Questo significa che la maggioranza dei precetti penali puniscono la forma dolosa di commissione e la sanzione penale per colpa è un'eccezione (sistema di incriminazione per *numerus clausus*)⁹. La sostituzione delle clausole generali regolatrici della colpa contenute nel modello tradizionale, con la previsione specifica in ciascuna delle fattispecie di parte speciale in cui la legge punisce la forma colposa, non solo costituì una delle principali novità del Codice del 1995, ma cancellò gli scarsi

⁶ C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, 2013, p. 376 ss.

⁷ C. FARALDO CABANA, *El delito contra la seguridad e higiene en el trabajo*, Valencia, 2013.

⁸ C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, 2013, p. 375 ss.

⁹ E. ORTS BERENGUER, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 4ª ed., 2014, pp. 311-314.

dubbi della dottrina e quelli un po' più consistenti della giurisprudenza, circa il fatto che la regolamentazione anteriormente vigente desse origine a un *crimen culpa*, confermando la sua lettura nel senso che vi fossero invece *crimina culposa*¹⁰.

Questa riforma legislativa comporta che, ora, la causazione non dolosa di una morte o di lesioni, si chiami «omicidio colposo» o «lesioni colpose» e si sia abbandonata la precedente terminologia: «colpa con risultato di morte o lesioni»¹¹. D'altra parte, il modello del *numerus clausus* è incompatibile con l'articolazione di regole di partecipazione nel fatto colposo dell'autore. La clausola di copertura dell'omicidio e delle lesioni colpose include solo comportamenti di autoria colposa, che prendono a parametro di riferimento la fattispecie dolosa d'autore corrispondente. Ne consegue che non è punibile la partecipazione colposa nel fatto doloso o colposo dell'autore¹².

Riguardo alla materia oggetto di questo lavoro, ovviamente, è sanzionata la colpa nei reati di omicidio (artt. 142 e 621 co. II C.P.S.) e lesioni (artt. 152 e 621 co. I e III C.P.S.).

Infine, va detto che è possibile punire per i reati di omicidio o lesioni colpose in applicazione delle norme sull'errore (art. 14 co. I C.P.S.), in particolare quando esso si configura come “vincibile” rispetto a un elemento integrante la fattispecie.

3.2. Concetto e requisiti

Il Codice penale del 1995 utilizza unicamente il termine «*imprudencia*» (colpa), abbandonando l'uso del vocabolo «*culpa*» (colpa). Ciononostante, c'è unanimità nell'intendere che si tratti di nozioni equivalenti, anche se il testo legislativo non contiene una definizione di «*imprudencia*», cosa che provoca una certa discrepanza in dottrina e in giurisprudenza rispetto al suo effettivo contenuto.

Fortunatamente, un minimo accordo sui requisiti essenziali della colpa c'è. In quanto alla tipicità oggettiva, si richiede la produzione dell'evento tipico (morte o lesioni), a seguito della violazione dell'obbligo oggettivo di cautela. Quest'esigenza comporta, da una parte, la prova della relazione causale tra la condotta ed il risul-

¹⁰ J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, in *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. (Vives/Orts/Carbonell/G. Cussac/Martínez-Buján), Valencia, 2010, pp. 57-59. In ogni caso, quest'abilitazione legale non implica la possibilità di estendere la clausola della colpa a tutte le figure contenute nel Capitolo dell'Omicidio. In effetti, è incompatibile con l'assassinio e non solo per il riferimento espresso al “*nomen*” omicidio, ma anche per l'incompatibilità strutturale e concettuale della colpa con la fattispecie circostanziata dell'omicidio formalmente denominata assassinio. In questo senso: F. MORALES PRATS, in *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. G. Quintero Olivares e coord. F. Morales Prats), Pamplona, 6ª ed., Tomo I, 2011, pp. 70-74.

¹¹ J. CÓRDOBA RODA (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, Madrid, 2014, pp. 34-35.

¹² F. MORALES PRATS, in *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. G. Quintero Olivares e coord. F. Morales Prats), Pamplona, 6ª ed., Tomo I, 2011, pp. 70-74.

tato¹³, e dall'altra, che l'evento fosse oggettivamente prevedibile. Sul versante soggettivo, il comportamento colposo importa l'assenza di dolo rispetto all'evento, che conduce necessariamente alla graduazione della colpa¹⁴.

In sintesi, conformemente alla dottrina maggioritaria, i reati di omicidio colposo e lesioni colpose richiedono per essere integrati che concorrano i seguenti requisiti: a) violazione dell'obbligo cautelare; b) prevedibilità oggettiva e soggettiva; c) produzione dell'evento tipico di morte o lesioni in connessione causale con la condotta colposa realizzata¹⁵.

In giurisprudenza, è espressione della posizione maggioritaria la sentenza 15.4.2002 del *Tribunal Supremo*, che esige i requisiti seguenti: a) un'azione o un'omissione volontaria non dolosa; b) un elemento psicologico consistente nel potere o nella facoltà in capo all'agente di poter conoscere e prevenire il rischio o un pericolo suscettibile di causare il danno; c) un fattore normativo che consiste nell'infrazione dell'obbligo cautelare o nella violazione delle regole sociali stabilite per la protezione di beni di valore collettivo o individuale (creazione di un rischio prevedibile ed evitabile); d) causazione di un evento dannoso; e) un'adeguata relazione di causalità tra la condotta imprudente e inosservante la norma oggettiva di cautela, come origine e determinazione dell'evento lesivo sopravvenuto¹⁶.

L'esame di questi requisiti ci permette di valutare gli aspetti applicativi più polemici.

Inizio segnalandone uno assai evidente: la sua natura di norma penale in bianco. Bisogna segnalare che l'elenco delle fonti o delle norme sulla sicurezza nel lavoro rilevanti agli effetti di integrare le fattispecie di omicidio o lesioni colpose è più ampio di quello delle norme sulla sicurezza che si devono violare per integrare gli artt. 316 e 317 C.P.S. Ciò accade perché negli artt. 142 e 152 C.P.S., oltre alle norme legali e di regolamentarie di prevenzione dei rischi sul lavoro, sono

¹³ Rispetto alla relazione causale o imputazione oggettiva dell'evento, la dottrina maggioritaria ricorre ai criteri generali di attribuzione del risultato a una condotta colposa. Essi sono: a) "aumento del rischio permesso consentito", utile per risolvere casi di "decorsi causali ipotetici"; b) "il rischio implicito nella condotta colposa deve manifestarsi nell'evento", cioè, che questo si produca come conseguenza diretta di quel rischio e non per cause estranee al comportamento colposo, da utilizzarsi nei casi di decorsi causali irregolari" (per esempio, intervento colposo di un terzo; e, c) l'evento deve prodursi all'interno "dell'ambito di protezione della norma", cioè, nel seno dell'attività che la norma infranta dal comportamento colposo regola. In questo senso: F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 19ª ed., 2013, p. 39.

¹⁴ J. CÓRDOBA ROBA (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, Madrid, 2014, pp. 34-35.

¹⁵ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 19ª ed., 2013, p. 38.

¹⁶ Un'esposizione completa dell'evoluzione giurisprudenziale fino alle posizioni attualmente in voga è contenuta nella sentenza 18.4.2011 della *Audiencia Provincial* di Salamanca, sezione 1ª, n. 49; anche: sentenza 31.1.2012, *Audiencia Provincial* di Murcia, sezione 2ª, n. 49; sentenze 22.12.1984, 9.5.1988 e 14.2.1992 del *Tribunal Supremo*.

comprese anche altre regole di carattere socio-culturale, di esperienza e professionali (*lex artis*)¹⁷.

Quanto al nesso di causalità necessario tra la misura di sicurezza infranta e il risultato lesivo prodotto, vale la pena osservare alcuni casi concreti per analizzare il livello di rigore usato per valutarlo¹⁸. Così, per esempio, l'assenza di formazione del lavoratore deceduto o ferito non è stata dichiarata in relazione causa-effetto con la caduta da una scala a pioli dall'altezza di un metro, per cui il risultato lesivo non fu oggettivamente attribuito al responsabile per la sicurezza¹⁹. Si è rilevata l'interruzione del nesso causale, per esempio, anche nella rottura del motore di una bobina dovuta a una riparazione difettosa da parte di terzi estranei all'impresa, che, da parte sua, si rispettava il piano di prevenzione dei rischi sul lavoro, mentre l'obbligo di manutenzione e controllo ricadeva su impresa terza ed estranea al processo²⁰. Altri casi riconducibili all'interruzione del nesso eziologico sono, di solito, l'assenza di prove rispetto all'affidamento del lavoro o rispetto alla trasmissione di istruzioni concrete affinché il lavoratore realizzasse l'attività in cui è rimasto infortunato. In questi casi si procede all'assoluzione per il reato colposo di evento anche se può residuare spazio per una condanna per reato di pericolo²¹.

Un'esigenza fondamentale è la prevedibilità. Alcuni casi ne illustrano l'importanza. Così, il risultato di folgorazione era prevedibile in un'impresa che non aveva valutato il rischio di operare in spazi ristretti e umidi pur utilizzando strumentazioni elettriche²². In senso inverso, si è assolto per il reato di lesioni colpose perché l'evento non era prevedibile nemmeno da soggetti particolarmente attenti, come sono i periti, in quanto non esistevano norme che imponessero l'obbligo di proteggersi con degli occhiali svolgendo lavori comuni di limatura²³.

3.3. Gradi della colpa: grave, lieve e professionale

La dottrina spagnola tradizionalmente proponeva una distinzione tra "colpa cosciente o con rappresentazione" e "colpa incosciente o senza rappresentazione", ponendo attenzione al grado di prevedibilità soggettiva dell'evento da parte del suo autore. Per parte loro, i testi legali storici presentavano un sistema tripar-

¹⁷ Per esempio, sentenza 2.9.2011 *Audiencia Provincial* di Albacete, sezione 1^a, n. 246.

¹⁸ La dottrina generale è espressa nelle sentenze: 12.10.2003 del *Tribunal Supremo*, e 27.4.2012 della *Audiencia Provincial* di Barcellona, sezione 10^a, n. 305.

¹⁹ Così: sentenza 26.4.2011 *Audiencia Provincial* di Alicante sezione 3^a, n. 257; sentenza 31.5.2012 *Audiencia Provincial* di Madrid, sezione 3^a, n. 303.

²⁰ Sentenza 22.9.2011, *Audiencia Provincial* di Madrid, sezione 30^a, n. 304.

²¹ Sentenza 9.11.2011, *Audiencia Provincial* di Malaga, sezione 1^a, n. 680.

²² Sentenza 26.1.2011, *Audiencia Provincial* di Murcia, sezione 2^a, n. 37.

²³ Sentenza 2.9.2011, *Audiencia Provincial* di Albacete, sezione 1^a, n. 246.

tito che, presentato dalla maggiore scendendo fino alla minore gravità era il seguente: “colpa temeraria”; “colpa semplice con violazione di regolamenti”, e “colpa semplice senza violazione di regolamenti”. Il Codice penale del 1995 introdusse una considerevole semplificazione di queste categorie, optando per un modello duale, in cui si distingue soltanto tra “*imprudencia grave*” e “*imprudencia leve*”, cui si aggiunge una forma aggravata denominata “*imprudencia profesional*”²⁴. Questo è tuttora il modello vigente.

Ma giustamente qui si colloca uno degli aspetti più polemici in relazione all’omicidio e alle lesioni colpose. Infatti, se la colpa è giudicata grave verrà punita come delitto di omicidio *ex art.* 142 C.P.S. o delitto di lesioni *ex art.* 152 C.P.S. (delitto “meno grave” conformemente alla classificazione delle infrazioni in base alla loro gravità, *cfr.* art. 13 C.P.S.), mentre, se è dichiarata lieve, la colpa sarà sanzionata come contravvenzione di omicidio *ex art.* 621 co. II C.P.S. o contravvenzione di lesioni *ex art.* 621 co. I e III C.P.S. (infrazione “lieve” regolata nel Libro III C.P.S.). Questa diversa qualificazione della colpa determina quattro conseguenze importantissime: un procedimento penale differente; regole di perseguibilità differenti (reati pubblici perseguibili d’ufficio nel caso della colpa grave e reati semi-pubblici perseguibili soltanto a istanza di parte lesa nel caso della colpa lieve); una pena sensibilmente diversa (in sostanza: prigione per i delitti colposi in contrapposizione alla multa per le contravvenzioni imprudenti) e, infine, un’accesa discussione sulla necessità di intervenire penalmente nei casi di *culpa levisima*, che per molti dovrebbe essere campo esclusivo del diritto civile²⁵.

Ebbene, partendo da un’identità assoluta di evento (morte o lesioni), l’opzione tra una qualificazione della colpa come grave o lieve è trascendentale. Il criterio per distinguerle si mantiene ancorato ai vecchi approdi, cioè alla distinzione, in uso con il Codice previgente, tra “colpa temeraria” e “colpa semplice”, in virtù del fatto che la dottrina unanimemente intese che la colpa grave fosse equivalente alla previgente categoria della colpa temeraria, considerandola cioè una mera sostituzione terminologica. Pertanto, la linea interpretativa riposa nella maggiore o minore intensità della violazione del obbligo di cautela, confrontando le regole basilari di cautela o di diligenza esigibili in una determinata sfera di attività. Così, la colpa grave equivarrebbe all’obbligo di diligenza più elementare,

²⁴ Comprende le modalità aggravate di utilizzo di un veicolo a motore o di un ciclomotore e quella per l’uso di un’arma che si uniscono alla modalità della colpa professionale vera e propria (imperizia). In questi casi, alle pene rispettivamente previste per la colpa grave si aggiungono la perdita del diritto a guidare o a portare armi e l’inabilitazione speciale dalla professione. *Cfr.* C. GUIASOLA LERMA, *La imprudencia profesional*, Valencia, 2005.

²⁵ C. JUANATEY DORADO, in *Derecho penal. Parte Especial*, Vol. I (J. Boix Reig dir.), Madrid, 2010, pp. 23-24. Si tratta della direzione su cui si pone il Progetto di riforma del Codice penale attualmente in fase di discussione in Parlamento.

cioè, alla violazione di norme di cautela elementari ed esigibili a qualsiasi persona²⁶. D'altro lato, la colpa lieve assumerebbe come parametro la diligenza "dell'uomo medio" o, persino "del cittadino attento". Essa deriva dalla violazione di norme cautelari non elementari. In realtà, si utilizza come una specie di clausola residuale.

Di conseguenza, si può parlare di uno standard esterno (oggettivo) e di uno interno (soggettivo). Il primo, esterno-oggettivo, prende a riferimento della disattenzione il comportamento di un "uomo razionale" ed è determinante per misurare la gravità della colpa. Il secondo, interno-soggettivo, guarda alla valutazione della "buona fede" dell'accusato. È in questo piano soggettivo che continua ad operare la vecchia distinzione tra "colpa cosciente" e "colpa incosciente", utilizzata anche per distinguere la colpa dal dolo eventuale²⁷.

In questo senso, la giurisprudenza segnala che: «Le nuove categorie legali della colpa grave e della colpa lieve devono essere poste in relazione con l'entità della violazione dell'obbligo oggettivo di cautela che costituisce l'idea vertebrale del concetto di colpa, giacché la fattispecie colposa si struttura sull'elemento normativo della violazione di una norma cautelare; d'altra parte il testo vigente è privo di ogni riferimento alla violazione di regolamenti nella fissazione dei criteri legali della colpa, cosa che è stata salutata positivamente dalla dottrina nella misura in cui le previsioni contenute nei regolamenti possono non corrispondere «di per sé» alle norme cautelari come già era apparso evidente in giurisprudenza» (sentenza *Tribunal Supremo*, 10.10.1998 n. 1166).

In sintesi, il criterio giurisprudenziale per la determinazione della gravità della colpa si è trasformato nel corso del tempo. In una prima fase si nota un ampio fronte all'interno del quale individuarla e vengono utilizzati indistintamente diversi parametri: maggiore o minore cautela, prevedibilità dell'evento e livello di infrazione dell'obbligo di cautela. Successivamente si nota un maggior privilegio della prevedibilità dell'evento come canone differenziatore, permettendo di valutare una condotta di negligenza o di abbandono degli obblighi del soggetto come meritevole di uno speciale rimprovero (sentenza *Tribunal Supremo*, 4.7.2003). Ciononostante, parallelamente si osserva l'irruzione di altri criteri coadiuvanti, come la gerarchia del bene giuridico protetto (sentenza *Tribunal Supremo*, 30.6.2004) e soprattutto il crescente protagonismo dello standard della violazione dell'obbligo di cautela come nucleo della colpa, connesso allo sviluppo della società, alla qualità della vita e al lento aumento dei livelli di rischio tollerati, che inevitabilmente produce, come contropartita, una maggiore esigenza nell'adozione di una serie di misure tendenti a controllare le attività di rischio affinché non si su-

²⁶ In questo senso le sentenze 18.1.1999, 6.7.2000 e 27.2.2001 del *Tribunal Supremo*.

²⁷ J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, in *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. (Vives/Orts/Carbonell/G.Cussac/Martínez-Buján), Valencia, 2010, pp. 57-59.

peri l'imprescindibile (sentenze *Tribunal Supremo*, 8.5.2001 e 5.9.2001).

Pertanto, è scorretto collegare la colpa grave con la colpa cosciente e la colpa lieve con quella incosciente, poiché rispondono a criteri e si collocano su piani differenti. Ne consegue, malgrado alcune pronunce giurisprudenziali cadano in errore, che è possibile qualificare una colpa grave tanto "con rappresentazione" (cosciente) come "senza rappresentazione" (incosciente)²⁸.

È importante rimarcare che la legge non contiene più alcun riferimento al parametro della violazione dei regolamenti. A giudizio della dottrina quest'opzione è corretta, posto che i regolamenti non possono identificarsi automaticamente con le norme cautelari, cioè, non forniscono criteri normativo-materiali sull'entità del rischio generato. Ne consegue che non offrono una base solida e sufficiente per formulare, *ex ante*, il giudizio di prevedibilità sul risultato lesivo. L'assenza di questo riferimento legale impedisce perciò applicazioni esclusivamente formali della colpa grave²⁹.

In questo modo la differenza tra un grado e l'altro della colpa non può riposare esclusivamente su un mero calcolo probabilistico. La distinzione deve basarsi su un giudizio valoriale, che prende in considerazione il rango della norma cautelare violata, il grado di evitabilità e la gravità della violazione.

La gravità della colpa guarda all'intensità delle violazioni in materia di sicurezza, alla valutazione sociale del rischio e alla pericolosità della condotta, alla probabilità della lesione al bene giuridico e alla gerarchia di quest'ultimo³⁰. Per questo non è determinante, di per sé solo, il rispetto o la violazione della normativa sul lavoro³¹.

Alcuni casi concreti contribuiscono a una migliore comprensione dei criteri applicativi seguiti dalla giurisprudenza. Così, l'inesistenza di qualsiasi tipo di formazione sui rischi nel lavoro, non mettere a disposizione i mezzi per la sicurezza individuale richiesti, impiegare la vittima senza contratto di lavoro e senza affiliazione ai servizi sociali, permettere che malgrado tutte queste deficienze il lavoratore continui a svolgere mansioni rischiose consistenti nella rimozione di vetri di grandi dimensioni e, in generale, quando l'assenza di misure di sicurezza è percepibile anche da soggetti inesperti³².

²⁸ F. MORALES PRATS, in *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. G. Quintero Olivares e coord. F. Morales Prats), Pamplona, 6ª ed., Tomo I, 2011, p. 72.

²⁹ F. MORALES PRATS, in *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. G. Quintero Olivares e coord. F. Morales Prats), Pamplona, 6ª ed., Tomo I, 2011, p. 73.

³⁰ Sentenza 18.6.2012, *Audiencia Provincial* di La Coruña, sezione 1ª, n. 320.

³¹ Sentenza 28.5.2012, *Audiencia Provincial* di Cadice, sezione 1ª, n. 58.

³² Sentenza 12.1.2011, *Audiencia Provincial* di Palma di Maiorca, sezione 2ª, n. 3. Molto simile: Sentenza 10.3.2011, *Audiencia Provincial* di Barcellona, sezione 8ª, n. 200 e Sentenza 29.5.2012, *Audiencia Provincial* di Palencia, sezione 1ª, n. 41, in relazione alla percezione da parte di soggetti non esperti. Rispetto a un caso in cui non si osservarono le più elementari norme cautelari: Sentenza 16.7.2012, *Audiencia Provincial* di Baleari, sezione 1ª, n. 191 o non fu adottata

Un presupposto fattuale particolare è costituito dai casi in cui chi svolge il lavoro è un minorenne. La giurisprudenza ha qualificato come imprudenza grave anche casi nei quali strumenti e luoghi di lavoro erano in perfetto stato, argomentando che il minore non aveva ricevuto formazione adeguata, non era abbastanza controllato e, in ogni caso, non è legalmente ammesso l'utilizzo di certi macchinari da parte dei minorenni, né tantomeno che vi lavorino³³.

Il grado lieve della colpa si deduce dal fatto che siano state rispettate le più elementari norme di sicurezza, guardando al livello della violazione dell'obbligo di cautela³⁴. Si afferma, tuttavia, come regola generale, che il principio di affidamento in materia di sicurezza sul lavoro è invertito e vige al suo posto il "principio di sfiducia"³⁵. Per esempio, nel caso di un'avarìa mai manifestatasi fino ad allora che i lavoratori, assai esperti, non si opposero in alcun modo a cercare di risolvere secondo il metodo poi scelto³⁶. Allo stesso modo si ritenne colpa lieve la semplice mancanza di controllo, posto che questa non può assimilarsi a un'assoluta mancanza della diligenza dovuta³⁷. Sulla base dello stesso principio, fu ritenuta lieve la colpa dell'imprenditore che aveva affidato all'esterno la realizzazione del piano di prevenzione, che si è rivelato in seguito contenere omissioni³⁸ come nel caso in cui, malgrado la presenza di misure di sicurezza collettive ed individuali, l'insufficienza di una di esse rese possibile l'incidente³⁹. Altro caso: la negligenza in cui incorse il coordinatore della sicurezza non derivava dalla violazione di un obbligo legale (recarsi tutti i giorni al cantiere)⁴⁰.

Quanto, poi, alla c.d. colpa professionale, la giurisprudenza ricorre alla tradizionale distinzione tra la "colpa professionale" e la "colpa del professionista". Quest'ultima consiste in un'interpretazione restrittiva della prima, ed escludente rispetto ad essa come modalità aggravata, che si dà, invece, quando la violazione dell'obbligo di cautela si produce rispetto alle norme proprie dell'esercizio della professione, specificamente considerata "*lex artis*"⁴¹. In altre parole, solo la colpa professionale in senso stretto si concreta in una violazione degli obblighi tecnici

alcuna misura di sicurezza per evitare le cadute: Sentenza 13.7.2012, *Audiencia Provincial* di Cáceres, sezione 2ª, n. 301.

³³ Sentenza 27.9.2011, *Audiencia Provincial* di Valladolid, sezione 4ª, n. 372.

³⁴ Sentenza 14.6.2011, *Audiencia Provincial* di Málaga, sezione 1ª, n. 399.

³⁵ Sentenza 2.1.2012, *Audiencia Provincial* di Murcia, sezione 5ª, n. 1. È ritenuta lieve la colpa, tra altre ragioni, per la catena di deleghe su altri responsabili e lavoratori, per il fatto che l'accusato non ha partecipato alla fase iniziale del montaggio e per la sua alta qualifica ed esperienza.

³⁶ Sentenza 30.11.2011, *Audiencia Provincial* di Soria, sezione 1ª, n. 78.

³⁷ Sentenza 2.11.2011, *Audiencia Provincial* di Saragozza, sezione 6ª, n. 383.

³⁸ Sentenza 20.6.2012, *Audiencia Provincial* di Jaén, sezione 2ª, n. 90.

³⁹ Sentenza 6.2.2012, *Audiencia Provincial* delle Asturie, sezione 2ª, n. 90.

⁴⁰ Sentenza 10.4.2012, *Audiencia Provincial* di Murcia, sezione 5ª, n. 87.

⁴¹ Sentenze 25.5.1999 e 5.9.2001 del *Tribunal Supremo*.

propri della professione per evidente imperizia⁴². Così, per esempio, non si condannò in base alla modalità aggravata un architetto e direttore della sicurezza, che aveva mancato di vigilare sui comportamenti del lavoratore, posto che quell'omissione non riguardava le conoscenze tecniche specifiche della sua professione⁴³.

In sintesi, la regolamentazione legale spagnola della colpa, si caratterizza positivamente per il ricorso alla tecnica del *numerus clausus* per la sua incriminazione. Assai negativo, invece, è aver costruito un regime giuridico, sostanziale e processuale, molto diverso solo sulla base della debole e lassa differenza tra colpa grave e lieve.

Le due categorie, infatti, non trovano precise definizioni nella normativa e sono lasciate completamente alla valutazione della giurisprudenza. Ciò è allarmante nell'ottica del rispetto del contenuto essenziale del principio di legalità e del principio costituzionale del "giudice naturale predeterminato dalla legge": non si soddisfa né il canone della riserva di legge (garanzia formale) né, nel modo più assoluto, quello della tassatività (garanzia sostanziale). Infatti, né il tipo di processo, né la competenza del giudice, né la tipicità e nemmeno la sanzione applicabile sono prevedibili dal cittadino non essendo chiaramente descritte nella legge, ma dipendendo, caso per caso, dalla decisione discrezionale del giudice.

4. *Questioni problematiche*

Nell'applicazione pratica di queste norme, in ambito lavorativo, la giurisprudenza non si è mai seriamente soffermata nell'analisi della distinzione tra dolo eventuale e colpa grave, dando spazio sempre e soltanto a quest'ultima categoria.

Altri sono i temi dibattuti nella giurisprudenza spagnola, tra essi:

4.1. *Concorso tra reati di pericolo e di evento*

Si è già segnalata nel paragrafo 2 l'esistenza di un dibattito sulla soluzione concorsuale che deve darsi nelle ipotesi in cui si verificano tanto i reati di pericolo degli artt. 316 e 317 quanto quelli di evento degli artt. 142 e 152; ai casi, cioè, in cui oltre a manifestarsi un rischio concreto, si produce un evento di morte o lesioni colpose.

I reati di evento commessi con colpa proteggono – nell'opinione comune – beni individuali come la vita, la salute e l'integrità fisica delle persone. Riguardo ai reati di pericolo, si discute se tutelino interessi collettivi o sopra-individuali oppure, a loro volta, quegli stessi beni personali. La questione riguarda i casi in cui l'omicidio o le lesioni colpose avvengono come conseguenza dell'omissione del rispetto della normativa della prevenzione sul lavoro.

⁴² Sentenza 18.6.2012, *Audiencia Provincial* di La Coruña, sezione 1ª, n. 320.

⁴³ Sentenza 30.11.2011, *Audiencia Provincial* di Girona, sezione 3ª, n. 590.

La soluzione si sostanzia nel differenziare tra due casi possibili. Nel primo, l'evento lesivo di morte o lesioni colpose prodotte come conseguenza dell'omissione delle norme di prevenzione sul lavoro ricade sull'unico lavoratore esposto al rischio. Nel secondo, allo stesso rischio sono esposti una pluralità di lavoratori, ma solo uno di essi muore o rimane ferito.

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie ritengono che, nella seconda ipotesi, vi sia un concorso ideale di reati (unità del fatto e pluralità di infrazioni) da risolvere in base alle regole dell'art. 77 C.P.S (aumento della pena concreta per il reato più grave)⁴⁴. Ciò viene giustificato argomentando che l'omicidio o le lesioni colpose non assorbono il disvalore di pericolosità generato e sopportato dagli altri lavoratori sopravvissuti o illesi⁴⁵. Si potrebbe dire che, in questi casi, l'evento prodotto costituisce solamente uno dei possibili risultati della condotta del responsabile che ha omesso di fornire i mezzi per la sicurezza. In altri termini, gli eventi lesivi non esauriscono i possibili risultati creati dalla situazione di rischio.

Al contrario, nella prima ipotesi, domina la soluzione del concorso apparente di norme. Si ricorre in questi casi alla regola della consunzione (art. 8 C.P.S.), in base alla quale le fattispecie di lesioni, più gravi, prevalgono su quelle di pericolo, assorbendone la valutazione giuridica ed escludendo una applicazione autonoma. Si tratta di una manifestazione logica della progressione delittiva.

La giurisprudenza ha proposto, per i casi in cui assieme a un reato di pericolo contro la sicurezza nel lavoro si verificavano morti o lesioni, fino a quattro diverse soluzioni, anche se le prime due solo eccezionalmente, mentre il cuore del dibattito ha riguardato le ultime due tesi⁴⁶:

a) considerare soltanto un omicidio o le lesioni colpose senza alcun riferimento al problema del concorso⁴⁷;

b) concorso materiale di reati (art. 76 C.P.S.);

c) concorso apparente di norme tra entrambi i precetti, da risolversi a favore dell'omicidio colposo in base al principio di consunzione (art. 8 C.P.S.): il reato più grave assorbirà la pena del reato di pericolo, salvo che la pena prevista per quest'ultimo sia più grave, nel qual caso dovrà essere comminata anche quella⁴⁸. Questa è la regola generale quando la violazione della norma sul lavoro abbia colpito soltanto il lavoratore che, inoltre, è morto o è rimasto ferito⁴⁹. Si arriva a

⁴⁴ Così in giurisprudenza a partire dall'importante sentenza 14.7.1999 del *Tribunal Supremo*.

⁴⁵ C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, 2013, p. 375. Al contrario, un settore minoritario della dottrina sostiene che tutti i casi debbano essere risolti ricorrendo al concorso apparente di norme.

⁴⁶ Cfr. M. CORCOY BIDASOLO, S. MIR PUIG (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 2011, pp. 330-331.

⁴⁷ Sentenza 29.12.1998 del *Tribunal Supremo*.

⁴⁸ Sentenza 15.5.2012, *Audiencia Provincial* di Barcellona, sezione 5^a, n. 461.

⁴⁹ Sentenza 16.7.2012, *Audiencia Provincial* delle Baleari, sezione 1^a, n. 191.

questa soluzione per più ragioni. Una, conforme al principio accusatorio, se non sono indicate nell'atto d'accusa o nella sentenza di prima istanza altre persone esposte al pericolo⁵⁰, un'altra perché non si può "presumere" che il pericolo specifico si estenda ad altri lavoratori, chiedendosi prova della situazione di rischio concreto sofferto da altri soggetti⁵¹;

d) Concorso formale di reati (art. 77 C.P.S.)⁵². Sempre che si dimostri l'esposizione al pericolo di lavoratori diversi da chi è morto o è rimasto ferito, essendo sufficiente che almeno il rischio concreto riguardi un altro lavoratore⁵³.

Altra variabile fattuale importante in questo problema è l'estensione del pericolo ad altre persone estranee al rapporto di lavoro. Questa tipologia di casi comprende quelli in cui il pericolo tocca lavoratori differenti da quelli che svolgono l'attività lavorativa regolata o che abbiano terminato il loro rapporto di lavoro (per esempio si recano sul posto di lavoro per riscuotere emolumenti pendenti).

Particolarmente complessa, poi, è l'individuazione dei limiti, l'estensione e l'individualizzazione della responsabilità penale nell'ambito delle imprese complesse, dei gruppi di imprese, delle unioni temporanee di imprese e nelle subappaltatrici. La soluzione pratica finora raggiunta è stata assai grezza, nel senso che la giurisprudenza ha stimolato il ricorso al processo contro tutti coloro che fossero formalmente responsabili, salvo poi, nel corso del giudizio, privilegiare aspetti materiali per l'individualizzazione. In ogni caso, una attenta esegesi giurisprudenziale ha dichiarato la responsabilità colposa dell'imprenditore, sebbene questo abbia designato incaricati specifici in materia di sicurezza. Ma c'è dell'altro, perché si afferma che questa circostanza non può nemmeno incidere sul fatto di ritenere grave la colpa, posto che il rispetto degli standard normativi di sicurezza e igiene sul lavoro è una sua funzione specifica⁵⁴.

Questa tendenza verso la ricerca delle persone formalmente e materialmente responsabili di vigilare sulla sicurezza sul lavoro probabilmente si è vista favorita da vari fattori. Uno, senza dubbio, consiste nelle critiche alla distorsione processuale generata dalle imputazioni generalizzate a tutta la struttura societaria. Il secondo riguarda il perfezionamento dei meccanismi tendenti alla certezza dei pagamenti

⁵⁰ Si veda: Sentenza 17.2.2011, *Audiencia Provincial* di Madrid, sezione 16^a, n. 65.

⁵¹ Sentenza 17.6.2012, *Audiencia Provincial* di Valladolid, sezione 2^a, n. 208; Sentenza 4.12.2012, *Audiencia Provincial* di Madrid, sezione 30^a, n. 544.

⁵² Si tratta della linea attualmente maggioritaria: Sentenza 15.2.2012, *Audiencia Provincial* di Malaga sezione 1^a, n. 133; Sentenza 30.6.2011, *Audiencia Provincial* di Madrid, sezione 30^a, n. 298; Sentenza 22.9.2011, *Audiencia Provincial* di Valencia, sezione 2^a, n. 654; Sentenza 7.6.2011, *Audiencia Provincial* di Alicante, sezione 3^a, n. 343; Sentenza 29.11.2012, *Audiencia Provincial* delle Baleari, sezione 1^a, n. 364; Sentenza 20.2.2012, *Audiencia Provincial* di Murcia, sezione 3^a, n. 47; Sentenza 13.3.2012, *Audiencia Provincial* di Barcellona, sezione 2^a, n. 265.

⁵³ Sentenza 6.9.2012, *Audiencia Provincial* di Valladolid, sezione 4^a, n. 351.

⁵⁴ Sentenza 20.2.2012, *Audiencia Provincial* di Murcia, sezione 3^a, n. 47.

degli indennizzi civili. Un terzo attiene alle novità introdotte all'interno delle organizzazioni delle imprese, tendenti a stabilire nitidamente le competenze e le funzioni in questo ambito. Infine, forse, grazie alla progressiva introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche, prima – con il Codice penale del 1995 – prevedendo “misure accessorie” e recentemente, con il nuovo art. 31 *bis* nel 2010, con la vera e propria imposizione della responsabilità penale in capo all'impresa.

4.2. *Autoesposizione al pericolo da parte della vittima*

Ulteriore problema si genera nei casi in cui la condotta colposa della vittima abbia influito sull'evento. Si tratta di situazioni in cui l'evento lesivo si produce perché la stessa vittima si è esposta al pericolo.

Le soluzioni della giurisprudenza sono state varie. Una qualifica la colpa come lieve⁵⁵. La seconda, diminuisce sensibilmente l'entità della responsabilità civile⁵⁶. La terza, minoritaria, esclude la responsabilità penale dell'autore⁵⁷.

In questo contesto va chiarito il diverso trattamento nella sfera dei reati d'evento e in quella dei reati di pericolo. Riguardo a questi ultimi, troviamo una solida linea giurisprudenziale che dichiara che la possibile negligenza della vittima non ha alcun effetto trattandosi di reati di pericolo⁵⁸. Si afferma anche che non ha peso alcuno il concorso di colpa da parte del lavoratore e che altrettanto irrilevante è il suo consenso nell'esplicita accettazione del rischio o di un lavoro per il quale non possiede la qualifica necessaria⁵⁹.

Ciononostante, in altre pronunce relative a reati colposi con risultato di morte o lesioni, si sostiene che la partecipazione del lavoratore nell'incidente può e deve essere tenuta in considerazione per ridurre il valore del risultato tipico (da delitto a contravvenzione), ma nel modo più assoluto non per diminuire la gravità del mancato rispetto delle misure di sicurezza⁶⁰.

La giurisprudenza non dà credito alla possibilità che il lavoratore con il suo agire compensi la responsabilità dell'imprenditore eliminando, cioè, la sua colpa, in presenza dei presupposti seguenti: quando il lavoratore agisce eseguendo gli

⁵⁵ Sentenza 23.5.2012, *Audiencia Provincial* di Palma di Maiorca, sezione 2^a, n. 121.

⁵⁶ Sentenza 30.11.2011, *Audiencia Provincial* di Girona, sezione 3^a, n. 590.

⁵⁷ C. JUANATEY DORADO, in *Derecho penal. Parte Especial*, Vol. I (J. Boix Reig dir.), Madrid, 2010, p. 24.

⁵⁸ Sentenza 14.3.2011, *Audiencia Provincial* di Barcellona, sezione 6^a, n. 226; Sentenza 29.9.2011, *Audiencia Provincial* di Palencia, sezione 1^a, n. 51.

⁵⁹ Sentenza 18.5.2011, *Audiencia Provincial* di Saragozza, sezione 6^a, n. 181; Sentenza 18.10.2012, *Audiencia Provincial* di Madrid, sezione 17^a, n. 1349.

⁶⁰ Sentenza 3.3.2011, *Audiencia Provincial* delle Baleari, sezione 2^a, n. 47. Malgrado il lavoratore abbia commesso una disattenzione e fosse l'unico a conoscere un'avaria del macchinario, è certo che non esistevano le misure di sicurezza normativamente richieste.

ordini dell'imprenditore o realizzando attività dirette dal direttore dei lavori⁶¹; quando il datore di lavoro, pur conoscendo la condotta disattenta del lavoratore, lo conferma nel suo posto di lavoro senza dotarlo della formazione sufficiente e delle misure di sicurezza adeguate⁶²; quando l'autoesposizione al pericolo si risolve in una pratica quotidiana con cui si esercita l'attività⁶³; quando il responsabile non si trovava nel luogo di lavoro nel momento dell'incidente e non aveva assegnato a nessun altro soggetto competente la corrispondente vigilanza⁶⁴. I giudici, inoltre, proclamano generalmente l'irrelevanza e l'inefficacia del consenso espresso del lavoratore, trattandosi di diritti indisponibili, incluso di fronte alla loro imperizia (principio della necessità di proteggere il lavoratore dalla sua imprudenza professionale)⁶⁵. Allo stesso modo, i tribunali hanno rifiutato di eliminare o attenuare la colpa dell'imprenditore solo sulla base del tasso alcolico riscontrato nel sangue del lavoratore, poiché ciò non evidenzia sufficientemente una notevole diminuzione delle sue capacità psicofisiche⁶⁶. In definitiva, per la giurisprudenza non è decisiva la colpa del lavoratore, ma il fatto che i datori di lavoro, essendone consapevoli, non impongano le misure di sicurezza necessarie o non offrano la formazione o le informazioni pertinenti⁶⁷.

Tuttavia, una corrente giurisprudenziale apre il cammino della rilevanza del comportamento della vittima pur richiedendo determinati presupposti. Gli elementi da considerare per determinare l'efficacia della condotta negligente del lavoratore sarebbero due: la conoscenza che costui aveva del rischio e il grado di libertà che possiede per potersi rifiutare di realizzare il compito richiesto⁶⁸.

In questa linea si pongono alcune pronunce che, oltre ad ammetterne l'efficacia per modulare la quantità di responsabilità civile, accettano una rilevanza penale nel caso in cui le contribuzioni causali fossero equiparabili.

Si giunge ad ammettere la possibilità di eliminare la responsabilità dell'imprenditore se il contributo causale della vittima fu maggiore al punto da considerare irrilevante quella del datore di lavoro. Come si può osservare, qui si

⁶¹ Sentenza 1.3.2011, *Audiencia Provincial* di Badajoz, sezione 3^a, n. 36; Sentenza 14.10.2011, *Audiencia Provincial* di Leon, sezione 3^a, n. 236.

⁶² Sentenza 27.5.2011, *Audiencia Provincial* di Valencia, sezione 4^a, n. 405; Sentenza 22.9.2011, *Audiencia Provincial* di Valencia, sezione 2^a, n. 654; Sentenza 7.6.2011, *Audiencia Provincial* di Alicante, sezione 10^a, n. 203.

⁶³ Sentenza 18.5.2011, *Audiencia Provincial* di Las Palmas, sezione 6^a, n. 111.

⁶⁴ Sentenza 23.11.2011, *Audiencia Provincial* di Saragozza, sezione 3^a, n. 258.

⁶⁵ Sentenza 17.6.2011, *Audiencia Provincial* di Valladolid, sezione 2^a, n. 208; Sentenza 9.12.2011, *Audiencia Provincial* di La Coruña, sezione 2^a, n. 442; Sentenze 21.2.1979, 22.12.2001 e 18.3.2002 del *Tribunal Supremo*.

⁶⁶ Sentenza 11.3.2011, *Audiencia Provincial* di Cadice, sezione 4^a, n. 102.

⁶⁷ Sentenza 21.12.2011, *Audiencia Provincial* di Siviglia, sezione 3^a, n. 630.

⁶⁸ Sentenza 2.11.2011, *Audiencia Provincial* delle Baleari, sezione 1^a, n. 330.

agirebbe con il criterio della misura delle due condotte rispetto al rispettivo apporto causale⁶⁹.

Così, è stata dichiarata la colpa esclusiva del lavoratore, esonerando da responsabilità penale il datore di lavoro, se la mansione svolta dalla vittima era estranea alla sua attività lavorativa⁷⁰. Anche nel caso in cui la situazione di rischio era imprevedibile per il soggetto legalmente obbligato e unicamente riconducibile ai lavoratori o quando il lavoratore non prestò attenzione al divieto di entrare all'interno dell'edificio in costruzione⁷¹.

Una variabile dell'autoesposizione al pericolo da parte della vittima si dà quando si vede obbligata ad agire per evitare un delitto grave. Qui si è soliti attribuire piena responsabilità a chi creò illecitamente la situazione di rischio, con la sola eccezione determinabile da una reazione della vittima sproporzionata o non necessaria⁷².

Infine, è pacifico che la qualificazione della colpa come grave non è incompatibile con la colpa concorrente della vittima, poiché in nessun caso si accetta in ambito penale il principio di compensazione delle colpe operante in materia civile. Infatti, non si deve confondere la "compensazione", con un concorso di vari comportamenti, cosa che senza dubbio rileva per stabilire la gravità della colpa⁷³.

4.3. Unica condotta colposa con causazione di molteplici risultati lesivi

La realizzazione di un'unica condotta colposa che produce varie morti integrerà un concorso di infrazioni, in cui si condannerà per tanti omicidi colposi in base a quanti risultati di morte si accertino. Stessa soluzione si dà per il caso in cui un'unica azione provochi molteplici risultati lesivi. In questi casi, dottrina e giurisprudenza maggioritarie ritengono si tratti di un concorso ideale di reati (art. 77 C.P.S.)⁷⁴.

La giustificazione di questa soluzione riposa nel considerare una coincidenza della prospettiva fattuale e giuridica, giacché si tratta di una sola condotta e di un unico rischio tipico, causato come conseguenza dell'infrazione di un solo dovere di cautela, indipendentemente dalla produzione di una pluralità di morti.

⁶⁹ Sentenza 18.03.2002, *Audiencia Provincial* di Jaén, sezione 3ª, n. 213.

⁷⁰ Sentenza 15.9.2011, *Audiencia Provincial* di Burgos, sezione 1ª, n. 275.

⁷¹ Sentenza 31.5.2011, *Audiencia Provincial* di Valencia, sezione 4ª, n. 407. Per esempio, utilizzando un macchinario usato raramente in modo assolutamente irregolare e senza informare il datore di lavoro: Sentenza 29.12.2011, *Audiencia Provincial* di Madrid, sezione 3ª, n. 589; Sentenza 3.7.2012, *Audiencia Provincial* di Madrid, sezione 6ª, n. 293.

⁷² F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 19ª ed., 2013, p. 40; cfr. le sentenze 26.2.2000 e 6.5.2009 del *Tribunal Supremo*.

⁷³ J. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia, 2002, p. 46.

⁷⁴ In questo senso: M. CORCOY BIDASOLO, S. MIR PUIG, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 2011, p. 329.

DARIO MICHELETTI

LA RESPONSABILITÀ ESCLUSIVA DEL LAVORATORE
PER IL PROPRIO INFORTUNIO
STUDIO SULLA TIPICITÀ PASSIVA NEL REATO COLPOSO

SOMMARIO: 1. La sovversione del principio di sussidiarietà nell'accertamento della responsabilità penale per l'infornio del lavoratore imprudente. – 2. Le ragioni di oscuramento del ruolo della vittima nel diritto penale. – 2.1. La vittima inghiottita dal bene giuridico. – 2.2. La mancata elaborazione di una "tipicità passiva" nella cultura penalistica. – 3. La valorizzazione del comportamento della vittima nel diritto del lavoro. – 3.1. La colpa grave del lavoratore nel sistema dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni. – 3.2. La maggiore selettività della responsabilità contrattuale derivante dall'art. 2087 c.c. – 3.3. Il "rischio elettivo" quale causa di esclusione della "occasione di lavoro". – 4. *L'interpretatio abrogans* dell'art. 41, comma 2, c.p. quale mero riflesso dell'assenza di colpa del garante. – 5. Le carenze del giudizio di prevedibilità quale criterio di riconoscimento del comportamento abnorme del lavoratore. – 5.1. L'oscuramento del ruolo della vittima mediante l'eliminazione dell'*Anlass*. – 5.2. L'oscuramento del ruolo della vittima tramite la manipolazione dell'evento. – 6. Premessa a una più selettiva impostazione diagnostica. – 6.1. La tipicità passiva nella colpa relazionale. – 6.2. Il criterio della competenza. – 6.3. L'imprudenza della vittima quale fattore di atipicità dell'evento.

1. *La sovversione del principio di sussidiarietà nell'accertamento della responsabilità penale per l'infornio del lavoratore imprudente*

Oltre a una valenza teorica, il principio di sussidiarietà penale dovrebbe comportare, a rigore, anche ricadute di carattere applicativo. Ostacolando la punizione di un fatto considerato lecito da altri rami dell'ordinamento, questo principio non innesca infatti solo un rapporto di continenza tra norme penali e convergenti norme sanzionatorie di natura amministrativa o civilistica¹. La sussidiarietà funge anche da canone ermeneutico, inducendo a un'interpretazione restrittiva dell'area di rilevanza penale così da evitare che essa smentisca valutazioni di non illiceità espresse da altri rami dell'ordinamento sulla stessa fattispecie concreta². Non sarebbero esclusi da questa "buona regola interpretativa" neppure i reati

¹ Cfr., fra i primi, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT, Karlsruhe, 1954, 21 ss. *Amplius* di recente G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss.

² *Amplius* su tale canone ermeneutico GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*, Torino, 2004, 46 ss.

causalmente orientati, applicando i quali il giudice penale dovrebbe calibrare i singoli passaggi del giudizio d'ascrizione (la posizione di garanzia, la causalità, la colpa) in modo tale che essi non oltrepassino le soluzioni seguite in sede civile o amministrativa per interpretare i medesimi elementi.

Questo a livello teorico. Nella realtà non mancano invece singolari asimmetrie.

Per rendersene conto è sufficiente confrontare la giurisprudenza penale e quella civile sulla sicurezza del lavoro, soprattutto con riguardo al fenomeno, d'interesse comune, dell'infortunio occasionato dalla negligenza della vittima. Mettendole a raffronto non può sfuggire la tendenziale inversione del principio di sussidiarietà penale innescata dall'utilizzo in ambito giuslavoristico di criteri più selettivi di quelli impiegati dal c.d. diritto penale vivente. Il riferimento va, in particolare, al concetto di "*rischio elettivo*" del soggetto infortunatosi, da tempo radicatosi nella giurisprudenza civile quale limite dell'obbligo di sicurezza previsto dall'art. 2087 c.c. (v. *infra* § 3.3), ed invece completamente ignorato dalla giurisprudenza penale, tuttora preda dell'imbarazzante vacuità dell'art. 41, comma 2, c.p. (v. *infra* § 4).

È solo una delle ragioni per cui, nel caso d'imprudenza del lavoratore infortunatosi, varie siano le pronunce civili che esentano da ogni responsabilità il datore di lavoro, laddove la stessa evenienza induce assai di rado a un'assoluzione penale: vuoi perché una qualche carenza organizzativa è sempre rinvenibile nella sequenza causativa dell'infortunio e, secondo un tralatizio orientamento, chi si trova in colpa non potrebbe invocare l'affidamento sulla diligenza altrui, tanto meno se della vittima³; vuoi perché la negligenza del lavoratore tende ad essere vista come la prova *in re ipsa* di una carenza informativa e formativa imputabile allo stesso datore di lavoro⁴; vuoi perché si può sempre addebitare al garante di non avere controllato affinché i lavoratori non incorressero in leggerezze⁵. In mancanza d'altro, perché «*il datore di lavoro è garante anche della correttezza dell'agire del lavoratore*»⁶ e tanto basta per renderlo comunque responsabile dell'infortunio.

L'esito del confronto, qualunque sia il supporto argomentativo, scade nel paradossale. Il diritto penale, che per imperativo costituzionale dovrebbe fare della colpevolezza il proprio crisma, pare incorrere in una responsabilità da posizione contrastante con l'art. 27 Cost. Il diritto del lavoro, connaturalmente vocato alla salvaguarda degli interessi della parte debole dal rapporto – *in primis* la sicurezza – avverte invece la necessità di ritagliare una zona di autoresponsabilizzazione del soggetto infortunatosi, nella consapevolezza che ciò risponda, oltreché a esigenze

³ Così fra le tante Cass. pen., sez. IV, 14.3.2012, n. 16890, in *CED* rv. 252544.

⁴ V. per esempio Cass. pen., sez. IV, 29.11.2011, n. 11112, in *CED* rv. 252729, che in ragione di tale supposta carenza ha ribaltato una (ben più condivisibile) duplice assoluzione di merito.

⁵ Cfr. fra le più eloquenti Cass. pen., sez. IV, 3.10.1990, n. 16380, in *CED* rv. 185986.

⁶ Così Cass. pen., sez. IV, 24.9.2009, n. 37467, in *olympus.uniurb.it*.

di giustizia, alla necessità di scongiurare forme di responsabilità oggettiva (v. *infra* § 3 ss.).

Non è questo, peraltro, un fenomeno isolato. La stessa inversione si registra in tutti i contesti nei quali ci si trovi a dover valutare l'incidenza del comportamento della vittima sulla responsabilità altrui. Prova ne è l'esistenza di sentenze palesemente contrastanti, perché di carattere liberatorio in sede civile e di colpevolezza in sede penale, riguardati fattispecie sostanzialmente identiche. Emblematiche al riguardo sono due coeve pronunce della Cassazione, l'una della Sezione penale, l'altra della Sezione civile, relative al caso di un infervorato giocatore di calcetto feritosi per avere impattato contro un oggetto posto ai bordi del campo. Ebbene: nel valutare due fatti sostanzialmente identici occasionati dal furore agonistico della vittima, la Cassazione penale non ha esitato – malgrado la duplice conforme assoluzione di merito – nel chiamare a rispondere dell'infortunio il custode del campo, senza mancare peraltro di invocare a sostegno della propria tesi il tenore degli artt. 2050 e 2051 c.c.⁷. Di contro la Cassazione civile ha confermato la pronuncia assolutoria dei giudici di merito, stabilendo che «*la responsabilità del custode, di cui all'art. 2051 c.c., è esclusa in presenza di una scelta consapevole del danneggiato (c.d. rischio elettivo), il quale, pur potendo avvedersi con l'ordinaria diligenza della pericolosità della cosa, accetti di utilizzarla ugualmente*»⁸.

Forse taluni penalisti, cresciuti al dogma dei “beni personali indisponibili” – un autentico ossimoro coniato da una cultura penale odiosamente paternalistica⁹ – con conseguente inoperatività dell'art. 50 c.p. nelle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p.¹⁰, non condideranno il principio enucleato in quest'ultima massima (viceversa ineccepibile). Quel che è certo è che tali esempi, unitamente ai molti altri sui quali ci si soffermerà, dovrebbero fugare ogni preliminare sospetto di eversività della premessa di questo studio secondo la quale, nell'accertamento della responsabilità colposa per eventi concausati dalla negligenza della vittima, si assiste a una tendenziale sovversione del principio di sussidiarietà penale.

2. Le ragioni di oscuramento del ruolo della vittima nel diritto penale

Molteplici sono le cause della singolare discrasia esistente tra il diritto del la-

⁷ Così Cass. pen., sez. IV, 20.9.2011, n. 18798, in *CED* rv. 253918.

⁸ Cass. civ., sez. III, 31.7.2012, n. 13681, in *CED* rv. 623597, con nota di BENEDETTI, *Infortunio durante una partita di calcetto e responsabilità del custode della struttura sportiva*, in *Danno e resp.*, 2013, 717 ss.

⁹ In argomento, da ultimo SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, spec. 1235 ss.

¹⁰ V. per tutti ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, 1995, 93 ss.

voro e il diritto penale nella valutazione dell'infortunio del lavoratore negligente. Fattori strutturali e inclinazioni teoriche che condizionano il modo in cui il giudice si approccia al medesimo fatto concreto nei due contesti.

2.1. *La vittima inghiottita dal bene giuridico*

Tra tutti, l'elemento che più ha determinato l'oscuramento del ruolo della vittima nel diritto penale è rappresentato dal carattere pubblicistico che contraddistingue lo *ius puniendi* negli Stati moderni¹¹. Oltre ad avere influito sulla struttura del processo con l'istituzione di un organo cui è riservato l'esercizio del potere di accusa¹², questa dinamica ha radicalmente trasformato il fondamento logico-funzionale della pena, radicandolo nella tutela di beni giuridici ordinamentali¹³, e quindi – in sostanza – “utilità sociali”. In questa prospettiva sarebbe, dunque, non più e non tanto la lesione di diritti soggettivi a giustificare l'utilizzo dello strumento più pervasivo di cui l'ordinamento dispone, bensì l'offesa a esigenze primarie della vita in comune che il legislatore erge a condizioni di esistenza della società¹⁴. Di qui, sia un ampliamento dell'intervento penale, sia una trasformazione delle tradizionali figure di reato (ivi incluso l'omicidio), la persistente incriminazione delle quali discende non già dalla individuale e specifica carica lesiva, quanto dalla loro generale offensività rispetto al bene comune (la vita o l'integrità fisica degli individui) che l'ordinamento riconosce ad ogni cittadino e sul rispetto del quale la società intende fondarsi.

“Inghiottita così la vittima dal bene giuridico”¹⁵, ben poco spazio è rimasto per quella valutazione relazionale del rapporto interpersonale sottostante all'illecito che è invece valorizzato dalla giurisprudenza lavoristica sul rischio elettivo. Il fatto di reato, dalla prospettiva del bene giuridico, scade nell'anonimia. Così come fungibile, da tale angolazione, è il ruolo assunto dalla persona offesa: nulla più di uno dei possibili beneficiari dell'interesse pubblicistico (in questa materia la sicurezza nei luoghi di lavoro) che l'ordinamento si prefigge di assicurare a chiunque si trovi nelle medesime condizioni (nello specifico, a chiunque presti la propria

¹¹ CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcellona, 1998, 17; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 4.

¹² In argomento cfr. anche per gli ulteriori richiami, ORLANDI, *Pubblico ministero (ufficio del)*, in *Enc. dir. - Annali*, II, 2008, 943 ss.

¹³ V., per tutti, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 14 ss., *passim*.

¹⁴ ESER, *Bene giuridico e vittima del reato: prevalenza dell'una sull'altra? Riflessioni sui rapporti tra bene giuridico e vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1061 ss.

¹⁵ L'espressione è di SESSAR, *Rolle und Behandlung des Opfers im Strafverfahren*, in *Bewährungshilfe* 27 (1980), 329.

attività lavorativa). Ecco perché risulterebbe disfunzionale, per il giudice penale, che la tutela del bene giuridico fosse fatta dipendere dal comportamento assunto, nel caso concreto, dal singolo individuo che casualmente riveste il ruolo di danneggiato. Quale mero esponente della cerchia dei titolari dell'interesse tutelato, egli è chiamato solo a riscuotere il "credito di giustizia" compensativo della disgrazia occorsagli.

Per il resto la sua presenza rimane funzionalmente irrilevante.

2.2. La mancata elaborazione di una "tipicità passiva" nella cultura penalistica

Ma la pubblicizzazione del diritto penale ha influito anche sul concetto di reato e sulla logica del suo riconoscimento processuale.

È movendo da questa angolazione, infatti, che il fatto penalmente rilevante si riduce a "violazione della norma", "tradimento del patto sociale", "trasgressione"¹⁶. Il che finisce per de-relazionare la fattispecie incriminatrice appiattendola nella sequenza che meglio è in grado di rappresentare il significato del singolo comportamento contrario al diritto: illiceità-antigiuridicità-colpevolezza¹⁷. Uno schema piattamente espressivo del rapporto tra l'autorità e il singolo, nell'ambito del quale a poco o nulla rileva il ruolo "collaterale" assunto da terzi – concorrenti o vittime –, il comportamento dei quali, per quanto irresponsabile e concausale sia, mai è in grado di intaccare (ex art. 41, comma 3, c.p.) il giudizio sulla singola azione trasgressiva.

Con queste premesse non può allora stupire la persistente assenza di una "tipicità passiva" nella teoria del fatto di reato. Carezza che finisce per accentuare a dismisura, soprattutto nei reati ad evento involontario, il tasso di dipendenza della responsabilità penale dal fortuito¹⁸. Basti osservare che, a parità di condotte trasgressive egualmente idonee sotto il profilo causale, l'esistenza del fatto tipico è fatta dipendere solo dall'"accidentale" verifica dell'evento infausto, occasionata da circostanze concorrenti (fra le quali l'imprudenza della persona danneggiata) che sfuggono totalmente al dominio dell'agente¹⁹. Peggio: talora è persino l'assunzione del ruolo di vittima o di reo a dipendere interamente dalla sorte. Si pensi al contesto della circolazione stradale, dove, nel caso d'incidente innescato dal sinergico concorso di più condotte trasgressive, sarà considerato vittima

¹⁶ Così per tutti BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1872, 205, non a caso il primo ideatore di una teoria del "bene giuridico" espressivo di «condizioni effettive di un salutare bene comune che risultino tali alla luce di un approccio realistico»: *ivi*, 187 ss.

¹⁷ Cfr. CANCIO MELIA, *Conducta de la victima*, cit., 17 ss.

¹⁸ In argomento, essenzialmente, EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 962 ss.

¹⁹ Quasi letteralmente – pur senza riferirsi alla vittima – EUSEBI, *La prevenzione*, cit., 965.

semplicemente colui che ha avuto la peggio, lasciando che l'altro trasgressore assuma il più scomodo ruolo d'imputato; il tutto nella consapevolezza che un esito naturalistico inverso avrebbe capovolto anche il copione processuale.

È il sintomo di un diritto penale sbilanciato sul disvalore d'evento²⁰, e in quanto tale supino rispetto alle giustizialistiche istanze retributive prorotte dal ventre del sentire comune²¹. Di più, è il segno dell'ignavia del diritto penale, incapace di definire un concetto di "vittima meritevole di tutela", ma anche solo di elaborare una graduazione di colpe concorrenti tale da esentare dalla pena chi, indipendentemente dalle conseguenze patite, ha assunto un ruolo inessenziale.

La "moralità latente" del diritto penale finisce così per rilevare solo in senso estensivo, laddove *la figura della vittima viene tenuta immune da qualunque valutazione di merito*. Il suo riconoscimento riflette una mera constatazione naturalistica non sorretta, ma neppure filtrata, da un qualche parametro normativo che non sia la titolarità del bene giuridico presidiato dalla norma violata. Per il resto, il processo penale si limita a registrare un dato sociologico preesistente – non di rado espressivo di veri e propri stereotipi – qualificando come vittima colui che nella vulgata comune è da considerarsi tale: il pedone investito, il lavoratore infortunatosi, il minore feritosi, il malato deceduto, la donna maltrattata, il pericolante offeso, eccetera.

Nessuna valutazione specifica più selettiva. Nessuna agnizione normativa. Ciò che conta, per l'esistenza della vittima, è solo l'appartenenza a una "categoria esposta".

Beninteso: di questo passo non s'intende certo contestare il fondamento sociologico di tali categorie. Né si vuole misconoscere l'esistenza di taluni drammatici fenomeni sociali, *in primis* l'ancora tragica situazione degli infortuni sul lavoro. Il fatto è che appare illusoria, e ancor più disfunzionale, l'idea di fronteggiare queste perenni emergenze con un'assiomatica vittimizzazione cui corrisponde, nella sostanza, un'indiscriminata criminalizzazione. Anzi, proprio l'infedeltà punizione degli individui eretti a garanti dall'ordinamento, pure per gli eventi determinati da una macroscopica leggerezza della persona naturalisticamente danneggiata, rischia di minare l'efficacia generalpreventiva delle incriminazioni colpose, disincentivando l'adozione del viepiù oneroso sistema della sicurezza, nella consapevolezza – purtroppo assai diffusa tra gli operatori – che qualunque accortez-

²⁰ Nello specifico settore di questo studio coglie uno «sbilanciamento verso il disvalore di evento che degrada la colpa a mera responsabilità oggettiva», ROIATI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità oggettiva: la malintesa sussidiarietà dello strumento penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 2876 s.

²¹ «Le pretese di regolamentazione punitiva basate sullo schema tradizionale del reato di evento manifestano grossolana imprecisione ed esibiscono scoperte cadenze di pura retribuzione. Alimentando vigorose attese di soddisfazione delle aree di irritazione sociale, forniscono combustibile per dare energia a richieste che l'esercizio della giurisdizione sia coerente con il sentire popolare»: ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534.

za si adotti nulla può tenere indenne dal caso. Per questa ragione v'è da ritenere che, soprattutto dopo l'introduzione dell'art. 25-septies d.lgs. 231/2001, anziché tramite sommarie condanne, una maggiore tutela del bene della sicurezza sul lavoro sarebbe assicurata da "sagge assoluzioni" in grado di ritagliare un'area di *indominabilità del fatto* presidiata fermamente dalla *non pena*²². Solo così, rivelando ai vertici delle imprese che anche in caso di incidente sussistono concreti margini per dimostrare la mancanza di ogni responsabilità, il sistema della sicurezza potrà divenire appetibile, conveniente e inverarsi nella realtà delle imprese.

3. La valorizzazione del comportamento della vittima nel diritto del lavoro

Significativamente diverso è l'approccio del giudice del lavoro di fronte all'infortunio. A determinarlo non è peraltro solo il contesto privatistico, che rende veramente il processo un confronto paritario tra le parti²³. Lo si deve anche ad altri aspetti che incidono profondamente sulle soluzioni pretorie.

3.1. La colpa grave del lavoratore nel sistema dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni

Il fattore che più ha contribuito a circoscrivere in sede civile l'obbligo di sicurezza previsto dall'art. 2087 c.c. è rappresentato dalla istituzione di un meccanismo di assicurazione obbligatoria a tutela degli infortuni sul lavoro²⁴. Da un lato, ciò ha ingenerato una triangolazione del rapporto processuale, tale per cui, non di rado, l'istanza risarcitoria della vittima è fronteggiata da una controparte pubblica (l'INAIL o altri enti previdenziali come l'IPSEMA o l'ENPAIA), con il conseguente alleggerimento del carico ideologico che accompagna le cause giuslavoristiche. Dall'altro lato, il sistema delineato dal d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124 è all'origine di un *benefico scarto* tra i presupposti richiesti ai fini dell'indennità per l'infortunio (art. 2 ss. d.P.R. 1965/1124) e l'accertamento di una responsabilità

²² Encomiabile sotto questo profilo, da ultimo, Trib. Milano, 26 giugno 2014, n. 7017, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di DE MARTINO, *Una sentenza assolutoria in tema di sicurezza sul lavoro e responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001*.

²³ Ritenere che altrettanto accada anche nel processo penale solo perché ciò è enunciato dall'art. 111, comma 2, Cost. sarebbe ottuso tuziorismo non potendosi misconoscere la diversa posizione sostanziale e istituzionale che intercorre tra P.M., da un lato, e imputato dall'altro: cfr., per tutti, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1314.

²⁴ Il riferimento è, attualmente, alla disciplina prevista dal *Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali* varato con il d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, in relazione al quale v. per tutti PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2009, 144 ss.

del datore di lavoro per violazione dell'art. 2087 c.c. (art. 10 ss. d.P.R. 1965/1124): ed è proprio nell'ambito di questo scarto che ha trovato adeguata valorizzazione la grave negligenza della persona infortunatasi.

Il punto, si badi, è cruciale; anche perché, malgrado la sua rilevanza, non viene sempre compreso neppure dagli operatori.

Lo scarto cui si allude è originato dal fatto che quella contro gli infortuni sul lavoro è solo di nome un'assicurazione. In realtà si tratta di uno strumento di «*assistenza sociale*» imposto dall'art. 38 Cost.²⁵. Basti dire che il citato meccanismo non si presta a fronteggiare un "rischio", così come richiesto *ab substantiam* per le autentiche assicurazioni dall'art. 1895 c.c.; ma presuppone soltanto una «*occasione di lavoro*», di qualunque tipo essa sia²⁶. Ecco perché l'indennità è riconosciuta a chiunque, *in qualunque modo*, si sia infortunato prestando la propria attività lavorativa, indipendentemente dal grado di diligenza osservato nell'esecuzione dell'incarico²⁷. Se ne trova conferma nel fatto che, a differenza di quanto stabilito dall'art. 1900 c.c., l'indennità è dovuta pure se l'infortunio discende da *colpa grave del lavoratore*, potendo essere esclusa solo quando l'infortunato versa in dolo (*ex art. 65 d.P.R.1124/1965*)²⁸. Non opera infatti in questo contesto il principio assicurativo dell'equiparazione della colpa grave al dolo²⁹: donde la conseguenza che il diritto all'indennità va riconosciuto anche per gli infortuni determinati da un comportamento del lavoratore abnorme, contrario alle più comuni regole di diligenza e prudenza, antitetico rispetto ai regolamenti di fabbrica, agli ordini impartiti dal datore di lavoro e alla normativa per la prevenzione degli infortuni, purché sia legato da un nesso di occasionalità – neppure un nesso di causalità³⁰ – con l'attività lavora-

²⁵ Cfr. Corte Cost., 12.7.1985, n. 221, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, II, 8.

²⁶ Così, fondamentalmente, PERSIANI, *Tendenza dell'evoluzione della tutela contro gli infortuni e le malattie professionali: il superamento del principio del rischio professionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, III, 181 ss.; ID., *La tutela del rischio professionale nel quadro della previdenza sociale*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1986, I, 320; ID., *Diritto della previdenza sociale*, cit., 142 ss.

²⁷ «La legge infortunistica chiede solo che la vittima abbia patito il sinistro in occasione di lavoro, e non in occasione di buon lavoro, di corretto lavoro, di lavoro prudente, di lavoro spiegato con la diligenza del buon padre di famiglia»: così efficacemente CHIAPPELLI, *L'«occasione di lavoro» ed il così detto «comportamento anormale» del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1948, II, 44.

²⁸ Il riferimento è ad atti di vero e proprio autolesionismo o simulazione d'infortunio: v. fra gli altri CORSALINI, *Gli infortuni in itinere. Estensione della tutela previdenziale e risarcimento del danno*, Milano, 2009, 15 ss., spec. nt. 55.

²⁹ Sulla inoperatività del principio *culpa lata, dolo aequiparatur*, cfr. per tutti NICOLINI, *Rischio elettivo ed infortunio indennizzabile*, in *Riv. dir. lav.*, 1966, 373; ID., *Verso l'indennizzabilità dell'infortunio determinato da comportamento volontario dell'infortunato?*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1973, 811 ss.

³⁰ La superfluità di un rapporto causa-effetto tra lavoro e infortunio indennizzabile è un dato oramai pacifico anche in giurisprudenza: cfr. a titolo esemplificativo, Cass. civ., sez. lav., 5.1.2005, n. 180, in *CED rv. 579151*, riguardante l'infortunio subito da una dottoressa che, alla fine del turno di guardia medica, si stava recando in bagno per lavarsi le mani. Possibile fonte di equivoci è però

tiva³¹. È la logica assistenziale di cui all'art. 38 Cost. che lo impone. Sicché – salvo isolati, vetusti e «ripugnanti» orientamenti di segno contrario³² – ben si può affermare che, in forza di un principio di civiltà giuridica fatto proprio dalla nostra Costituzione, *la colpa del lavoratore infortunatosi mai e poi mai può escludere il diritto all'indennizzo*³³.

Il ragionamento muta radicalmente – ecco il punto – allorché ci si trovi a dover valutare chi debba sostenere le spese dell'indennizzo (l'INAIL o il singolo datore di lavoro in sede di regresso ex art. 11 d.P.R. 1124/1965), e soprattutto se questo vada trasformato, anche quantitativamente, in risarcimento a carico del datore di lavoro (in gergo c.d. risarcimento differenziale). Va da sé infatti che il passaggio dalla logica assistenziale a quella della “responsabilità” implica un diverso e più puntuale accertamento dei presupposti di quest'ultima. Ed è qui che la giurisprudenza e la dottrina giuslavoristica valorizzano *la grave negligenza del lavoratore quale riflesso dell'assenza di colpa del garante*, in quanto tale non aggredibile con un'azione di regresso da parte dell'INAIL³⁴. Il che significa, in termini sistemici, che la grave negligenza della persona infortunatasi, sebbene mai possa compromettere il diritto all'indennizzo del lavoratore, ben può al contrario attestare la mancanza di ogni responsabilità del datore ai sensi dell'art. 2087 c.c.

Per questa ragione, nel diritto del lavoro, la valutazione della grave incidenza della vittima è meno drammatica di quanto non appaia nel penale. Essa non in-

la denominazione di “rischio improprio” utilizzata, per lo meno sino alla metà dell'ultimo decennio, per descrivere quest'ipotesi: cfr. Cass. civ., sez. lav., 4.8.2005, n. 16417, in *CED* rv. 583102; Cass. civ., sez. lav., 28.7.2004, n. 14287, in *CED* rv. 575040.

³¹ Si veda per tutte Cass. civ., sez. lav., 25.6.2009, n. 14946, in *CED* rv. 608833.

³² Il virgolettato riprende un'espressione utilizzata da F. CARNELUTTI nel commento critico alla sentenza della Corte App. Milano, 26.1.1904, in *Riv. dir. comm.*, 1904, II, 152 ss. che aveva negato l'indennizzo (allora previsto dalla legge n. 80 del 1989) all'operaio infortunatosi per essere caduto da un montacarichi sul quale era salito, malgrado l'esplicito divieto, per procurarsi un utensile. Fortunatamente la teoria della colpa (grave) del lavoratore quale causa di esclusione del diritto all'indennizzo ha sempre trovato scarsi sostenitori: tra essi, isolatamente, P. COGLIOLO, *La colpa dell'operaio sinistrato e la risarcibilità dell'infortunio*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, 588.

³³ Cfr., tra i tanti, CHIAPPELLI, *L'“occasione di lavoro” ed il così detto “comportamento anormale” del lavoratore*, cit., 42 ss.; PERETTI GRIVA, *L'infortunio e la colpa dell'operaio*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1956, 357 ss.; PETRACCONI, *Occasione di lavoro e colpa dell'infortunato*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1956, I, 799 ss.; LEGA, *Infortunio sul lavoro e cooperazione colposa*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1961, 472; NICOLINI, *Rischio elettivo ed infortunio indennizzabile*, cit., 371 ss.; ID., *Verso l'indennizzabilità dell'infortunio determinato da comportamento volontario dell'infortunato?*, cit., 811 ss.; GALLIGANI, *Infortunio sul lavoro e condotta ‘anormale’ del lavoratore*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1979, 491 ss.; PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 413; DE MATTEIS, GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005, 245 ss.

³⁴ Cfr. fra le molte Cass. civ., sez. lav., 17.4.2004, n. 7328, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 103 ss., con nota di BELLUMAT, *Responsabilità dell'imprenditore e concorso di colpa del lavoratore in materia di danno da infortunio*; Cass. civ., sez. lav., 13.10.2000, n. 13690, in *Dir. giust.*, 2000, n. 39, 73.

genera un'alternativa secca tra soddisfazione o frustrazione delle richieste della persona offesa, ma rileva solo ai fini della distinzione tra diritto all'indennizzo e obbligo al risarcimento quale riflesso della responsabilità altrui. La qual cosa ha permesso al sistema giuslavoristico di affinare una più puntuale valutazione della negligenza della vittima nonché *un'interpretazione dell'art. 2087 c.c. più stringente di quella solitamente praticata dal diritto penale giudiziario*.

3.2. *La maggiore selettività della responsabilità contrattuale derivante dall'art. 2087 c.c.*

L'ultima affermazione può apparire sorprendente. Eppure, per quanto strano sulle prime possa sembrare, è soprattutto la natura *contrattuale* della responsabilità del datore di lavoro in materia di sicurezza³⁵ ad avere indotto, in sede civile, a una più stringente definizione dell'obbligo cautelare di cui all'art. 2087 c.c. Al di là del diverso regime probatorio – tale per cui *«incombe al lavoratore che lamenti di avere subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare l'esistenza di tale danno, come pure la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'uno e l'altro»*³⁶ – l'equilibrio sinallagmatico finisce per abbracciare anche il contesto prevenzionistico, favorendo una delimitazione dell'obbligo di sicurezza che incombe sul datore di lavoro in funzione della diligenza richiesta alla controparte³⁷.

Non è peraltro solo il *milieu* contrattuale ad alimentare tale atteggiamento. Vi contribuisce pure l'abitudine del giudice civile a maneggiare con piena consapevolezza la responsabilità oggettiva (v. artt. 2049 e 2050 c.c.), rispetto alla quale

³⁵ La tratlizia tesi del duplice titolo di responsabilità (aquiliana e contrattuale) del datore di lavoro in materia di sicurezza, con il conseguente concorso di azioni, è stata oramai superata dalla constatazione che *«il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge (ai sensi dell'articolo 1374 c.c.) [...] e la responsabilità contrattuale è configurabile tutte le volte che risulti fondata sull'inadempimento di un'obbligazione giuridica preesistente»*: Cass. civ., sez. lav., 25.5.2006, n. 12445, in CED rv. 589225. Tale posizione ha trovato un definito e autorevole suggello nella coeva pronuncia delle Sezioni Unite, secondo la quale, *«qualunque tipo di danno lamentato [dal lavoratore], e cioè sia quello che attiene alla lesione della professionalità, sia quello che attiene al pregiudizio alla salute o alla personalità del lavoratore, si configura come conseguenza di un comportamento già ritenuto illecito sul piano contrattuale: nel primo caso il danno deriva dalla violazione dell'obbligo di cui all'art. 2103 c.c. (divieto di dequalificazione), mentre nel secondo deriva dalla violazione dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. (tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore) norma che inserisce, nell'ambito del rapporto di lavoro, i principi costituzionali»*: Cass. civ., sez. un., 24.3.2006, n. 6572, in CED rv. 587370.

³⁶ Cass. civ., sez. lav., 29.1.2013, n. 2038, in CED rv. 624863.

³⁷ Si veda per esempio di recente Cass. civ., sez. lav., 7.8.2012, n. 14192, in CED rv. 623496, che ha escluso la responsabilità del datore di lavoro per la caduta del lavoratore sul pianerottolo scivoloso il cui recente lavaggio non era stato segnalato, sulla base della constatazione che il lavoratore infortunatosi era perfettamente a conoscenza che il tratto da lui percorso fosse bagnato.

egli tende così a marcare le distanze dalla autentica colpa. In altre parole, mentre il giudice penale, cui la responsabilità oggettiva sarebbe costituzionalmente preclusa, tende non di rado a praticarla sottotraccia³⁸, la giurisprudenza civile, chiamata ad applicare alla luce del sole entrambe le forme d'imputazione, e a cogliere il loro diverso fondamento, ha finito per elaborare una nozione di colpa più rigorosa di quella desunta dall'art. 27 Cost., proprio perché deliberatamente costruita *per alterità* dal canone della responsabilità oggettiva³⁹.

Si spiega così l'emersione, in sede civile, di una diagnosi di "colposità" estremamente strutturata, e tale da non poter prescindere, *in primis*, dalla esatta individuazione della regola cautelare trasgredita dal convenuto⁴⁰. Il tutto senza cedere a forme di retroattività occulta della regola cautelare⁴¹, ovvero a ipotesi di colpa generica c.d. residuale – viceversa diffusissime nel diritto penale della sicurezza sul lavoro⁴² – che la Cassazione civile riconosce essere all'origine di vere e

³⁸ Per tutti MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 456 ss.; ID., *Il principio di soggettività e il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 767 ss.

³⁹ Lo si coglie benissimo nell'incipit oramai stereotipato della gran parte delle massime della Sezione lavoro della Cassazione, secondo il quale «*la responsabilità del datore di lavoro per inadempimento dell'obbligo di prevenzione di cui all'art. 2087 c.c. non è una responsabilità oggettiva*»: cfr. Cass. civ., sez. lav., 29.1.2013, n. 2038, in *CED* rv. 624863, e ulteriori innumerevoli precedenti.

⁴⁰ Cfr., fra le più nitide in tal senso, Cass. civ., sez. lav., 1.6.2004, n. 10510, in *CED* rv. 573342; Cass. civ., sez. lav., 12.7.2004, n. 12863, in *CED* rv. 574461, stando alle quali «dall'art. 2087 c.c. non può desumersi la prescrizione di un obbligo assoluto di rispettare ogni cautela possibile ed innominata diretta ad evitare qualsiasi danno, con la conseguenza di ritenere automatica la responsabilità del datore di lavoro ogni volta che il danno si sia verificato, occorrendo invece che l'evento sia riferibile a sua colpa, per violazione di obblighi di comportamento imposti da fonti legali o suggeriti dalla tecnica, ma concretamente individuati». Analogamente, più di recente, Cass. civ., sez. lav., 7.8.2012, n. 14192, in *CED* rv. 623496; Cass. civ., sez. lav., 17.4.2012, n. 6002, in *CED* rv. 621876.

⁴¹ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 25/06/2009, n. 14946, in *CED* rv. 608833, secondo la quale «in tema di malattia professionale ed infortuni sul lavoro, va esclusa la responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c. ove la normativa specifica sulla pericolosità ambientale delle attività inerenti la prestazione lavorativa (nella specie, per aver fatto bruciare, come combustibile, in una stufa all'interno del locale di lavorazione delle traversine ferroviarie impregnate con una miscela di olio di catrame e pentaclorofenolo) sia stata introdotta solo in epoca successiva ai fatti che hanno dato causa all'infermità, dovendosi escludere, in tale eventualità, la colpa dell'azienda». Nello stesso senso – in materia di amianto – Cass. civ., sez. lav., 23.9.2010, n. 20142, in *CED* rv. 614787.

⁴² V. per esempio da ultimo, Cass. civ., sez. IV, 3.6.2014, n. 3634, in *olympus.uniurb.it*, che ha chiamato a rispondere il datore di lavoro della morte del trattorista caduto dal veicolo per un malore, ancorché il trattore fosse a norma secondo le normative vigenti, in quanto il garante avrebbe pur sempre potuto di sua sponte dotare il mezzo agricolo di cinture di sicurezza. Per ulteriori numerose esemplificazioni v. diffusamente M. GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 74 ss., che tuttavia difende tale prassi, facendone uno dei perni della propria impostazione.

proprie ipotesi di responsabilità oggettiva occulta⁴³. Ma anche l'evento da prevenire in forza dell'art. 2087 c.c. è meglio circoscritto dalla giurisprudenza del lavoro⁴⁴, sino al punto di mettere a fuoco un rischio intrinseco all'attività lavorativa la prevenzione del quale non può essere richiesto dal (e imputato al) datore⁴⁵.

In definitiva, il risultato di tale impianto logico è una responsabilità colposa più autenticamente tale, e distante da quella malcelata forma di responsabilità oggettiva praticata dalla giurisprudenza sugli artt. 589 e 590 c.p. Non v'è pertanto da sorprendersi se la Cassazione civile – pur riprendendo tavola gli stilemi penali-stici, ivi incluso il riferimento all'art. 41, comma 2, c.p. – sia stata spesso in grado di riconoscere una grave colpa della vittima “preclusiva” della responsabilità del garante là dove la giurisprudenza penale tende invece a optare per una pronuncia

⁴³ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 5.3.2002, n. 3162, in *CED* rv. 552826, per la quale «la verifica del sinistro non è di per sé sufficiente per far scattare a carico dell'imprenditore l'onere probatorio di aver adottato ogni sorta di misura idonea ad evitare l'evento, atteso che la prova liberatoria a suo carico presuppone sempre la dimostrazione, da parte dell'attore, che vi è stata omissione nel predisporre le misure di sicurezza (suggerite dalla particolarità del lavoro, dall'esperienza e dalla tecnica) necessarie ad evitare il danno e non può essere estesa ad ogni ipotetica misura di prevenzione, a pena di fare scadere una responsabilità per colpa in una responsabilità oggettiva». Analogamente, Cass. civ., sez. lav., 17.2.2009, n. 3785, in *CED* rv. 606623, secondo la quale le lesioni subite da un portalettere scivolato su una lastra di ghiaccio non erano riferibili a colpa del garante, «atteso che nessuna norma, legale o contrattuale, imponeva a detto datore di lavoro di dotare i portalettere di scarpe antiscivolo e che non risultavano violate le norme di *comune prudenza*, potendo le condizioni metereologiche ed ambientali mutare anche nel corso della giornata lavorativa, senza che ciò fosse facilmente prevedibile in anticipo».

⁴⁴ Cfr. – al di là del caso specifico, riguardante una guardia giurata aggredita da manifestanti che contestava al datore di lavoro di non avere inviato altri colleghi richiesti dalla vittima nel momento in cui la propria auto venne speronata – quanto stabilito da Cass. civ., sez. lav., 17.5.2013, n. 12089, in *CED* rv. 626667, secondo la quale «l'ambito di responsabilità datoriale (...) non può essere dilatato fino a comprendervi *ogni ipotesi di danno*, sull'assunto che comunque il rischio non si sarebbe verificato in presenza di ulteriori accorgimenti di valido contrasto».

⁴⁵ Cfr. per esempio Cass. civ., sez. lav., 30.8.2000, n. 11427, in *CED* rv. 539903), stando alla quale: «l'art. 2087 c.c. non delinea, in materia di tutela della salute del lavoratore, un'ipotesi di responsabilità oggettiva del datore di lavoro, i cui obblighi, oltre a dover essere rapportati alle concrete possibilità della tecnica e dell'esperienza, vanno parametrati alle specificità del lavoro e alla natura dell'ambiente e dei luoghi in cui il lavoro deve svolgersi, particolarmente quando sono in questione attività che per loro intrinseche caratteristiche (svolgimento all'aperto, in ambienti sotterranei, in gallerie, in miniera, ecc.) comportano dei rischi per la salute del lavoratore (collegati alle intemperie, all'umidità degli ambienti, alla loro temperatura, ecc.), *ineliminabili, in tutto o in parte, dal datore di lavoro*; rispetto a detti lavori – importanti una necessaria accettazione del rischio alla salute del lavoratore, legittimata sulla base del principio del bilanciamento degli interessi – non è configurabile una responsabilità del datore di lavoro, se non nel caso in cui questi, con comportamenti specifici ed anomali, da provarsi di volta in volta da parte del soggetto interessato, determini un aggravamento del tasso di rischio e di pericolosità ricollegato indefettibilmente alla natura dell'attività che il lavoratore è chiamato a svolgere. (Fattispecie relativa a patologie professionali – faringite catarrale cronica, ipoacusia, spondiloartrosi diffusa – contratte dal cantoniere stradale in ragione delle mansioni svolte)».

di condanna. Si pensi – quale esempio paradigmatico – al caso del prestatore d'opera infortunatosi per avere assunto un rischio lavorativo disattendendo le prescrizioni del datore di lavoro. Ebbene, in sede penale ciò induce quasi automaticamente a riscontrare quanto meno una *culpa in vigilando* del soggetto gravato dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c.⁴⁶. Di contro, la giurisprudenza civile – fors'anche perché consapevole che la vittima e i suoi eredi saranno comunque indennizzati (v. *supra* § 3.1) – tende a negare ogni forma di responsabilità esterna, affermando che «l'obbligo incombenente in capo al datore di lavoro (...) di vigilare sulla osservanza da parte dei lavoratori delle misure di sicurezza, non si estende fino a comprendere quello di impedire comportamenti anomali ed imprevedibili posti in essere in violazione delle norme di sicurezza, limitandosi il suo contenuto all'apprestamento delle predette misure e di vigilanza sulla osservanza delle stesse, ed apparendo inesigibile un controllo personale di tutti i lavoratori»⁴⁷.

3.3. Il “rischio elettivo” quale causa di esclusione della “occasione di lavoro”

Un ultimo fattore che contribuisce, in ambito prevenzionistico, ad attribuire rilievo alla negligenza del lavoratore è rappresentato dalla teoria del “rischio elettivo”⁴⁸; della quale tuttavia la giurisprudenza del lavoro tende a fare un uso talvolta scorretto.

⁴⁶ Emblematica di una *culpa in vigilando* equivalente a vera responsabilità oggettiva Cass. pen., sez. IV, 24.9.2009, n. 37467, cit., che ha condannato il presidente del Consiglio di amministrazione della società per la morte occorsa a un operaio edile specializzato caduto nella tromba di un ascensore dopo avere eliminato la staffa di protezione sulla base dell'apodittico assunto che «il datore di lavoro è garante anche della correttezza dell'agire del lavoratore».

⁴⁷ Cass. civ., sez. lav., 23.5.2001, n. 7052, in CED rv. 546930. Nella specie – alla stregua del principio riportato nel testo – la S.C. ha confermato la decisione del giudice di secondo grado che, in difformità dalla decisione del pretore, aveva rigettato la domanda dell'INAIL di rivalsa nei confronti del datore di lavoro per le somme erogate in favore di un lavoratore che, nel corso di scavi che stava effettuando in trincea, era stato investito da una frana delle pareti, determinatasi durante la esecuzione di opere (inclinazione, a mezzo di escavatore, delle pareti della trincea) dirette alla predisposizione di misure di sicurezza, essendo entrato in una zona nella quale il pericolo di tale frana era manifesto, nonostante gli avvertimenti verbali e le segnalazioni in tal senso.

⁴⁸ Cfr., nell'amplessima letteratura, CATALDI, *Rischio professionale e rischio elettivo*, in *Dir. lav.*, 1959, 108 ss.; BUSNELLI, *In tema di c.d. “rischio elettivo” negli infortuni sul lavoro*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1965, II, 406 ss.; NICOLINI, *Rischio elettivo ed infortunio indennizzabile*, in *Riv. dir. lav.*, 1966, 371 ss.; ALIBRANDI, *Il rischio elettivo agli effetti previdenziali ed anche agli effetti prevenzionali*, in *Riv. it. prev. soc.*, 1978, 452 ss.; ID., *Rischio elettivo ed attività lavorativa colposamente svolta: una distinzione necessaria*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 190 ss.; BELFIORE, *Infortunio sul lavoro, responsabilità del datore di lavoro e colpa del lavoratore*, in *Giur. mer.*, 1983, I, 307; FONTANA, *Rischio professionale e rischio elettivo nell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro*, in *Nuovo dir. agr.*, 1998, 90 ss.; FERRARI, *La configurabilità del rischio elettivo nell'infortunio in itinere*, in *Foro it.* 1998, I, 1791 ss.; SIMONATO, *Occasione di lavoro e rischio elettivo: il consolidarsi di un orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 183; FONTANA, *Brevi cenni sull'elaborazione giurisprudenziale del c.d. rischio elettivo*, *Mass. giur. lav.*, 2006, 854 s.

A rigore, infatti, il rischio elettivo è solo quello derivante da comportamenti del tutto avulsi dall'obbligo lavorativo e scaturiti da una scelta volontaria del prestatore d'opera volta a soddisfare esigenze personali. Esprimendo di tal guisa un "rischio comune", verrebbe così meno l'«occasione di lavoro», ossia quel nesso funzionalistico tra incidente e obbligazione lavorativa sul quale si fonda il sistema previdenziale delineato dall'art. 2 ss. d.P.R. 1124/1965. Ecco perché, nel caso di autentico "rischio elettivo", il soggetto danneggiato, oltre a perdere il diritto al risarcimento da parte del datore di lavoro, *neppure potrà conseguire l'indennizzo dall'INAIL*. Il che spiega la ragione per cui siano proprio i legali di quest'ultimo Ente, di fronte a una grave negligenza del soggetto infortunatosi – ben sapendo che ciò impedirà all'INAIL di agire in regresso nei confronti del datore di lavoro – a cercare di "spacciare" per rischio elettivo ciò che in realtà è semplice negligenza del lavoratore. È da qui che originano le tradizionali incertezze sulla distinzione tra "infortunio colposo" e quello derivante da autentico "rischio elettivo": concetti talora confusi nella prassi non già perché interferenti, ma perché l'interesse di una delle parti processuali spinge a sovrapporli.

Come che sia, è un fatto che nella giurisprudenza del lavoro, accanto a coerenti pronunce sul "rischio elettivo", si rinvengono decisioni assai più discutibili che riconducono a tale figura teorica semplici infortuni caratterizzati da grave colpa del soggetto danneggiato. Tra le prime sentenze vale qui richiamare la congrua qualificazione di "rischio elettivo" riconosciuta agli incidenti occasionati dalla curiosità del lavoratore⁴⁹, da spavalderia⁵⁰, ovvero determinati da una mera attività ludica⁵¹, o comunque da scelte esistenziali del tutto slegate dal contesto lavorativo⁵².

Molto più nutrita, e discutibile, è però la giurisprudenza che, sotto le mentite

⁴⁹ V. da ultimo il caso del partecipante a un corso di perfezionamento antincendio che, durante la pausa del caffè aveva voluto osservare da vicino il vano nel quale era allocato il discensore per i vigili del fuoco, avvicinandosi tanto da perdere l'equilibrio e così cadere nello stesso: Cass. civ., sez. lav., 4.7.2007, in *CED* rv. 598750. Ma si consideri altresì l'incidente occorso a un lavoratore agricolo che, avendo trovato un proiettile inesplosivo nel campo, nel batterlo contro un sasso per imprudente curiosità, ne aveva provocato l'esplosione: App. Napoli, 21.9.1962, in *Dir. lav.*, 1963, II, 157 ss., con nota di C. ROCCO, *Colpa del lavoratore e "occasione di lavoro" nell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro*.

⁵⁰ Si veda il caso del lavoratore saltato dall'impalcatura soltanto al fine di dimostrare la propria agilità, «per un mal riposto spirito sportivo» (App. Trieste, 6.7.1961, in *Riv. it. prev. soc.*, 1962, 728 ss.); nonché il caso – oramai di scuola – del lavoratore che per dimostrare la propria forza, durante una pausa, s'infortuna sollevando un notevole peso: App. Milano 6.6.1930, in *Dir. lav.*, 1930, II, 527 ss.

⁵¹ Così Trib. Lanciano, 29.12.1961, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1962, II, 207 ss. riguardante il lavoratore infortunatosi per avere rincorso, per gioco, un compagno di lavoro durante il riposo pomeridiano.

⁵² Cfr. da ultimo Cass. civ., sez. lav., 9.7.2014, n. 15705, in *olympus.uniurb.it*, che ha considerato espressione di un rischio elettivo l'infortunio cagionatosi dal lavoratore per essere sceso dal ponteggio, in occasione della pausa pranzo, aggrappandosi ai tubi dell'impalcatura, anziché passare dalla botola.

spoglie del “rischio elettivo”, ha inopinatamente escluso l’indennizzabilità di semplici infortuni caratterizzati da colpa della vittima: in presenza dei quali si sarebbe dovuto pertanto escludere solo la responsabilità del datore per violazione dell’art. 2087 c.c. Si pensi al caso dell’operaio infortunatosi mentre espletava le mansioni a lui affidate servendosi, nonostante l’esplicito divieto, di una macchina anziché di una pala⁵³. Ma si consideri, altresì, la vicenda del lavoratore precipitato al suolo per essere sceso da un’impalcatura senza utilizzare le apposite scale, e balzando sul ripiano sottostante provocandone così il crollo⁵⁴. O ancora, si veda il caso del lavavetri caduto a terra per essersi avvalso, quale mezzo di sopraelevazione, di un tavolino in cattive condizioni anziché della scala a sua disposizione⁵⁵. In tutti questi casi sorge il sospetto che la giurisprudenza abbia fatto ricorso strumentalmente alla figura del “rischio elettivo” per negare il diritto all’indennizzo laddove si sarebbe dovuto invece escludere solo la responsabilità del datore e il conseguente risarcimento.

Senonché, al di là dell’incoerenza, tutte queste pronunce attestano in modo ancor più eclatante la distanza che separa la giurisprudenza civile da quella penale nella valutazione della grave negligenza del lavoratore, comprovando la fondatezza della tesi prospettata in apertura circa l’esistenza di sovversione del principio di sussidiarietà (v. *supra* § 1). Tant’è che non sarebbe difficile rinvenire per ciascuna delle citate pronunce sul rischio elettivo altrettante sentenze della Cassazione penale in cui lo stesso fattore di rischio, pur generato dalla grave negligenza della vittima, ha portato viceversa a una decisione di condanna del garante. Del resto è agevolmente riscontrabile come la giurisprudenza penale non attribuisca mai alcun rilievo alla circostanza che l’infortunio sia occasionato da una scelta volontaria del prestatore d’opera del tutto avulso dall’adempimento dell’obbligo lavorativo e volta a soddisfare esigenze personali⁵⁶. Valga per tutti l’esempio dell’infortunio del lavoratore occasionato dalle sue condizioni di ubriachezza o assunzione di stupefacenti. Ebbene, mentre per il diritto del lavoro sarebbe questa un’ipotesi di scuola di “rischio elettivo” – tale dunque da determinare non solo l’irresponsabilità del datore di lavoro ma addirittura la *perdita del diritto*

⁵³ Trib. Ancona, 14.12.1967, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1968, II, 185 ss.

⁵⁴ Cass. civ., sez. lav., 14.4.1965, n. 679, in *Arch. giur. resp. civ.*, 1966, 674, con nota giustamente critica di BUSNELLI, *In tema di c.d. “rischio elettivo” negli infortuni sul lavoro.*

⁵⁵ Cass. civ., sez. lav., 15.9.1997, n. 9159, in *Dir. prat. lav.*, 1997, 451 s.

⁵⁶ Emblematico il caso trattato da Cass. pen., sez. fer., 26.8.2010, n. 32357, in *CED rv.* 247996, che ha riconosciuto la responsabilità del datore di lavoro malgrado che l’infortunio fosse stato occasionato dalla decisione del lavoratore cui il berretto era stato strappato da una folata di vento, di scendere velocemente a terra utilizzando per la fretta una scala in muratura sprovvista di corrimano, anziché quella di cantiere appositamente predisposta all’interno dell’impalcatura. Sulla stessa linea, più di recente, Cass. pen., sez. IV, 25.6.2013, n. 42501, in *CED rv.* 258239 che sarà esaminata nel prosieguo (v. *infra* § 5.1).

*all'indennità del lavoratore e dei suoi familiari*⁵⁷ – viceversa per la giurisprudenza penale anche questo tipo d'infortunio sarebbe fonte di un'automatica responsabilità del garante, condannato nel migliore dei casi per non avere controllato lo stato di lucidità del lavoratore⁵⁸.

4. *L'interpretatio abrogans dell'art. 41, comma 2, c.p. quale mero riflesso dell'assenza di colpa del garante*

L'incapacità della giurisprudenza penale di attribuire il giusto rilievo alla negligenza del lavoratore è, a ben vedere, il sintomo di una carenza più radicale, fomite del concetto di responsabilità colposa utilizzato dalla stessa sulla scorta delle tradizionali elaborazioni teoriche⁵⁹. Il riferimento è soprattutto alla concezione della "colpa come prevedibilità", grazie alla quale il giudice, millantando l'effettuazione di un giudizio *ex ante*, si trova nella condizione di plasmare l'addebito a proprio piacimento, sino a poterlo trasformare in un surrogato della responsabilità oggettiva⁶⁰. Basti considerare quanto accade con il principio di affidamento, l'enunciazione astratta del quale viene sistematicamente tradita, sulla

⁵⁷ Sulla pacifica riconducibilità di questa ipotesi al novero del rischio elettivo v., per tutti, M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 167.

⁵⁸ Così da ultimo Cass. pen., sez. IV, 13.6.2013, n. 38129, in CED rv. 256417; Cass. pen., sez. IV, 14.6.2012, n. 36272, in *olympus.uniurb.it*. In entrambe le decisioni – in cui curiosamente coincidono tanto il Presidente (Carlo Brusco) quanto l'estensore (Salvatore Dovere) – si sostiene che «*correttamente la Corte territoriale ha ritenuto che l'essersi posto all'opera in stato di ebbrezza [nella fattispecie un tasso alcolemico pari a 2,40 grammi al litro!] rappresenta una condotta colposa del lavoratore avente valore di concausa dell'evento prodottosi; come tale non idoneo ad escludere l'efficienza causale dell'inosservanza ascritta al [garante]. La condotta maldestra, inavvertita, sconsiderata, confusione per effetto dell'ebbrezza alcolica, è null'altro che un comportamento imprudente, anche a fronteggiare il quale è posto l'obbligo prevenzionistico facente capo al datore di lavoro. È immune da censure, quindi, la Corte di appello quando ha ritenuto che non ricorre nel caso di specie alcun comportamento anomalo del lavoratore e che quindi non è rinvenibile in esso una causa da sola sufficiente a produrre l'evento*». Analoga posizione è stata espressa dalla Cassazione penale nel caso di lavoratore assurdamente infortunatosi a causa dell'assunzione di sostanza stupefacente: una condizione che non è valsa a escludere la responsabilità del datore benché la Corte abbia osservato che il lavoratore deceduto «*sapeva bene che la sostanza avrebbe influito sull'attività lavorativa in quanto alterava la sua vigilanza e l'esatta percezione spazio temporale del luogo in cui operava*», specificando poi che «*la droga presa influiva sulle capacità di concentrazione, di percezione e di vigilanza che ogni lavoratore, quindi anche l'infortunato, deve mantenere integre nello svolgimento della sua attività*»; così Cass. pen., sez. IV, 13.11.2007, n. 7709, in CED rv. 238526.

⁵⁹ Cfr., tra le principali ricostruzioni, G. MARINUCCI, *La colpa. Studi*, Milano, 2013, 3 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.

⁶⁰ Per una panoramica dei principali inconvenienti innescati dalla colpa come prevedibilità nella materia oggetto di questo studio v. da fra gli altri CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, 2013, 25 ss., *passim*.

scorta del giudizio di prevedibilità, dall'assiomatica assunzione del dovere di sfiducia quale unica regola cautelare doverosa⁶¹.

In questo quadro, sarebbe dunque vano sperare che l'art. 41, comma 2, c.p. o un più robusto giudizio di colpevolezza offrano all'imputato reali vie di scampo. Quest'ultima soluzione, caparbiamente perorata dalla più giovane dottrina⁶², finisce infatti per ridursi all'invocazione di un atto di clemenza rivolta al giudice: il quale dopo avere ideato una tipicità colposa ideologicamente orientata alla massima salvaguardia del bene giuridico offeso, dovrebbe trovare la forza di assolvere l'imputato in nome di specifiche carenze o limiti personali di quest'ultimo – insomma una pia illusione. Ma parimenti inutile si rivela il ricorso al concetto di «*causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento*», com'è attestato dal fatto che, a fronte della ripetuta enunciazione di principio secondo cui “una condotta abnorme, eccezionale, esorbitante del lavoratore ben potrebbe escludere il nesso di causalità”, in concreto tale eccezionalità non viene mai riscontrata, tranne – può sembrare assurdo ma è così – nei casi in cui la colpa del garante sia del tutto assente⁶³.

Nulla più, insomma, di un gioco di specchi, determinato dal fatto che nell'interpretazione dell'art. 41, comma 2, c.p. la giurisprudenza penale si avvale del medesimo criterio (*la imprevedibilità/eccezionalità*) utilizzato dalla stessa per

⁶¹ Cfr. seppure nel contesto della circolazione stradale, Cass. pen., sez. IV, 15.7.2010, n. 32202, in *CED* rv. 248354, secondo cui «in tema di reati commessi con violazione delle norme sulla circolazione stradale, costituisce di per sé condotta negligente l'aver riposto fiducia nel fatto che gli altri utenti della strada si attengano alla prescrizioni del legislatore, poiché le norme sulla circolazione stradale impongono severi doveri di prudenza e diligenza proprio per far fronte a situazioni di pericolo, determinate anche da comportamenti irresponsabili altrui, se prevedibili. (In applicazione del principio, si è ritenuto che il conducente avente diritto di precedenza, nonostante ciò, conservi, nell'approssimarsi ad intersezioni ove possano sopraggiungere altri veicoli, l'obbligo di tenere una condotta adeguatamente prudente, e non può, pertanto, limitarsi ad invocare il comportamento imprudente del conducente sfavorito dal diritto di precedenza, se ordinariamente prevedibile).

⁶² Cfr. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 461 ss., 560 ss.; CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 147 ss., 195 ss.; GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 338 ss., 357 ss.; DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 230 ss., 266 ss.; CIVELLO, *La “colpa eventuale”*, cit., 213 ss., 287 ss. In argomento v. altresì CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012 ss.; DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 124 ss.

⁶³ V., per tutti, emblematicamente, Cass. pen., sez. IV, 19.12.2011, n. 46819, *olympus.uniurb.it*, nelle motivazioni della quale si legge: «l'inosservanza delle norme di prevenzione, contro gli infortuni sul lavoro, da parte dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti ha valore assorbente rispetto al comportamento del lavoratore, la cui condotta può assumere rilevanza ai fini penalistici solo dopo che da parte dei soggetti obbligati siano adempiute le prescrizioni di loro competenza». In senso analogo, Cass. pen., sez. IV, 23.1.2007, n. 10121, in *CED* rv. 236109.

accertare la responsabilità colposa⁶⁴. Con la conseguenza che tale norma non garantisce, nei fatti, alcuna selezione ulteriore rispetto alla verifica della “colpa-come-prevedibilità”, risolvendosi nella riaffermazione che anche quella specifica negligenza del lavoratore doveva essere prevista e prevenuta dal garante⁶⁵.

Per avere riprova dell'*interpretatio abrogans* dell'art. 41, comma 2, c.p. – impiegato dalla Cassazione, non già per appurare un'interruzione del nesso tra la condotta tipica e l'evento, ma quale mero riflesso dell'assenza di colpa – è sufficiente considerare le rare pronunce in cui se ne è fatta applicazione al fine di assolvere il garante nel caso di incidente occasionato da una grave negligenza del lavoratore. Analizzandole nel dettaglio ben ci si avvede infatti che tali sentenze, lungi dal fondarsi sulla riscontrata assenza del rapporto causa-effetto, sono dovute invece solo alla mancanza della benché minima trasgressione di una regola cautelare, e quindi di una condotta tipica⁶⁶.

Si consideri anzitutto la travagliata vicenda processuale del datore di lavoro chiamato a rispondere della morte per insufficienza respiratoria dell'operaio sceso in una vasca di accumulo per rifiuti idrici durante la fase di pulitura senza indossare maschera di protezione e cintura di sicurezza⁶⁷. Ebbene, la definitiva assoluzione dell'imputato – in seguito, peraltro, a due giudizi di legittimità – è avvenuta solo formalmente sulla scorta dell'art. 41, comma 2, c.p. In realtà, considerando con attenzione la fattispecie concreta, si nota agevolmente che la vera ragione dell'assoluzione sta tutta nella mancanza di una qualunque regola cautelare violata dal garante: il quale – come appurato nei giudizi di merito – era una persona particolarmente attenta al profilo della sicurezza tanto che «*eseguiva personalmente per la prima volta gli interventi commissionati alla propria impresa, in-*

⁶⁴ Questo dato è oramai riconosciuto esplicitamente nelle motivazioni e nelle massime della Cassazione: v. fra le moltissime Cass. pen., sez. IV, 14.3.2014, n. 22249, in *CED* rv. 259227; Cass. pen., sez. IV, 13.6.2013, n. 38129, in *CED* rv. 256417.

⁶⁵ Cfr. fra le tante Cass. pen., sez. IV, 15.11.2011, n. 42021, in *olympus.uniurb.it*, ove si legge: «nel campo della sicurezza del lavoro, può escludersi l'esistenza del rapporto di causalità unicamente nei casi in cui sia provata l'abnormità del comportamento del lavoratore infortunato e sia provato che proprio questa abnormità abbia dato causa all'evento. Nella materia che occupa deve cioè considerarsi abnorme il comportamento che, per la sua stranezza e imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte delle persone preposte all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro; e la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che l'eventuale colpa concorrente del lavoratore non può spiegare alcuna efficacia esimente per i soggetti aventi l'obbligo di sicurezza che si siano comunque resi responsabili della violazione di prescrizioni in materia antinfortunistica».

⁶⁶ L'equivoco trova oramai esplicito rilievo anche nel tenore delle motivazioni: si veda per esempio Cass. pen., sez. IV, 13.8.2012, n. 32422, in *olympus.uniurb.it*, nella quale si legge che «l'evento quindi fu pacificamente cagionato da un comportamento assolutamente abnorme della stessa vittima tale da elidere qualsivoglia collegamento eziologico con le condotte o le omissioni (*invero non connotate dai profili colposi*) contestate in astratto agli imputati» [corsivo aggiunto].

⁶⁷ Cass. pen., sez. III, 7.7.2011, n. 38209, in *CED* rv. 251294.

caricandone i dipendenti solo in successive occasioni; compiva quotidianamente il giro dei cantieri aperti e riprendeva aspramente gli addetti sorpresi a trasgredire le prescrizioni antinfortunistiche». A fare difetto, nel caso di specie, non è quindi il nesso causale tra la condotta tipica e l'evento, come lascerebbe intendere l'applicazione dell'art. 41, comma 2, c.p. Assente è la stessa condotta tipica, stante la carenza di una *culpa in instruendo* o *in vigilando*, o di una qualsiasi altra regola organizzativa o strumentale che il garante abbia trasgredito.

Non è un caso isolato. L'utilizzo dell'art. 41, comma 2, c.p. quale semplice riflesso dell'assenza di colpa si coglie con chiarezza anche in un altro *leading case*: quello del lavoratore precipitato dal cestello instabile alzato dalle forche di un muletto sul quale, per la fretta di terminare l'attività, egli si era fatto issare da un collega⁶⁸. Non diversamente dalla precedente fattispecie, pure in questa l'assoluzione dei garanti – inspiegabilmente condannati in primo grado – è dipesa non tanto da un «*fattore causale eccezionale ed anomalo che escludeva la efficienza eziologica delle condotte degli imputati degradate a meri irrilevanti antecedenti*», così come ha rilevato la Cassazione. A mancare è qualunque violazione cautelare addebitabile agli imputati, che avevano messo a disposizione del lavoratore un regolare carrello-elevatore, e nei confronti dei quali non è emerso alcun profilo di *culpa in elidendo* o *in vigilando*. Anche qui, dunque, l'evento infausto altro non è che la concretizzazione di una decisione della vittima, che per la fretta di terminare il lavoro aveva preferito avvalersi di un instabile catafalco, anziché attendere la disponibilità del carrello elevatore.

L'analisi esemplificativa potrebbe continuare, ma l'esito non muterebbe. Tutta questa giurisprudenza sta invero a dimostrare che l'art. 41, comma 2, c.p. non esplica alcuna reale portata selettiva nella valutazione dell'infortunio occasionato dalla negligenza della vittima. Limitandosi a duplicare il giudizio di prevedibilità/eccezionalità dell'evento, l'utilità pratica di tale norma si riduce all'esclusione della responsabilità colposa nei casi in cui questa non ci sarebbe già *ab imis*, ovvero – per meglio dire – quando essa è *impropriamente edificata dalla giurisprudenza a prescindere dalla messa fuoco della violazione di una regola cautelare*.

5. *Le carenze del giudizio di prevedibilità quale criterio di riconoscimento del comportamento abnorme del lavoratore*

Poco male, si potrebbe a questo punto ritenere: nel caso di grave negligenza della vittima, il garante avrebbe comunque la possibilità di provare la propria mancanza di responsabilità in virtù, per l'appunto, dell'imprevedibilità (e quindi

⁶⁸ Cass. pen., sez. IV, 10.11.2009, n. 7267, in CED rv. 246695.

abnormità) del suddetto comportamento. Indipendentemente dal luogo dogmatico in cui effettuare tale diagnosi, il giudizio di prevedibilità/imprevedibilità consentirebbe cioè di distinguere il comportamento realmente abnorme del lavoratore da quello semplicemente negligente e in quanto tale imputabile al garante.

Senonché tale impostazione, lungi dall'offrire una soluzione efficace del problema ora in esame, finisce al contrario per rivelare tutta la propria irrisolutezza stante la totale malleabilità del parametro di cui si avvale il giudice per distinguere le due ipotesi. Tanto da potersi affermare che, sulla scorta della prevedibilità, la giurisprudenza può fare ciò che vuole, limitandosi a "rivestire" in termini giuridici una valutazione che nella migliore delle ipotesi è di giustizia sostanziale e, nella peggiore, riflette l'idea di colpa nutrita dal singolo giudice o dal collegio. Non si comprenderebbe altrimenti la ragione per cui talvolta la giurisprudenza ha considerato abnorme, perché imprevedibile, il comportamento del lavoratore contrario agli ordini impartiti⁶⁹, mentre in altri casi un'analogia trasgressione ha determinato un semplice concorso di colpa della vittima⁷⁰. Così come non si capisce per quale motivo la giurisprudenza enunci il principio astratto secondo cui sarebbe da considerarsi abnorme il comportamento autolesionistico tenuto dal lavoratore nello svolgimento di mansioni diverse da quelle affidategli⁷¹, mentre ogni volta che tale estraneità si registra ciò non sarebbe sufficiente a escludere la colpa del garante⁷². Contraddizioni evidenti che alimentano la convinzione purtroppo crescente nel mondo forense, secondo la quale in questa materia – così come in molte altre – l'esito del giudizio non risponde a un predeterminato parametro astratto idealmente dettato dal legislatore *ex art. 25 Cost.*, ma è solo il portato

⁶⁹ Cfr., per esempio, Cass. pen., sez. IV, 26.1.2006, n. 30039, in *CED* rv. 235174, secondo cui «la condotta del lavoratore che abbia contravenuto a specifiche prescrizioni impartite dal datore di lavoro in ragione di una sussistente ragione di emergenza e sia esorbitante rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive organizzative ricevute, è qualificabile come causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento (art. 41, comma 2, c.p.), con il conseguente esonero di responsabilità da parte del datore di lavoro per l'incidente occorso al dipendente». Analogamente, per lo meno nelle massime, Cass. pen., sez. III, 7.7.2011, n. 38209, in *CED* rv. 251294; Cass. pen., sez. IV, 10.11.1989, n. 3510, in *CED* rv. 183633.

⁷⁰ Cfr. per esempio Cass. pen., sez. IV, 14.3.2014, n. 22247, in *olympus.uniurb.it*, che ha condannato il garante per la caduta di un lavoratore da un cestello, utilizzato nella fase di smontaggio dell'impalcatura, reso pericoloso dalla mancanza dei tubolari di protezione che la stessa vittima, sebbene sconsigliata dal compagno di lavoro, aveva coscientemente rimosso, in palese contrasto con le istruzioni ricevute.

⁷¹ Così fra le molte Cass. pen., sez. IV, 23.6.2005, n. 38850, in *CED* rv. 232420; Cass. pen., sez. IV, 3.6.1999, n. 12115, in *CED* rv. 214998.

⁷² Cfr. per esempio, Cass. pen., sez. IV, 17.2.2009, n. 15009, in *CED* rv. 243208. D'altro canto, la giurisprudenza tende spesso a escludere l'operatività dell'art. 41, comma 2, c.p. per il sol fatto che la negligenza del lavoratore si è verificata nello svolgimento di un'attività rientrante nelle proprie attribuzioni: v. fra le molte, Cass. pen., sez. IV, 15.11.2011, n. 420121, in *olympus.uniurb.it*; Cass. pen., sez. IV, 23.1.2007, n. 10121, in *CED* rv. 236109.

delle convinzioni e delle sensibilità del singolo magistrato incontrato in udienza.

In particolare, due sono i passaggi del giudizio di colpa incentrato sulla prevedibilità che qualunque giudice può agevolmente manipolare per privare di rilevanza la negligenza della vittima. Il riferimento non è tanto a all'arbitraria enucleazione di una regola cautelare trasgredita cui si assiste nell'accertamento della colpa generica. Stante l'elevato tasso di positivizzazione della sicurezza sul lavoro, al giudice penale non riesce infatti difficile reperire una qualche infrazione su cui fondare l'addebito. Piuttosto, il disinnescamento della negligenza della vittima avviene, in questo settore, intervenendo su altri due passaggi nevralgici dell'accertamento della colpa: operando cioè sulla gestione dell'*Anlass* (v. *infra* § 5.1) e sulla descrizione dell'evento (v. *infra* § 5.2).

Due esempi, nei quali la Cassazione ha finito per privare di rilevanza finanche comportamenti della vittima che la giurisprudenza del lavoro avrebbe viceversa considerato espressione di "rischio elettivo" (v. *supra* § 4.3), paiono sufficienti a descrivere queste due distorsioni.

5.1. L'oscuramento del ruolo della vittima mediante l'eliminazione dell'*Anlass*

Il primo e assai ricorrente espediente cui ricorre la giurisprudenza quando intende condannare il garante nonostante la grave negligenza della vittima è rappresentato dalla decurtazione dell'*Anlass* (lett. abbrevio) dal giudizio di colpa. Con tale termine, la dottrina si riferisce al "presupposto" della colpa: ossia al fatto che l'effettiva operatività di una regola cautelare richiede, non già la mera esistenza di un pericolo astratto, ma la concretizzazione storica della specifica situazione di rischio che ne impone l'attuazione⁷³. Cosicché – per citare un caso di scuola – l'automobilista che fa affidamento sul comportamento diligente degli altri partecipanti al traffico sarebbe tenuto a trasformare tale affidamento in sfiducia, adottando idonee contromisure, solo se in concreto egli si avvede che altri stanno compiendo un'infrazione⁷⁴, e non già in forza della possibilità astratta che ciò avvenga⁷⁵.

Peraltro, il concetto di *Anlass*, pur non emergendo *expressis verbis* in giurisprudenza, tende ad essere intuitivamente praticato dalla stessa⁷⁶. Ciò accade per-

⁷³ Cfr. per tutti FORTI, *Colpa*, cit., 208 ss.

⁷⁴ Così in modo eccellente, ma isolato, Cass. pen., sez. IV, 8.10.2009, n. 46741, in CED rv. 245663.

⁷⁵ È questo purtroppo l'orientamento prevalente: Cass. pen., sez. IV, 15.7.2010, n. 32202, in CED rv. 248354; Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2015, n. 22043 [inedita].

⁷⁶ Di sperimentata efficacia didattica è l'assoluzione dell'amministratore di condominio dall'accusa di incendio colposo causata dall'errata installazione di una canna fumaria, in ragione del fatto che i giudici di merito non avevano chiarito le di «circostanze di fatto (...) rivelatrici di una situazione di allarme, avvertita come tale anche dai condomini, in presenza della quale

sino nel campo della sicurezza sul lavoro⁷⁷; ad eccezione – ecco il punto – dei casi in cui ci si trovi a dover valutare una supposta negligenza della vittima.

Si consideri a tal fine il caso del lavoratore (si trattava in realtà del titolare della ditta appaltatrice) deceduto a causa del crollo delle pareti di uno scavo profondo tre metri e privo di paratie di contenimento in cui egli era sceso per *soddisfare un'esigenza fisiologica*: un comportamento tenuto dalla vittima prima che iniziasse la fase di posizionamento dei tubi nello scavo che avrebbe reso necessario l'approntamento delle pareti protettive. Ebbene, malgrado la duplice conforme assoluzione pronunciata dai giudici di merito, per la Cassazione non è stato difficile ribaltare il giudizio di assoluzione, osservando fra l'altro che «*le norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro (...) mirano a depotenziare i fattori di rischio connessi allo svolgimento di determinate attività. Una volta che il fattore di rischio sia presente, le disposizioni normative devono essere applicate onde prevenire danni alle persone. Nel caso di specie il rischio era presente, conosciuto e segnalato nel piano di sicurezza; la circostanza che l'incidente sia avvenuto non in un momento di posa delle tubazioni non esclude la causalità delle violazioni delle norme di prevenzione, in quanto l'ambiente di lavoro era insicuro e solo il caso ha determinato lo smottamento del terreno in un dato momento piuttosto che in un altro*»⁷⁸.

Non è questo peraltro il solo passaggio critico della sentenza. La stessa trascura che non ci si trovava al cospetto di un'autentica "vittima" (v. *infra* § 6.1), bensì al *dominus* dell'attività lavorativa (il titolare della ditta appaltatrice) in quanto tale gravato dell'adozione di quella regola cautelare la cui trasgressione ne ha cagionato il decesso. A ciò si aggiunga che l'incidente è scaturito da un tipico "rischio elettivo" – frutto della decisione di introdursi nello scavo per soddisfare un'esigenza fisiologica – di fronte al quale la giurisprudenza civile avrebbe potuto addirittura negare l'indennità per l'infortunio⁷⁹. Ciò che qui più rileva è però la presenza di una "tipica" manipolazione del giudizio di colpa volta a privare di rilevanza la negligenza della vittima. A tal fine è sufficiente "anticipare" la fase di cogenza della regola cautelare contestata all'imputato (nell'occasione, l'obbligo di

[l'amministratore] avrebbe dovuto attivarsi a tutela delle parti comuni dell'edificio esposte al pericolo derivante dalla difettosa posa in opera della canna fumaria»: così Cass. pen., sez. IV, 23.9.2009, n. 39959, in *CED* rv. 245317 (massima ufficiale del tutto fuorviante).

⁷⁷ Si veda per esempio Cass. pen., sez. III, 15.5.2013, n. 39779, in *olympus.uniurb.it*, che ha ritenuto non punibile l'irregolare costruzione di un ponteggio proprio in ragione del fatto che i lavoratori erano ancora impegnati all'interno dell'edificio in attività di pavimentazione: ragione per cui – è questo l'implicito riferimento all'*Anlass* – non si era ancora concretizzato il presupposto storico per la doverosa applicazione della regola cautelare di cui la Pubblica accusa contestava la trasgressione.

⁷⁸ Corte di Cass. pen., sez. IV, 25.6.2013, n. 42501, cit.

⁷⁹ V. per esempio Cass. civ., sez. lav., 23.5.2001, n. 7052, in *CED* rv. 546930, che ha riconosciuto come "rischio elettivo" la scelta del lavoratore infortunatosi di scendere in una trincea non protetta pur consapevole del rischio.

approntare le paratie negli scavi profondi oltre 1,5 m), facendola decorre non già dall'autentica *Anlass* (vale a dire dall'avvio della fase di lavorazione che impone agli operatori di scendere nello scavo), ma ancorando la doverosità della regola cautelare all'*astratta* presenza di un luogo di lavoro.

Né appare decisivo il rilievo prospettato dalla sentenza ora in esame secondo cui da sempre la Cassazione ritiene che la sicurezza dell'ambiente di lavoro va garantita indipendentemente dall'*attualità* dell'attività lavorativa e, quindi, anche in *momenti di pausa, riposo o sospensione del lavoro*⁸⁰. Lungi dall'essere risolutiva, tale considerazione sta all'inverso a dimostrare che la giurisprudenza ha oramai definitivamente oltrepassato la funzione – che le sarebbe propria – di “riconoscimento” della tipicità colposa, per assumere un potere autenticamente normativo, così da imporre un “dover essere” che va oltre quello desumibile dalla *ratio* delle discipline prevenzionistiche al fine di perseguire il livello di tutela politicamente desiderato.

Come che sia, non è difficile comprendere la ragione per cui la Cassazione tenda ad astrarre i presupposti operativi delle regole prevenzionistiche ogni qual volta affiora una negligenza della vittima. Diversamente, si coglierebbe il fatto che *è stata la vittima, con la sua inspiegabile condotta, a innescare l'Anlass*, attivando così il fattore di rischio che ha provocato l'auto-infortunio. Trascurarlo altro non serve che a veicolare una concezione “paternalistica” della colpa nella sicurezza sul lavoro⁸¹: una concezione tale per cui il garante sarebbe tenuto non solo a preservare il prestatore d'opera dai rischi lavorativi, ma altresì a impedire che egli vi si esponga gratuitamente, come accade nelle posizioni di garanzia a tutela dei minori. Il che finisce per sottendere nulla più che una responsabilità per fatto altrui, che si manifesta, soprattutto nelle fasi di trasformazione dell'ambiente di lavoro (si pensi al montaggio di un ponteggio), allorché il garante è chiamato automaticamente a rispondere degli eventi infausti innescati dalla vittima con i comportamenti più vari, e che nondimeno la logica della prevedibilità facilmente attrae nell'orbita della responsabilità penale.

5.2. L'oscuramento del ruolo della vittima tramite la manipolazione dell'evento

Il secondo “accorgimento” utilizzato dalla giurisprudenza per negare rilevanza alla negligenza della vittima, persino quando essa esprime un “rischio elettivo”, è rappresentato dalla manipolazione descrittiva dell'evento.

In particolare, due sono le strade attraverso le quali il giudice può influire in questa direzione.

⁸⁰ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 10.10.2001, n. 1588, in *CED* rv. 220650; Cass. pen., sez. IV, 26.2.1992, n. 2989, in *CED* rv. 189650; Cass. pen., sez. IV, 31.5.1994, n. 8004, in *CED* rv. 199686.

⁸¹ *Amplius* MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan jurisprudence*, in questa *Rivista*, 2011, 292 ss.

Ove si muova da una concezione classica della colpa come prevedibilità, tale manipolazione si ottiene espungendo dal giudizio predittivo i più “singolari” anelli della sequenza causale che l’hanno determinato (tra cui per l’appunto le sconsiderate opzioni comportamentali della vittima), sino al punto di ritenere che ciò che il garante è tenuto a prevedere non è l’evento *hic et nunc* ma il “genere” di danno che si è verificato⁸². Movendo invece da un’angolazione normativa, secondo cui l’evento deve concretizzare il rischio tipico che la regola cautelare intendeva prevenire, la manipolazione dell’evento si ottiene attribuendo alla regola trasgredita uno scopo cautelare differente da quello che le è proprio, così da potersi affermare che anche quell’evento specifico rientrava nel programma di prevenzione tracciato dalla regola violata⁸³.

Un caso nel quale la Cassazione è contemporaneamente incorsa in entrambi gli aggiramenti per negare rilevanza a un rischio elettivo della vittima può essere sufficiente a chiarire i due espedienti.

Il riferimento va alla tragica quanto singolare morte per anossia di un operaio di una ditta appaltatrice impegnata nella posa in opera di tubature in una porcilaia, il quale, dovendo soddisfare un’impellente esigenza fisiologica, invece di utilizzare il servizio igienico presente in un capannone lì vicino (alla distanza di circa 100 metri per la difesa e di quasi 300 per gli ispettori ASL), si era avventurato in un canale di raccolta di liquami, dopo avere rimosso la grata del peso di 60 kg che ne ostruiva l’accesso⁸⁴. Del fatto erano chiamati a rispondere un nugolo di garanti (committente, responsabile dei lavori, titolari dell’impresa appaltatrice, coordinatori per la sicurezza), taluni dei quali hanno avuto peraltro l’ardire – ahiloro – di rinunciare alla prescrizione in sede di legittimità. Un’insolita fiducia nelle ragioni della difesa che derivava, tanto dalla difficile prevedibilità in concreto della stravagante condotta tenuta del lavoratore deceduto, quanto dal fondato dubbio che l’evento concreto (morte per infortunio da asfissia) rientrasse tra quelli che si prefigge di prevenire la principale regola cautelare contestata agli imputati (all’epoca dei fatti, l’art. 39 d.P.R. 303/1956), che impone di mettere a disposizione dei lavoratori un servizio igienico in prossimità del luogo di lavoro.

Senonché la Cassazione, facendo puntuale applicazione dei principi di diritto enunciati dalla sentenza sulla vicenda di Porto Marghera – di cui vengono citati

⁸² In argomento per tutti PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di “diritto penale del rischio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, spec. 1494; ID., *Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1689 s.

⁸³ In argomento, fra i molti, PETRINI, *Rischi di responsabilità oggettiva nell’accertamento della colpa del datore di lavoro e dei dirigenti*, in BARTOLI, *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa*, Firenze, 2010, 298 ss.

⁸⁴ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 19.12.2011, n. 46819, in www.penalecontemporaneo.it, con nota critica di PERIN, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro*. In senso parimenti critico v. altresì CIVELLO, *La “colpa eventuale”*, cit., 73 ss.

ampi stralci⁸⁵ – non ha avuto grosse difficoltà a respingere tutti i ricorsi. Circa la straordinarietà dell'evento si è agevolmente osservato che, «*ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione ex ante dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione*». Donde la conclusione che non può considerarsi imprevedibile (e quindi abnorme) il comportamento della vittima, a nulla rilevando che egli abbia preferito cimentarsi nell'apertura di una grata di 60 kg per infilarsi in un condotto, anziché percorrere le centinaia di metri che lo separavano dal servizio igienico.

Quanto invece alla concretizzazione del rischio tipico nell'evento concreto, la Cassazione dapprima si è “aperta la strada” per una pronuncia di condanna osservando che esistono regole cautelari «*aperte*», in quanto tali volte a prevenire un ampio spettro di eventi infausti, anche di natura diversa da quelli “storicamente” considerati dal legislatore al momento della previsione⁸⁶. Si è quindi concluso affermando che la regola cautelare trasgredita, imponendo l'istallazione di servizi igienici nei luoghi di lavoro, non risponderebbe solo a esigenze (per l'appunto) igieniche, *ma sarebbe altresì dettata da un'istanza prevenzionistica volta a evitare che i lavoratori si esponano a pericoli in ragione della necessità di trovare un posto riservato ove espletare le proprie esigenze fisiologiche*. Di qui – ad avviso della Cassazione – la possibilità di includere anche l'evento concretamente verificatosi (morte per asfissia) tra quelli che la regola cautelare (mancata predisposizione del bagno) intendeva prevenire.

6. Premessa a una più selettiva impostazione diagnostica

Che dire? Se questo è il modello diagnostico praticato in giurisprudenza per riconoscere la responsabilità penale per l'evento occasionato dalla negligenza della vittima, tanto varrebbe ammettere senza ipocrisie che i principi di cui all'art. 25, comma 2, Cost. non operano nel reato colposo. Il tema specifico oggetto del presente lavoro altro non è infatti che la spia di un problema più generale, ingenerato da una giurisprudenza sulla colpa penale che non risponde neppure lontanamente alla suprema esigenza di predeterminabilità del fatto punibile sul quale dovrebbe reggersi il meccanismo punitivo. E ciò che più è grave è che tale risultato non scaturisce da un'incomprensione dei giudici per gli insegnamenti accademici. Anzi: mai come in questi ultimi lustri la IV sezione della Corte di cassa-

⁸⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 17.5.2006, n. 4675, in *CED* rv. 235660 ss.

⁸⁶ È questa, come noto, la principale “conquista” teorica della sentenza sui fatti di Porto Marghera: Cass. pen., sez. IV, 17.5.2006, n. 4675, in *CED* rv. 235662.

zione si è rivelata attenta conoscitrice della comune dottrina della colpa, non meno che pronta a raccogliere quanto le è stato messo a disposizione per risolvere le molte questioni sollevate dall'imputazione dell'evento involontario. Certo, non tutte le prospettazioni teoriche hanno trovato riscontro nella giurisprudenza di legittimità⁸⁷. Ma di sicuro essa ha mostrato di conoscere a fondo e applicare con coerenza almeno il modello classico della "colpa come prevedibilità dell'evento offensivo"⁸⁸.

Se dunque la giurisprudenza incorre nelle "stranezze" precedentemente illustrare, va riconosciuto che non sono gli interpreti, ma è lo spartito, a rivelare stonature; o meglio vuoti di partitura che finiscono per riempirsi del libero spirito dell'esecutore. Troppo comodo sarebbe quindi che i "cattivi maestri" scaricasse ora sugli interpreti le proprie responsabilità. Se da oltre un secolo si predica prevedibilità ed agente-modello, non ci si può poi dolere che il giudice si sia impadronito della tipicità colposa, che abbia spinto il dovere di cautela sino a oltrepassare la soglia del precauzionismo, che basti la violazione di una regola comportamentale purchessia per fondare la responsabilità penale, che l'evento colposo altro non sia che una condizione di punibilità, che la dimensione personalistica della colpa sia un pia illusione, e che nessuno – in buona sostanza – sappia indicare *ex ante* quali comportamenti tenere per scongiurare ogni forma di responsabilità per l'evento involontario. Ligia agli insegnamenti ricevuti, la magistratura altro non ha fatto che interpretare ideologicamente la colpa penale perché così le è stato permesso e talvolta finanche richiesto⁸⁹. Che cos'è, infatti, se non una "licenza ideologica", la figura del "rischio consentito" liberamente delimitabile dal giudice sulla scorta di un solipsistico bilanciamento d'interessi⁹⁰. E non si tratta di

⁸⁷ In particolare nessuna presa ha avuto sinora la teoria che – con l'intento di assicurare anche alla colpa penale quelle istanze di tassatività e determinatezza che governano l'incriminazione dei fatti dolosi ai sensi dall'art. 25, comma 2, Cost. – vorrebbe ancorata la tipicità colposa alle consuetudini cautelari generalmente diffuse nello specifico settore: così Corte cost., 25 luglio 1996, n. 312, in *Foro it.*, 1996, I, 2957 ss., nonché in precedenza F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 415 ss.

⁸⁸ Per un'emblematica quanto paradossale applicazione giurisprudenziale di questo canone v. Cass. pen., sez. IV, 9.2.2012, n. 24993, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota viceversa adesiva di G.L. GATTA, *La Cassazione e un curioso caso di colpa generica. Ovvero, quando gesticolare in modo scomposto sul marciapiede integra il delitto di lesioni personali colpose*.

⁸⁹ Manifesto il mandato politico conferito al giudice da MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29 ss.

⁹⁰ V. nello specifico, per tutti, MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 164 ss.; CASTALDO, *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1097 ss. L'assoluta discrezionalità del giudice nel definire l'area del rischio consentito è peraltro percepita dagli stessi interpreti togati della colpa: cfr. BLAIOTTA, *Legalità, determinatezza, colpa*, in questa *Rivista*, 2012, spec. 376 ss.; BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in questa *Rivista*, 2012, spec. 391 ss.;

un'idea partorita da un'eversiva fronda pretoria. È il fedele portato di un modello (incostituzionale) di colpa platealmente contrastante con il principio di legalità penale di cui all'art. 25 Cost. che la dottrina italiana ha maldestramente importato e avvalorato⁹¹: un modello che antepone esigenze retributive – non di rado piegate a istanze risarcitorie di matrice civilistica – alla salvaguardia di quei diritti di libertà che solo la fermezza e l'impermeabilità ermeneutica del precetto penale può assicurare.

Con queste premesse, illusorio sarebbe allora sperare che una migliore definizione della c.d. colpa relazionale possa derivare da una revisione interpretativa dell'art. 41, comma 2, c.p. Per quanto intelligenti siano le soluzioni proposte⁹², esse sconteranno sempre gli effetti nefasti dell'impostazione teorica di fondo seguita in giurisprudenza per accertare la responsabilità per l'evento involontario. Fintanto che la logica della colpa resterà la prevedibilità del giudice-agente-modello, non v'è infatti speranza alcuna di circoscrivere l'area della tipicità penale, sottraendola alla libera discrezione dell'interprete. E tutti i correttivi proposti al canone diagnostico di base (quali, per esempio, il rafforzamento del giudizio *ex ante* di prevedibilità, la rifinizione del parametro modello nomologico-diagnostico, le precisazioni descrittive dell'evento, le peculiarità incolpevoli dell'agente), lungi dal rivelarsi risolutivi, si riducono a meri palliativi – nulla più di alibi accademici – che il giudice è comodamente in grado di manipolare, e tradire, al cospetto delle pressanti istanze ideologico-retributive che ne guidano l'operato.

L'unica, auspicabile soluzione scaturirebbe da un radicale mutamento di prospettiva. Una rifondazione legalistica della colpa che si preoccupasse, prima di tutto, di epurare la diagnosi da quella congerie di concetti (*in primis* la “prevedibilità” e l’“agente modello”) sul quale il giudice attualmente si avventa per camuffare in modo retorico il proprio senso di giustizia. A Costituzione invariata, è infatti il legislatore, non il giudice, a dover stabilire quali siano i contorni della responsabilità penale colposa, in osservanza dei medesimi principi che dovrebbero

nonché in giurisprudenza per tutte, Cass. pen., sez. IV, 22 novembre 2011, n. 4391, in *www.penalecontemporaneo.it*, § 5.1, ove in chiusura di un'esposizione del concetto perfettamente coerente con gli insegnamenti accademici si conclude osservando che «l'arbitro che stabilisce il punto di confine tra lecito e l'illecito finisce per essere proprio il giudice» [pag. 9 dell'originale].

⁹¹ «Alle pericolose tentazioni germaniche verso la soggettivizzazione del diritto penale o verso un diritto penale attinto da fonti *extralegislative*, va sempre privilegiato un diritto penale a base oggettiva. Incentrato innanzitutto sui principi di legalità, materialità e offensività»: F. MANTOVANI, *Il codice deontologico del giovane cultore del diritto penale*, in questa *Rivista*, 2013, 646.

⁹² V., per esempio, fra le più recenti interpretazioni del concetto di “causa da sola sufficiente”, PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, 275 ss.; VALLINI, “Cause sopravvenute da sole sufficienti” e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità “scientifica”, in *www.penalecontemporaneo.it*, spec. 36 ss.

governare la definizione del reato doloso. È per questa ovvia ragione che la colpa penale non può farsi dipendere da un giudizio predittivo che dapprima l'agente e poi il giudice dovrebbero effettuare: perché tale diagnosi scontrerà sempre il rischio che l'analisi giudiziale sia dettata da logiche, e condizionata da elementi di giudizio, che non erano pretendibili e conoscibili dall'agente concreto⁹³. Al contrario, la predeterminazione legale della colpa non può essere in altro modo assicurata se non tramite una rigida valutazione normativa: una valutazione che, muovendo dall'evento verificatosi, si limiti ad appurare quale fattore di rischio esso concretizzi, per poi riscontrare *nell'ordinamento* quale fosse il soggetto competente a gestire quel fattore di rischio e quali le modalità impostegli a tal fine (è questa la tipicità colposa), salvo poi accertare eventuali carenze di riconoscibilità della concreta situazione di pericolo e di dominabilità dello stesso che non gli possono essere imputate (è questa la colpevolezza colposa).

6.1. *La tipicità passiva nella colpa relazionale*

Senza potersi cimentare in questa sede in una così ampia ricostruzione, pare comunque doveroso indicare in chiusura del lavoro per lo meno taluni criteri che potrebbero rendere più selettivo, oltretutto maggiormente conforme ai principi di legalità e personalità, l'accertamento della responsabilità penale del garante nel caso di infortunio occasionato dalla negligenza della vittima.

Anzitutto, occorre superare l'idea che per l'individuazione della vittima nel diritto penale sia sufficiente riferirsi alla titolarità del bene giuridico offeso (v. *supra* § 2.1). Se ciò può bastare a qualificare il disvalore del fatto nei reati dolosi, per le fattispecie penali di matrice solidaristica (reati colposi ed omissivi), s'impone una coerente e più penetrante determinazione della "tipicità passiva", che rispecchi i presupposti funzionalistici per la sanzionabilità del dovere d'attenzione e d'impedimento trasgrediti dall'agente⁹⁴.

Nel presidiarli con la pena, il legislatore non si prefigge infatti di imporre agli individui un mero obbligo morale di natura vagamente filantropica. Semmai, in linea con i principi di materialità ed offensività che governano il nostro sistema, l'ordinamento intende ottenere un preciso risultato pratico, vale a dire rimediare alla condizione di vulnerabilità dei soggetti più "deboli" e di quelli "esposti" imponendo che altri si adoperino per la loro salvaguardia. In ciò sta il nobile e irri-

⁹³ Per un compiuto esame di tale incoerenza logica v. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, p. 623 ss.

⁹⁴ Sulla necessità – oramai pacifica – che la dogmatica penale "traduca" con coerenza le premesse politico-criminali v. per tutti ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, (1973) Napoli, 1986, 40 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 17 ss.

nunciabile fondamento politico delle incriminazioni colpose e omissive: le quali, in uno Stato laico, determinano una limitazione della libertà d'agire in funzione di riequilibrio del maggiore rischio cui taluni cittadini sono esposti in ragione dell'età, dello stato di salute o delle più disparate condizioni di fragilità.

È dunque la “*maggiore vulnerabilità non dominabile direttamente dal titolare del bene*” il perno funzionalistico di queste fattispecie di reato⁹⁵.

Una vulnerabilità che non può non trovare spazio nella ricostruzione della tipicità penale (passiva), andando a qualificare il tratto costitutivo della vittima⁹⁶. A determinarne l'esistenza, non può essere infatti una semplice qualifica astratta. L'*ubi consistam* della vittima sta e cade con una condizione concreta – la “*vulnerabilità non autodominabile*” per l'appunto – in mancanza della quale non sarebbe sanzionabile l'omesso intervento e il difetto di diligenza altrui: vuoi «*perché mancherebbe qualunque rapporto sostanziale tra violazione dell'[obbligo di agire] e accadimento concreto, sicché un'imputazione dell'evento all'omittente si spiegherebbe solo nella logica del versari in re illicita*»⁹⁷, vuoi perché l'evento concreto non rientrerebbe tra quelli che la regola cautelare intendeva prevenire *sub specie* di estraneità del soggetto offeso dal novero delle “vittime tipiche”⁹⁸.

Il ragionamento appena tratteggiato può apparire quasi eversivo. Eppure esso affiora, ancorché in modo non costante, anche in talune assoluzioni – per il vero assai rare – pronunciate nel settore degli infortuni. Significativa in tal senso è la giurisprudenza sull'ingresso abusivo nei luoghi di lavoro, giudicando il quale le motivazioni alludono talvolta a una sorta di “atipicità” della vittima, perché estranea alla sfera di prevenzione dell'obbligo cautelare o d'impedimento che è stato trasgredito⁹⁹. Non è infatti in questi casi l'evento in sé ad essere estraneo alla

⁹⁵ Cfr. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 164 ss.

⁹⁶ In tal senso v. già MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario*, cit., 305; ID., *La posizione di garanzia*, cit., 165 ss.

⁹⁷ GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 252 ss.

⁹⁸ Cfr. MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario*, cit., 306.

⁹⁹ «*Le norme antinfortunistiche sono poste a tutela non di qualsivoglia persona che si trovi fisicamente presente sul luogo ove si svolge l'attività lavorativa, magari per curiosità o addirittura abusivamente, ma di coloro che versino quanto meno in una situazione analoga a quella dei lavoratori e che si siano introdotti sul luogo del lavoro per qualsiasi ragione purché a questo connessa*»: così Cass. pen., sez. IV, 5.1.1999, n. 7924, in CED rv. 214246, che ha di conseguenza assolto il garante dall'accusa di avere colposamente causato la morte di tre ragazzi, abusivamente entrati nell'ambiente lavorativo e annegati in una vasca con rampe viscide che non era stata debitamente protetta da parapetti né segnalata tramite cartelli di pericolo. *Contra*, da ultimo, Cass. pen., sez. IV, 17.6.2014, n. 43168, in *olympus.uniurb.it*, che pur enunciando un principio ineccepibile (secondo cui «*in materia di prevenzione degli infortuni nei luoghi di lavoro, beneficiario della tutela è anche il terzo estraneo all'organizzazione dei lavori, sicché dell'infortunio che sia occorso all'extraneus risponde il debitore di sicurezza, sempre che l'infortunio rientri nell'area di rischio quale definita dalla regola*

sfera di prevenzione (come dimostra il fatto che nell'esempio citato in nota le persone abusivamente entrate nel terreno erano annegate e l'annegamento costituisce proprio l'evento che la regola cautelare disattesa intendeva prevenire). Semmai sono le persone infortunatesi a non rientrare nel novero di quelle penalmente tutelate.

Beninteso: l'enucleazione di una "tipicità passiva" non sottende alcuna discriminazione, ma si prefigge semplicemente di tradurre la natura intrinsecamente relazionale di taluni obblighi cautelari, il cui adempimento non può essere assicurato se non con la collaborazione dei beneficiari. Il vero è infatti che nella sicurezza del lavoro, così come nella maggior parte dei contesti sociali, lo schema precauzionale presidiato dalla pena non è unilaterale, ma è incentrato sulla distribuzione delle misure di precauzione tra le parti¹⁰⁰. Donde la necessità di stabilire in quale delle due "aree cautelari" si ponga l'evento concretamente verificatosi: se cioè esprima quella condizione di vulnerabilità per prevenire la quale la regola disattesa era stata prevista, ovvero concretizzi una situazione di pericolo attribuibile in modo diretto ed esclusivo alla stessa persona danneggiatasi, o meglio auto-danneggiatasi per un difetto di collaborazione. Non avrebbe infatti senso che la norma penale fosse fatta operare in modo automatico anche in quest'ultimo caso¹⁰¹: il solidarismo scadrebbe altrimenti in paternalismo, finendo per sanzionare un soggetto che non ha rimediato alla stupidità (anziché alla vulnerabilità) altrui¹⁰².

Com'è intuibile, il canone della tipicità passiva, incentrato com'è su un requisito sostanziale (la vulnerabilità), rifugge da qualunque riferimento formale, operando invece in senso trasversale. E difatti, esso si presta a individuare una vittima, se concretamente vulnerabile, anche là dove difettano specifici requisiti formali; e d'altro canto, si frappa al riconoscimento di una vittima ogni qual volta

cautelare violata e che il terzo non abbia posto in essere un comportamento di volontaria esposizione a rischio»), ne ha escluso l'applicazione al caso concreto in ragione della minore età della vittima, la decisione della quale di autoesporsi al pericolo non potrebbe mai assumere, proprio in ragione della minore età, valore esimente per il garante. Il che equivale a dire che quest'ultimo è esposto al caso fortuito, essendo la sua responsabilità penale nulla più che subordinata alla condizione anagrafica della persona abusivamente entrata nel fondo.

¹⁰⁰ Cfr. per tutti CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, 1996, 9 ss., *passim*, nonché sul versante penalistico CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 321 ss., 330 ss.

¹⁰¹ «La prospettiva di gravare determinati soggetti di ulteriori obblighi cautelari al fine di prevenire l'incautela altrui non sembrerebbe nemmeno conforme all'idea di giustizia ed all'esigenza di un'equa ripartizione dei doveri, poiché si verrebbe a restringere per principio la sfera di libertà di alcuni in ragione del presumibile comportamento antigiuridico degli altri»: PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 346.

¹⁰² Cfr. sul punto MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario*, cit., 275 ss., cui si rinvia anche per un chiarimento dell'equivoco che porta spesso a confondere la "stupidità" con la "vulnerabilità" personale: *ivi*, 283 ss.

a determinate qualifiche formali non corrisponda un'effettiva vulnerabilità. Per tale ragione, ben fa la giurisprudenza penale a disinteressarsi completamente dell'inquadramento giuslavoristico del prestatore d'opera infortunatosi al fine di stabilire se sussista o meno una posizione di garanzia datoriale¹⁰³. Ma d'altro canto, occorre concludere che *il lavoratore "in regola" non è per ciò solo inquadrabile tra le vittime*, non potendosi escludere che l'infortunio occorsogli sia il riflesso, anziché di un rischio professionale, della decisione personale di esporsi al pericolo. Se ne è già avveduta – in taluni casi isolati – persino la giurisprudenza penale che ha di conseguenza escluso la responsabilità del garante per l'infortunio occorso al lavoratore resosi autore di un ingresso abusivo¹⁰⁴, ovvero entrato in un'area vietata assumendo un rischio completamente slegato dalla propria condizione lavorativa¹⁰⁵.

Ma qual è il confine tra vulnerabilità soggettiva, che fonda la tipicità passiva, e la volontaria autoesposizione al pericolo, che dovrebbe invece escluderla? Quali sono i criteri diagnostici che dovrebbero guidare il giudice nello stabilire se l'evento concreto rifletta l'una o l'altra condizione? Qual è – in ultima analisi – il confine tra la colpa del garante e il difetto di collaborazione che ricade sul lavoratore?

È proprio nel tentativo di rispondere compiutamente a tali interrogativi che ci si prefigge di approntare una trattazione monografica del ruolo della vittima del reato colposo. In questa sede, può essere comunque sufficiente appuntare gli esiti

¹⁰³ Del tutto condivisibile è invero la posizione della Cassazione che respinge le non infrequenti e maldestre linee difensive che tentano di escludere la tipicità della vittima in forza di mere considerazioni formali: v. da ultimo Cass. pen., sez. IV, 13.3.2014, n. 22965, in *CED* rv. 259226 nella quale al § 5.1 si legge «non assume rilievo di sorta accertare quale fosse il ruolo effettivo della vittima (se operaio dipendente, occasionale coadiutore, lavoratore autonomo o se spontaneo collaboratore mosso dal vincolo parentale con il coimputato), restando relegata a mera congettura, sfornita di qualsivoglia appiglio, l'insinuazione che si trattasse dell'effettivo titolare. Quel che è certo è che la povera vittima si trovava all'interno della trincea per prepararla ad accogliere il calcestruzzo e, quindi, nello svolgimento di un'attività che, quale che fosse la fonte del rapporto, non può che assumere la valenza di collaborazione lavorativa».

¹⁰⁴ Cfr. per esempio Cass. pen., sez. IV, 25.9.2001, n. 44206, in *CED* rv. 221149, che ha escluso la responsabilità del datore di lavoro per le lesioni occorse a un proprio dipendente precipitato nel vano destinato ad alloggiare l'ascensore di un edificio in costruzione, considerando che l'interessato, introdottosi abusivamente nel cantiere fuori dell'orario di lavoro, aveva rimosso la rudimentale staccionata predisposta nell'attesa di un presidio più adeguato.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 10.1.2013, n. 18196, in *CED* rv. 255222, che ha assolto i garanti (uno dei quali aveva addirittura optato per una sentenza di patteggiamento, conseguentemente oggetto di revisione) dall'accusa di aver provocato la morte di un operaio annegato in una vasca a fanghi attivi situata in una zona del cantiere edile che non era oggetto di lavorazione, ove la vittima si era recata per ragioni che non è stato possibile ricostruire. Analogamente Cass. pen., sez. IV, 26.1.2006, n. 30039, in *CED* rv. 235174, che ha annullato senza rinvio una sentenza di condanna per il reato di lesioni colpose occorse al portiere di un albergo che, disattendendo un esplicito divieto del datore di lavoro – giustificato dall'esecuzione di lavori di disinfestazione – si era recato al locale del bar situato al piano attico, ove aveva rinvenuto una bottiglia, dalla quale aveva sorseggiato liquido caustico.

del ragionamento, che non può non muovere dal principio di autodeterminazione quale irrinunciabile tratto della personalità¹⁰⁶. Da questa angolazione, occorrerebbe quindi concludere che l'azione *volontaria* di una persona *libera, informata e capace d'intendere di volere*, non può mai essere fonte dell'altrui responsabilità colposa¹⁰⁷. *Imputet sibi* – a tali condizioni – il danno eventualmente verificatosi. Donde la conclusione che l'autoesposizione al pericolo del prestatore d'opera sarebbe tale da escludere la tipicità passiva, per lo meno in tre casi: quando la vittima dell'infortunio è lo stesso garante primario gravato dell'obbligo cautelare consapevolmente trasgredito¹⁰⁸; in presenza di un rischio elettivo così come elaborato dalla dottrina giuslavoristica¹⁰⁹; e infine nei casi in cui la persona infortunatosi, pur agendo nello svolgimento della propria attività lavorativa, abbia deliberatamente (*i*) contravvenuto a un divieto (*ii*) dettato da esigenze cautelari che gli erano perfettamente note (*iii*), alla condizione che il garante avesse posto il soggetto nelle condizioni di assolvere in sicurezza ai propri compiti (*iv*)¹¹⁰.

Fatta salva in tal caso l'esistenza di una residuale *culpa in vigilando*¹¹¹, in presenza di una piena informazione del lavoratore infortunatosi e della sua libertà di agire altrimenti in tutta sicurezza, v'è da ritenere che il danno che quest'ultimo si è provocato in conseguenza di una condotta volontaria sia da ricondurre alla propria esclusiva sfera di dominio, a nulla rilevando che nella dinamica del sinistro si possano rintracciare anche carenze, a questo punto inessenziali, del sistema di sicurezza. Non sarebbe infatti il rischio lavorativo ad avere determinato l'incidente; bensì l'incidentato ad essersi provocato il danno esponendosi al ri-

¹⁰⁶ Cfr. anche per gli ulteriori riferimenti TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, *passim*.

¹⁰⁷ Cfr., in termini generali, CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torini, 2004, 11 ss., 121 ss., 153 ss.

¹⁰⁸ Si veda il caso già analizzato *supra* al § 5.1 del titolare della ditta appaltatrice deceduto per essere sceso nello scavo non ancora armato dallo stesso al fine di assolvere un'esigenza fisiologica.

¹⁰⁹ V. *supra* § 3.3.

¹¹⁰ Così, alla stregua di tale criterio, non sarebbe stato punibile il Presidente del consiglio di amministrazione di una società edile per la morte di un esperto lavoratore (c.d. mastro) precipitato nel pozzo di un ascensore dal quale egli stesso aveva abbassato le staffe orizzontali che svolgevano funzione di appoggio e riparo al fine di afferrare un cavo elettrico allungatogli dal piano inferiore, e senza per di più indossare le cinture di sicurezza di cui pure era stato dotato. Ha optato invece in questo caso per la condanna Cass. pen., sez. IV, 24.9.2009, n. 37467, cit., che ha fondato la decisione sulla omessa adozione di adeguate impalcature o ponteggi idonei ad eliminare i pericoli di caduta: il tutto senza considerare che tale rischio era stato nel caso di specie perfettamente schermato dalle staffe di protezione e dalle cinture di trattenuta, vale a dire misure di sicurezza che erano state deliberatamente disinnescate dalla stessa persona infortunatosi pur perfettamente a conoscenza del pericolo che esse servivano a fronteggiare.

¹¹¹ Che riflette tuttavia la violazione di un sistema organizzativo di controllo del datore e non già la violazione di un obbligo materiale di sorveglianza: in argomento per tutti PIVA, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, 100 ss., *passim*.

schio intrinseco nell'ambiente lavorativo¹¹². L'evento sarebbe così da considerarsi espressione del difetto di collaborazione del soggetto garantito, anziché della negligenza del garante.

6.2. Il criterio della competenza

Il criterio della tipicità passiva ingenera solo una prima scrematura dei fatti punibili. Segnatamente, esso evita che siano addossati al garante infortuni cagionati da comportamenti del lavoratore di deliberata auto-esposizione al pericolo. Altri criteri si prestano invece a circoscrivere l'area della responsabilità del garante nel caso in cui l'infortunio sia cagionato da un comportamento involontario o distratto della persona danneggiatasi.

In particolare, v'è n'è uno di agevole comprensione, che è stato oggetto di un'approfondita teorizzazione¹¹³ e gode oggi di un'autorevole copertura giurisprudenziale¹¹⁴. Il riferimento è al "criterio della competenza", in forza del quale, in presenza di una pluralità di azioni causalmente efficienti, responsabile del fatto è da considerarsi solo il soggetto nella cui sfera di responsabilità ricade il fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento¹¹⁵. Donde la conclusione che, «*di fronte a una condotta che cagiona un rischio che si concretizza nell'evento lesivo, occorre accertare se la gestione del rischio sia di competenza dell'autore della condotta stessa (...) ovvero della vittima, che si doveva proteggere da tali danni, ovvero di una terza persona*»¹¹⁶.

In questa prospettiva, non deve allora meravigliare che la giurisprudenza pe-

¹¹² Si veda il caso del gravissimo infortunio occorso all'interno di un'officina ad un lavoratore che, per spostarsi nell'ambito della zona di lavoro era salito in velocità su un carrello elevatore aggrappandosi alla maniglia: ha escluso ogni responsabilità del datore Cass. civ., sez. lav., 13.9.2006, n. 19559, in CED rv. 593020. Un'analogha casistica emerge anche nella giurisprudenza penale di merito: si veda da ultimo Trib. Pisa, 22.4.2014, n. 776, in *olympus.uniurb.it*, che ha assolto tutti i garanti chiamati a rispondere delle ustioni provocatesi dall'operaio entrato nel vano trasformatore di un impianto eolico senza prima mettere fuori tensione quest'ultimo, compiendo così un'operazione che gli istruttori tecnici dei corsi di formazione frequentati dalla vittima hanno definito pericolosissima e insensata: «è una cosa che non si fa mai, cioè noi mettiamo il terrore anche durante i corsi, con delle immagini anche abbastanza crude (...) è una cosa che non si fa. Quindi per me non è ragionevole quell'azione, non riesco ad associarla a nessuna istruzione di lavoro, a nessuna procedura».

¹¹³ CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2005, 343 ss., *passim*; ID., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 821 ss.

¹¹⁴ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 23.11.2012, n. 49821, in CED rv. 254094, con nota di FIANDACA, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, in *Foro it.*, 2013, II, 350. La pronuncia riassume gli esiti del percorso argomentativo più ampiamente illustrato in BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 192 ss.

¹¹⁵ V. *amplius*, anche per le esemplificazioni giurisprudenziali nel settore della sicurezza sul lavoro, MICHELETTI, *La posizione di garanzia*, cit., 173 ss.

¹¹⁶ CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 423.

nale tenda a indagare il tema della posizione di garanzia anche quando è chiamata a valutare reati *commissivi* colposi¹¹⁷. Questa tendenza non riflette una maldestra confusione tra illeciti a condotta attiva e omissiva. Essa rivela all'inverso una spontanea ancorché non costante inclinazione giurisprudenziale verso una concezione normativa della colpa: in forza della quale responsabile del fatto può essere solo il soggetto nella cui "sfera di competenza" ricade il fattore di rischio che si è concretizzato nell'evento, indipendentemente dal carattere attivo e omissivo della condotta realizzata. Nella logica della responsabilità, la causalità non esaurisce l'imputazione¹¹⁸; sicché più che la produzione dell'evento, ciò che rileva è la dominabilità di quest'ultimo quale specchio dell'appartenenza soggettiva.

Com'è intuibile, il ricorso al criterio della competenza nel campo infortunistico presuppone che il lavoratore sia considerato, se non garante della propria e dell'altrui incolumità¹¹⁹, per lo meno una componente *attiva* del sistema prevenzionistico e, in quanto tale, chiamato a farsi carico di una propria sfera di responsabilità rispetto a taluni rischi specifici. Certo, la "quota" di competenza del lavoratore nel campo della sicurezza, stante la carenza di poteri organizzativi, non può che avere carattere marginale e sussidiario rispetto a quella che ricade sulle figure di vertice. Ciò non significa però che anch'egli non sia titolare di una propria area di gestione del rischio. Decisivo in questo senso è il tenore dell'art. 20 d.lgs. 81/2008 che, non diversamente dal previgente art. 5 d.lgs. 626/1994, impone al lavoratore una congerie di obblighi in materia di sicurezza il cui inadempimento è già di per sé fonte di responsabilità penale *ex art.* 59 d.lgs. 81/2008¹²⁰ nonché possibile causa di licenziamento¹²¹. Sarebbe pertanto illogico ritenere che tale disvalore d'azione, già registrato dall'ordinamento, svaporasse completamente nell'ipotesi in cui esso sfoci nella causazione di un evento offensivo dello stesso soggetto responsabile.

Per questa ragione del tutto condivisibile è l'orientamento – ancora una volta –

¹¹⁷ Lo sottolinea Cass. pen., sez. IV, 23.11.2012, n. 49821, in *CED* rv. 254094, cit. § 7.

¹¹⁸ Cfr. fra gli altri MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, 163 ss.; DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all'analisi dei rapporti tra causalità e imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 494 ss.

¹¹⁹ In tal senso si esprime, comunque, sia la dottrina che la giurisprudenza maggioritarie: v., anche per gli ulteriori richiami, BERNASCONI, *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro*, in GIUNTA, MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, 89 ss.; DEIDDA, *I soggetti tenuti alla prevenzione e le posizioni di garanzia*, in DEIDDA, GARGANI, *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, 78 ss.; nonché da ultimo GROTTI, *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e casualità della colpa*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 10, secondo cui «il lavoratore ben formato è garante di se stesso». *Contra*, isolatamente, VENEZIANI, *La responsabilità penale per omesso impedimento degli infortuni sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1147.

¹²⁰ Cfr. PALLADINO, *Gli illeciti dei lavoratori*, in GIUNTA, MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 421 ss.

¹²¹ Cass. civ., sez. lav., 26.1.1994, n. 774, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 118, con nota di BONARDI, *Rifiuto da parte del lavoratore di maschere di protezione e licenziamento disciplinare*.

della giurisprudenza civile, che non esita a circoscrivere una sfera di rischio lavorativo di competenza *esclusiva* del prestatore d'opera. Valga per tutti il riferimento all'infortunio occasionato dall'errore di esecuzione, come quello in cui è incorso l'operaio specializzato di un'impresa elettrica, folgoratosi alle mani e autocagionatosi danni da caduta, per essere salito durante un sopralluogo su un macchinario alto tre metri ed avere deciso di recidere con le forbici un cavo elettrico sotto tensione¹²². In tal caso non v'è dubbio che il datore di lavoro abbia concorso a cagionare l'evento inviando sul luogo dell'incidente il lavoratore infortunatosi ed affidandogli certe mansioni. Eppure, una volta accertato che il lavoratore era debitamente formato e che non ricorrevano fattori organizzativi che incrementassero la disattenzione (come ad es. l'imposizione di serrati tempi di lavoro), mancherebbero i presupposti per addossare la responsabilità dell'infortunio al datore di lavoro. L'epilogo infausto esprime, al contrario, un fattore di rischio – quello connesso alla fase esecutiva – che rientra quasi per antonomasia nella esclusiva sfera di competenza del lavoratore (formato e non pressato, ovviamente)¹²³.

Del resto, analoga impostazione trapela anche in talune sporadiche sentenze di merito della giurisprudenza penale: la quale, per esempio, ha assolto i garanti chiamati a rispondere – in un caso – delle lesioni prodottesi dal lavoratore tramite l'uso maldestro di una sega elettrica circolare¹²⁴ e – nell'altro – dell'infortunio cagionatosi dal lavoratore con un trapano a colonna¹²⁵. Anche in queste fattispecie, poiché i lavoratori infortunatosi erano stati debitamente formati (in entrambe le sentenze si pone l'accento sui corsi di formazione e l'esperienza delle vittime), e considerando che gli strumenti utilizzati risultavano conformi alla normativa prevenzionistica (tale aspetto viene debitamente rimarcato dai giudici), altro non v'è da ritenere se non che l'evento sfortunatamente verificatosi esprime un difetto di attenzione del prestatore d'opera e quindi un fattore di rischio rientrante nella sfera di responsabilità di quest'ultimo, anziché nell'area di competenza del datore.

Detto questo, si deve comunque osservare che la corretta applicazione del criterio della competenza presuppone il rispetto di almeno due condizioni.

Da un lato, occorre evitare che il criterio della competenza applicato alla vittima si trasformi in un'automatica deresponsabilizzazione del garante. A tal fine s'impone allora la necessità di distinguere tra negligenze del lavoratore *indotte* dalle forme di organizzazione del lavoro decise dal datore (cui spetta, per esempio, fissare i tempi e i ritmi di lavoro e fornire la strumentazione idonea) ovvero

¹²² Il caso è tratto da Cass. civ., sez. lav., 9 maggio 2008, n. 11599, in *www.dirittoegiustizia.it*, con nota redazionale dall'eloquente titolo: *L'assoluta imprudenza dell'operaio qualificato esonera il datore dalla responsabilità*.

¹²³ Per un'analoga conclusione GROTTI, *Obbligo di informazione*, cit., 7 s.

¹²⁴ Cfr. Trib. Terni, 7 giugno 2012, *olympus.uniurb.it*.

¹²⁵ Cfr. Trib. Nuoro, 26 aprile 2012, in *olympus.uniurb.it*.

negligenze *indipendenti* da queste ultime. Solo in quest'ultimo caso il criterio della competenza è in grado di esentare il datore da ogni responsabilità; mentre nell'ipotesi di "disattenzione indotta", il datore di lavoro rimarrà ovviamente responsabile. Così, per esemplificare, dovrà rispondere dell'infortunio occorso al lavoratore caduto a terra durante le fasi d'imbiancatura di una piccola cappella funebre, il datore di lavoro che abbia fornito al prestatore d'opera solo una semplice scala a pioli per assolvere all'incarico¹²⁶. Vero è che, nella fattispecie, il lavoratore era caduto in seguito all'assunzione di una rischiosa postura, che all'apparenza parrebbe configurare un fattore di rischio rientrante nella sua esclusiva sfera di competenza. È altresì vero però che la scala fornitagli – al posto del più oneroso, ma doveroso trabatello – non gli consentiva di imbiancare il centro del soffitto, se non assumendo quella posizione che ha poi ingenerato la caduta¹²⁷. Di qui la responsabilità del garante che non potrà ovviamente invocare, a sua discolpa, il dovere di attenzione del lavoratore.

D'altro lato, occorre evitare di eclissare la specifica e personale area di competenza del lavoratore tramite un onnicomprensivo dovere di controllo dei garanti sovraordinati: quasi che, ogni qual volta si riscontri un infortunio occasionato da un fattore di rischio riconducibile alla sfera di competenza della stessa persona danneggiata (che per esempio non ha utilizzato i DPI come gli impone l'art. 20, lett. d), d.lgs. 81/2008), ricorra automaticamente anche un'altrui *culpa in vigilando*. Un siffatto automatismo altro non sottende se non una forma di responsabilità oggettiva, per evitare la quale s'impone un'interpretazione stringente del dovere di controllo, ispirata ai principi di legalità e personalità della responsabilità penale¹²⁸. Di qui la conclusione che, di fronte a un infortunio occasionato da un fattore di rischio rientrante nella sfera di competenza dello stesso soggetto danneggiato, l'altrui *culpa in vigilando* è riscontrabile solo fornendo la prova che il garante era a conoscenza della negligenza autocautelare del lavoratore ovvero era consapevole della sua sciattezza prevenzionistica in virtù di taluni segnali d'allarme. È quindi l'effettiva consapevolezza dell'*Anlass* ad assicurare che il dovere di controllo non si trasformi in una responsabilità oggettiva occulta.

6.3. L'imprudenza della vittima quale fattore di atipicità dell'evento

La concezione normativa della colpa induce a mettere a fuoco anche

¹²⁶ Così, in modo sacrosanto, Cass. pen., sez. IV, 25.2.2014, n. 29266, in *www.dirittoegustizia.it*, con nota redazionale dal titolo *Responsabile il datore di lavoro per l'infortunio occorso a lavoratore distratto o maldestro*.

¹²⁷ «Non si vede infatti – osserva la Corte di cassazione – come il lavoratore avrebbe potuto imbiancare il centro del tetto, appoggiando, a turno ai quattro angoli del locale la scala aperta a 180 gradi»: Cass. pen., sez. IV, 25.2.2014, n. 29266, cit., § 6.

¹²⁸ V. nuovamente PIVA, *La responsabilità*, cit., 100 ss.

un'ulteriore criterio diagnostico di carattere vittimodogmatico.

Da questa angolazione, non è solo la condotta che deve corrispondere a determinati modelli cautelari individuati dall'ordinamento. Anche l'evento diviene oggetto di una valutazione di "tipicità" che va oltre la semplice corrispondenza *naturalistica* con il risultato descritto dalla disposizione incriminatrice. Invero, per essere considerato tipico, l'epilogo infausto deve tradurre quello stesso fattore di rischio normativamente considerato dalla regola cautelare della quale si contesta la violazione¹²⁹. E poiché quest'ultima ha carattere modale¹³⁰, ne viene che *tipico può essere solo l'evento espressivo della dinamica causale che l'adozione della regola cautelare trasgredita si prefiggeva di prevenire*. Così – per esemplificare – non potrebbe ritenersi tipico il raffreddore cagionato alla fidanzata illecitamente trasportata senza casco su un ciclomotore per un lungo tragitto. Tutte le regole cautelari trasgredite nel caso di specie sono volte infatti a prevenire, bensì danni al passeggero, ma conseguenti a traumi *da caduta* e non *da sventolamento*¹³¹.

Tanto chiarito, non pare difficile intuire la ragione per cui il criterio della tipicità dell'evento favorisca il discernimento del ruolo giocato dalla vittima nel reato colposo. Movendo da questa angolazione, ben ci si avvede infatti come, non di rado, sia proprio il comportamento tenuto da quest'ultima a scalfire la tipicità dell'evento innescando dinamiche eziologiche diverse da quelle che la regola cautelare trasgredita intendeva prevenire¹³². *È come se – per intendersi – fosse la vittima a portar fuori l'evento concreto dal raggio preventivo della regola cautelare*. Si pensi, per esempio, al decesso per intossicazione da monossido di carbonio del lavoratore impegnato in attività all'aperto che, durante la pausa pranzo, si sia rifugiato nel furgone dove aveva in precedenza collocato un bidone contenente della brace¹³³. Vero è che l'evento infausto è stato occasionato dalla violazione dell'allora vigente art. 43 d.P.R. 19 marzo 1956, n. 303 (oggi replicato dall'all. IV d.lgs.

¹²⁹ In argomento v. fra i molti FORTI, *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1559 ss.; ID., *Colpa*, cit., 418 ss.; GIUNTA, *Illiceità*, cit., 415 ss.; FORNARI, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: «passi avanti» della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 719 ss.; MASSARO, *«Concretizzazione del rischio» e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. pen.*, 2009, 4699 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 279 ss.; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, 564 ss.

¹³⁰ In dottrina fondamentalmente GIUNTA, *Illiceità*, cit., 233 ss.; 415 ss. In giurisprudenza Cass. pen., sez. un., 22.1.2009, n. 22676, spec. § 6.3, con nota di CARMONA, *La «colpa in concreto» nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *Cass. pen.*, 2009, 4564 ss.

¹³¹ *Amplius* FORTI, *Colpa*, cit., 423 ss.; FORNARI, *Descrizione dell'evento*, cit., 725 ss.

¹³² Cfr. già in questo senso MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca «sul campo»*, in questa *Rivista*, 2008, 213 s.; ID., *Il paternalismo penale giudiziario*, cit., 303 ss.

¹³³ Il caso è stato tratto Cass. pen., sez. IV, 26.4.1982, n. 10903, in CED rv. 156157, che – diversamente dal testo – ha optato per una sentenza di condanna incentrata *more solito* sull'art. 41, comma 2, c.p.

81/2008), che impone di mettere a disposizione dei lavoratori impegnati in attività all'aperto un locale ove possano trovare riparo durante le intemperie, nelle ore di riposo e dei pasti. È altrettanto vero però che questa norma in materia d'igiene sul lavoro si prefigge di prevenire l'insorgenza di malattie cagionate dalla esposizione alle intemperie e al freddo, non certo gli eventi traumatici come il decesso per asfissia. La dinamica realizzativa dell'infortunio nulla ha quindi in comune con quelle che la regola cautelare (in materia di igiene, giova ribadire) si prefiggeva di prevenire. Talché ben si può dire che l'evento concreto, ancorché corrisponda naturalisticamente a quello descritto dalla disposizione incriminatrice, è in tal caso atipico.

Ma quand'è che il comportamento tenuto dalla vittima può ritenersi deviante rispetto al modello prevenzionistico presupposto dalla regola cautelare, così da ingenerare un'atipicità dell'evento?

Nel tentativo di rispondere alla domanda, occorre tornare a soffermarsi sulla natura modale delle regole cautelari, che le rende strumenti di prevenzione non già dell'evento in sé, ma di determinate dinamiche di verifica di quest'ultimo. *In esse sta dunque inscritta una precisa sequenza causale specificamente oggetto di prevenzione.* Una sequenza composta da anelli, ovvero “eventi intermedi”¹³⁴, che nel campo della sicurezza del lavoro *ben possono corrispondere a condotte rischiose della vittima della più varia natura, che le regole cautelari si prefiggono per l'appunto di evitare al fine di scongiurare il potenziale susseguente infortunio.* Se così è, non pare forzato concludere che, in caso di infortunio concausato dalla negligenza della vittima, l'evento sarà da considerarsi tipico se la regola cautelare di cui si contesta la trasgressione era volta a prevenire, *quale evento intermedio*, il genere di negligenza della vittima che ha occasionato il danno personale. Di contro, nel caso di violazione di una norma cautelare che non è volta a prevenire l'incuria della vittima, ovvero che non annovera tra i propri eventi intermedi quella specifica imprudenza autolesionistica, la verifica di quest'ultima condotta determinerà l'atipicità dell'evento.

Exempla docent.

Quale ipotesi di negligenza del lavoratore che non è in grado di scalfire la tipicità dell'evento, si consideri il caso del netturbino che ha riportato l'amputazione parziale di un dito perché, operando quale addetto dell'automezzo per lo svuotamento dei bidoni, con la mano sinistra aveva azionato il meccanismo di sollevamento mentre con la destra cercava di evitare la caduta di alcuni sacchetti, così venendo a contratto con gli organi in movimento¹³⁵. Ebbene: non v'è dubbio – come rileva la decisione – che l'evento sia stato determinato da una grave distra-

¹³⁴ Sulla centralità dell'evento intermedio nella ricostruzione della funzione preventiva della regola cautelare violata rispetto al quale misurare il nesso di rischio v. GIUNTA, *Illiceità*, cit., 388 ss.

¹³⁵ Il caso è tratto da Cass. pen., sez. IV, 26.6.2013, n. 41380, in *www.dirittoegustizia.it*.

zione del lavoratore dettata da un eccesso di sicurezza. Nondimeno quest'ultimo comportamento altro non rappresenta se non un esempio di quegli eventi intermedi che si prefigge di prevenire la regola cautelare (trasgredita nel caso di specie) che impone di tenere distanti le zone di comando da quelle degli ingranaggi (v. combinato disposto tra gli artt. 70, comma 2, d.lgs. e all. V), onde evitare che l'operatore possa ferirsi inavvertitamente per le più disparate ragioni: assuefazione al lavoro, distrazione, imprudenza, eccetera. Vero ciò, non vi sono ragioni per disconoscere in tal caso la tipicità dell'evento, giacché – giova ribadire – la negligenza della vittima che l'ha determinato costituiva esattamente uno degli eventi intermedi che la regola cautelare trasgredita si prefiggeva di prevenire.

Molto più istruttivi sono però i casi nei quali l'evento è da considerarsi atipico in forza della condotta rischiosa o distratta della vittima. Giova quindi considerare almeno un paio.

Il primo riguarda la vicenda dell'infortunio occorso ad un lavoratore incaricato da un collega di recarsi in una "zona a rischio grave e specifico" per recuperare un martinetto: un'operazione, quest'ultima, estremamente semplice e pressoché priva di rischiosità che la persona eseguì però in modo così maldestro da ferirsi alla gamba¹³⁶. Ebbene, non v'è dubbio che l'incidente sia stato occasionato dalla violazione dell'(attuale) art. 18, comma 1, lett. e), d.lgs. 81/2008, che impone di «prendere le misure appropriate affinché soltanto i lavoratori che hanno ricevuto adeguate istruzioni e specifico addestramento accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico»¹³⁷. Al contempo, però, non pare seriamente contestabile che tale regola è volta a prevenire solo gli incidenti occasionati dall'inesperienza del lavoratore nell'affrontare e gestire *rischi specifici particolarmente gravi*. Di qui, allora, la possibilità di concludere che nella fattispecie concreta l'evento è da ritenersi atipico, in tanto in quanto – come osservò il perito d'ufficio – il martinetto costituisce un'apparecchiatura presente in tutte le aree dell'impresa e, per di più, estremamente semplice da utilizzare: con la conseguenza che la negligenza in cui è incorso il lavoratore infortunatosi nella fase della sua rimozione non può considerarsi uno degli eventi intermedi che intendeva prevenire la regola cautelare contestata agli imputati. Si spiega così l'ineccepibile annullamento senza rinvio operata dalla Cassazione, la quale nell'occasione già osservava come «in presenza dell'oggettiva violazione di una regola cautelare, oc-

¹³⁶ Il caso è tratto da Cass. pen., sez. IV, 22.5.2008, n. 25648, in CED rv. 240859, che al di là della massima ufficiale – talmente errata da apparire fuorviante del pensiero dell'estensore (Renato Bricchetti) e persino della oggettiva realtà dei fatti – rappresenta una delle più illuminate pronunce penali in materia di negligenza del lavoratore.

¹³⁷ *Amplius*, sull'area di rilevanza penale conseguente alla violazione di tale obbligo, MICHELETTI, *I reati concernenti la gestione del rischio lavorativo ordinario*, in GIUNTA, MICHELETTI, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., 247 ss.

corre (...) domandarsi se l'evento che ne è derivato rappresenti o meno la concretizzazione del rischio che la regola stessa mirava a prevenire: l'inosservanza delle norme cautelari, infatti, può dare luogo ad una responsabilità colposa non in maniera indistinta, per tutti gli eventi cagionati, ma soltanto per quelli che appartengono ad una certa tipologia, che le norme stesse mirano ad evitare».

Analogo ragionamento si può prospettare in relazione a un caso della giurisprudenza più risalente ripreso di recente dalla Cassazione per argomentare – seppure in un contesto diverso da quello degli infortuni sul lavoro – l'annullamento senza rinvio di una duplice conforme sentenza di condanna¹³⁸. In quest'ultimo caso, tratto a giudizio era il proprietario di un terreno di montagna che non aveva segnalato né tanto meno recintato un crepaccio (c.d. "ingioittitoio") in cui era caduta una guida turistica che conducendo una motoslitta aveva cercato di saltarlo. Per contro, nel più risalente caso in materia infortunistica, tratto a giudizio era il proprietario di un albergo che non aveva dotato di idonei parapetti della vasche termali nelle quali era deceduto un dipendente di un albergo attiguo che, conoscendo benissimo la zona, la sera al termine del lavoro aveva attraversato *more solito* l'area termale delimitata da segnali di pericolo e, mettendo il piede in fallo, era caduto in una delle vasche alla temperatura di 80°. Ebbene, entrambe le pronunce sono qui di particolare interesse non certo per il ragionamento giuridico prospettato – come sempre incentrato sul solito art. 41, comma 2, c.p. – quanto per le caratteristiche delle fattispecie concrete esaminate. In ambo i casi, infatti, l'evento è da ritenersi atipico in quanto *entrambe le persone offese conoscevano perfettamente il fattore di rischio* di cui sono rimaste vittime, mentre le regole cautelari di cui era contestata la trasgressione erano volte a segnalare l'esistenza del pericolo e preservare i terzi ignari da *inconsapevoli esposizioni*. Da qui la conclusione che la deliberata autoesposizione al pericolo delle vittime non rientra tra i sottoeventi che le regole cautelari intendevano prevenire così da imporre la conseguente assoluzione dei garanti che pure risultavano neglienti rispetto ad un'altra tipologia di eventi.

Tanto chiarito – seppure in modo sintetico – un'osservazione conclusiva s'impone.

Il criterio diagnostico ora evocato nulla può (come del resto ogni criterio) contro l'*arbitrio iudicis*. Essendo questi chiamato a verificare se l'evento traduca o meno il fattore di rischio insito nella regola della quale si contesta la trasgressione, ben si comprende come tutto dipenda dal modo in cui l'interprete individua la *ratio* modale della regola cautelare trasgredita. Se nel farlo ci si avvale, come sarebbe doveroso, delle costanti nomologico-esperienziali che hanno ingenerato l'adozione della regola cautelare¹³⁹, allora il giudice troverà al di fuori di sé il pa-

¹³⁸ Il riferimento è a Cass. pen., sez. IV, 2.7.2014, n. 36920, in www.dirittoegiustizia.it.

¹³⁹ Cfr., per tutti, FORTI, *colpa ed evento*, cit., 508 ss.

rametro alla luce del quale valutare la tipicità dell'evento: con la conseguenza che egli saprà riconoscere anche ipotesi di atipicità. Qualora ci si avvalga invece della logica predittiva per interpretare la *ratio* della regola cautelare, allora sarà agevole per il giudice argomentare la tipicità di qualunque risultato¹⁴⁰: sino al punto di considerare tipico – per tornare all'esempio di apertura di questo paragrafo – anche la morte per asfissia da monossido di carbonio del lavoratore sguarnito di un locale di riparo che si sia trascinato nel furgoncino un bidone contenente della brace. Non vi sarebbe del resto da meravigliarsi. È quanto già si è verificato nella vicenda dell'operaio deceduto per asfissia *a causa* della mancanza di un bagno (v. *supra* § 5.2): un caso risolvendo il quale la Corte di cassazione, sulla scorta del criterio della prevedibilità, ha avuto l'ardire di considerare tipica la morte *per infortunio* rispetto alla violazione della regola cautelare in materia di *igiene*: il tutto sulla base dell'asserto secondo cui la regola cautelare che impone l'obbligo dei servizi igienici nei cantieri avrebbe anche lo scopo di evitare che i lavoratori si esponessero a rischi nell'urgente ricerca di un posto in cui espletare le proprie esigenze fisiologiche.

È, in fondo, la solita alternativa: prevedibilità *versus* normatività della colpa penale.

¹⁴⁰ Cfr. FORNARI, *Descrizione dell'evento*, cit., 729 s. In argomento da ultimo PERIN, *La crisi del "modello nomologico" fra spiegazione e prevedibilità dell'evento nel diritto penale. Note introduttive e questioni preliminari sul fatto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1371 ss.

OSCAR MORALES

QUESTIONI FONDAMENTALI RIGUARDO AL TRATTAMENTO DEGLI INFORTUNI SUL LAVORO NEL DIRITTO PENALE SPAGNOLO ^{(*)(**)}

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Struttura tipica dei reati contro la sicurezza e l'igiene nel lavoro. – 2.1. Reati di pericolo. – 2.2. Norme penali in bianco. – 2.3. Autore e partecipazione. Con particolare riguardo alla delega. – 2.4. L'autore nella giurisprudenza del *Tribunal Supremo* e delle *Audiencias provinciales*. – 3. Nesso di causalità e imputazione oggettiva: «norme di prevenzione dei rischi sul lavoro», «mezzi necessari» e «misure di sicurezza adeguate». – 4. La fattispecie soggettiva. – 5. Il concorso di reati. – 6. La responsabilità penale delle persone giuridiche.

1. *Introduzione*

La sicurezza e l'igiene sul lavoro continuano ad essere tra i temi irrisolti del mercato lavorativo spagnolo. I già elevati indici di infortunio continuarono in rialzo durante gli anni del miracolo economico spagnolo (1998-2006), con lievissime variazioni, e senza che l'attività legislativa dello Stato e delle Comunità Autonome riuscisse a compensare quantitativamente il numero di incidenti rispetto al maggior sviluppo economico. Nonostante lo sforzo del legislatore nella regolamentazione della sicurezza e dell'igiene nel nostro Paese attraverso la Legge di Prevenzione dei Rischi Lavorativi ed i regolamenti settoriali di sviluppo, i numeri relativi agli infortuni lavorativi sono molto lontani dal punto ottimale.

In questo contesto, il maggior indice di emergenze si concentrava nel settore dell'edilizia. Se nel 1997 il 24% degli incidenti sul lavoro aveva luogo nella realizzazione di cantieri civili, nel 2003 la percentuale restava su numeri simili, con leggeri picchi al rialzo intorno al 26%. Per di più, il numero di infortuni ed incidenti mortali nell'edilizia pone la Spagna in cima alla classifica europea. E, logicamente, la statistica si riflette nell'ordinamento giuridico: 24.702 procedimenti penali aperti per reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro.

Nel periodo più intenso della crisi il numero di infortuni è diminuito. Nel biennio 2008-2009 si osserva anche una diminuzione quantitativa globale del numero di sinistri: 200.000 in meno nel 2009 rispetto all'anno precedente; 5.100 in-

^(*) Relazione tenuta in occasione del Seminario organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, l'8-9 aprile 2014.

^(**) Traduzione dallo spagnolo a cura della dott.ssa Alessandra Macillo.

cidenti gravi in meno e 178 vittime mortali in meno da un anno all'altro. L'edilizia, seriamente colpita per il suo indiscutibile sovradimensionamento, concentra nel 2008 il 23,4% degli infortuni, numeri ancora molto elevati, che nel 2009 calano fino al 19%. Nel 2008, il 36% del totale delle morti sul lavoro avevano luogo nel settore dell'edilizia, mentre un anno dopo, nel 2009, tale valore crollava fino al 26%. L'industria riscontra numeri in calo identici a quelli del settore dell'edilizia, mentre si osserva un incremento intorno al 6% degli infortuni nel settore dei servizi, unico sopravvissuto obbligato alla crisi.

Senza dubbio, i suddetti dati non permettono una spiegazione univoca. L'economia spagnola puntò fortemente per anni sull'edilizia, circostanza che in buona misura spiega gran parte dell'elevato tasso di infortuni. La crescente attività del settore generava, al tempo stesso, una crescente domanda di personale, che si è alimentata sempre di più attraverso gli elevati flussi migratori che sopportava il nostro paese; ciò ha provocato, a sua volta, squilibri culturali tra gli agenti non sempre facili da equilibrare ed i cui effetti si facevano sentire anche nella sicurezza e nell'igiene sul lavoro. D'altra parte, il settore dell'edilizia richiama frequentemente l'espressione «realizzazione di cantieri civili» che è solita implicare l'intervento di varie imprese e lavoratori nell'esecuzione di uno stesso progetto; l'azione preventiva, allora, diventa più complessa rispetto ad altri settori in cui ciascun partecipante è l'unico e massimo responsabile della sua pianificazione ed esecuzione. Per parte sua, l'ispettorato del lavoro non ha aumentato le proprie risorse umane allo stesso ritmo di crescita dell'economia spagnola o del settore dell'edilizia. E non esistono azioni di coordinamento specifiche tra l'Ispettorato del Lavoro e la Procura Generale dello Stato per frenare gli infortuni, ostacolando la messa in pericolo dei lavoratori prima ancora della produzione dell'incidente.

La crisi economica mostra, tuttavia, che la riduzione degli infortuni è congiunturale. Scende il numero globale di infortuni, diminuisce anche il numero di incidenti gravi, nella misura in cui i settori ove tradizionalmente si verificavano riducono drasticamente la propria attività. Sarebbe interessante, a tal fine, disporre dei dati relativi agli incidenti per numero di ore/uomini in ciascun settore, per verificare se, in proporzione, gli infortuni nell'industria e nell'edilizia non siano oggi persino maggiori rispetto al periodo di benessere. Perché ciò che certamente risulta evidente è che le cifre in questi ambiti continuano ad essere allarmanti e, per di più, si muovono in rialzo in quel settore che coagula l'offerta tra il 2008 ed il 2010: quello dei servizi, che occupa già nel 2009 il 53% degli infortuni totali. Ciò ci riporta all'inizio dell'introduzione: o il tessuto imprenditoriale del paese non si è seriamente impegnato nella prevenzione dei rischi, oppure, come qualche settore ha evidenziato criticamente, i meccanismi legali di qualificazione degli infortuni sono lontani dall'essere minimamente efficaci; o ancora e più probabilmente,

una combinazione più o meno equilibrata di entrambi i fattori.

In questo contesto, il Codice penale spagnolo appresta alla tutela della sicurezza e dell'igiene sul lavoro due norme d'indiscutibile valore. Se tradizionalmente si può parlare di un fine preventivo della pena (oltre al suo carattere retributivo), l'inserimento nel 1995 degli articoli 316 e 317 nel Codice Penale Spagnolo accentua un'incidenza molto più reale che terminologica: la pena si converte nel motivo più serio di prevenzione dei rischi sul lavoro.

2. Struttura tipica dei reati contro la sicurezza e l'igiene nel lavoro

Gli articoli 316 e 317 del Codice penale spagnolo trattano, rispettivamente, la condotta dolosa e quella colposa dei reati di pericolo grave per l'integrità fisica o per la vita dei lavoratori.

Si tratta di fattispecie penali straordinariamente aperte, che, combinandosi, restituiscono una norma penale in bianco, che comprende un reato doloso o addirittura colposo, omissivo, semi-proprio e di pericolo. E, per ciò stesso, è necessario dissezionare la portata di ciascun elemento tipico con precisione millimetrica, posto che il Diritto penale non può essere impiegato come elemento simbolico di repressione a qualsiasi costo: esistono incidenti fortuiti; incidenti avvenuti per violazione delle più elementari misure di sicurezza; per piccole negligenze; o, semplicemente, perché si è accettato il rischio che possano verificarsi, non avendo adottato misure di alcun genere, e in ciascuna di queste ipotesi la risposta giuridica deve essere diversa. A volte, inoltre, l'azione di prevenzione dei rischi sul lavoro passa per l'articolazione di complessi meccanismi di coordinamento: ciò comporta che ciascun attore assumerà un ruolo diverso nella pianificazione o nell'esecuzione delle misure di sicurezza sul lavoro, dovendosi, allora, distinguere chiaramente l'ambito di competenza di ciascuno dei partecipanti. La creazione di norme penali riflette, dunque, la direzione general-preventiva di una politica criminale determinata. E se si vuole osservare nella norma penale uno scopo general-preventivo chiaro, non possono confondersi i destinatari della norma ed i ruoli che, in base a questa, essi possono o devono assumere in ciascun momento.

Cominciando dalla loro struttura, si tratta, in entrambi i casi, di fattispecie di pericolo concreto, ossia basta la prova di un pericolo concreto per la vita, la salute o l'integrità fisica, affinché si consideri commesso il reato.

2.1. Reati di pericolo

La creazione di una struttura di pericolo, accettata apertamente in questo ambito da parte di alcuni autori (Lascurain) non è, invece, scevra da polemiche, tan-

to per ciò che concerne l' idoneità strutturale del pericolo concreto, quanto per i problemi di congruenza soggettiva che può provocare rispetto all' evento materiale in concreto raggiunto. Nel primo senso, un autorevole filone dottrinale ha evidenziato, in effetti, che soltanto la struttura del pericolo astratto sarebbe capace di garantire in modo soddisfacente la sicurezza dei lavoratori (Baylos/Terradillos). Nel secondo, Morillas ha messo in evidenza la difficoltà di accettare che l' agente si rappresenti il dolo di pericolo concreto per la vita e mai, invece, quello di evento; ipotesi che, realizzandosi, potrebbe spostare la qualificazione del caso verso il tentativo di omicidio, a prescindere, per adesso, dai criteri di risoluzione dell' eventuale concorso. Ad ogni modo, sono rare le ipotesi in cui si presenta alla giurisdizione penale la mera messa in pericolo, se non è accompagnata, per lo meno, dalla lesione o dal decesso di un lavoratore.

Deve considerarsi, inoltre, che il confine tra, da un lato, il pericolo per la vita o la sua lesione derivante da una omissione nelle misure di sicurezza e, dall' altro, ciò che conosciamo come malattie professionali, che si sarebbero potute evitare con misure preventive adeguate, non sempre è facilmente tracciabile. Ciò renderà ancora più difficile l' analisi delle ipotesi sussumibili sotto l' ombrello delle norme analizzate. Si è arrivati a suggerire, in effetti, che tali casi vadano ricondotti in una sorta di pericolo di fatto consentito, data la passività che concretamente vige in molti casi, fuori, dunque, dall' ambito di protezione penale degli articoli 316 e 317 c.p.S. (Corcoy).

2.2. *Norme penali in bianco*

Presupposto per la loro applicazione è la previa violazione di norme di prevenzione dei rischi sul lavoro. Gli articoli 316 e 317 del Codice Penale Spagnolo sono, dunque, autentiche norme penali in bianco: ciò implica un allentamento del principio di legalità, posto che sarà necessario ricorrere alla normativa settoriale per completare gli elementi della fattispecie penale. La tecnica della legge penale in bianco non può consentire, tuttavia, quello che neppure una norma penale ordinaria permetterebbe: l' applicazione analogica in caso di lacune o silenzi legali o regolamentari. Tanto che, se la normativa settoriale non prevede espressamente gli obblighi di ciascuno in un concreto e determinato settore dell' attività, non potrà certamente realizzarsi un' imputazione capricciosa, in base a simili norme regolamentari. E ciò, poiché nel trasferire detta analogia alle norme penali in bianco si finirebbe per trasferire l' analogia stessa, che in ogni caso deve ritenersi vietata in base al principio di legalità penale (articolo 25 della CE e articolo 1.1 e 4.1 del Codice Penale Spagnolo).

Di conseguenza, ove la Legge di Prevenzione dei Rischi sul Lavoro o il Regolamento settoriale corrispondente non impongano direttamente un obbligo in

materia di sicurezza e salute, ad esempio sul committente di un cantiere, non sarà possibile dedurre detto obbligo per analogia rispetto a, continuando con l'esempio, l'appaltatore, subappaltatore o coordinatore di sicurezza, dato che, altrimenti, si finirebbe per applicare la legge penale ad ipotesi non contemplate espressamente in essa e, per di più, *in malam partem*.

La natura di queste fattispecie quali norme penali in bianco incide trasversalmente sul precetto e sul suo risultato interpretativo.

2.3. Autore e partecipazione. Con particolare riguardo alla delega

Di particolare interesse è il regime di autoria e partecipazione in questo tipo di reati. Siamo dinanzi a strutture complesse, dove la divisione delle funzioni è uno degli strumenti fondamentali per il perseguimento degli obiettivi impresariali. Divisione delle funzioni che, in generale, implica una forte atomizzazione della responsabilità giuridico-penale.

Quello contro i diritti dei lavoratori si configura come un reato proprio, così come il reato fiscale (Baylos/Tarradillos, Martínez-Bujàn, Tamarit). È necessario assumere la qualità di *legalmente obbligato* richiesta nella fattispecie per poter essere considerato autore della stessa (com'è necessario possedere la qualità di obbligato tributario nel reato fiscale per essere autore di una frode tributaria). La condizione di *legalmente obbligato* nell'ambito dei reati contro i diritti dei lavoratori realizza una funzione restrittiva, poiché impedisce di considerare autori coloro che sono privi di tale qualificazione. Si può discutere se l'avverbio di modo «legalmente» restringa ancora di più la possibilità di essere considerato autore di questo reato, impedendo la sua commissione a coloro che non fossero stati espressamente designati tali dalla "Legge". L'ampia regolamentazione settoriale in materia di prevenzione dei rischi, normalmente sviluppata attraverso i regolamenti per riuscire a conservare maggiori spazi di speditezza nell'adozione di misure efficaci, sarebbe, però, sicuramente compromessa se i Regolamenti non potessero formare parte degli obblighi "legali" a cui si riferiscono le citate disposizioni del Codice penale spagnolo. Premesso ciò, il comando legale nascerebbe con l'attribuzione legale o regolamentare di una porzione di competenza direttamente controllabile dall'agente; competenza esclusiva o solidale, ma sempre attribuita in modo espresso dalla norma o delegata su base normativa, secondo quanto si vedrà nel prosieguo.

Per quanto detto, soggetto attivo non sarà solo l'imprenditore, come invece ha sostenuto Navarro, ma neanche qualsiasi soggetto che "di fatto" abbia assunto funzioni in materia di sicurezza e salute a meno che non esista una copertura di legge o regolamento – e, con qualche remora, in base ad un Accordo Collettivo – di questa assunzione. La collocazione del *legalmente obbligato* fuori da una strut-

tura normativizzata, regolata, favorisce chiaramente un'interpretazione della fattispecie legata al concetto unitario di autore, secondo la quale tutti coloro che direttamente o indirettamente partecipano a funzioni direttive o rappresentative dell'impresa sarebbero da considerare autori del reato, indipendentemente dall'ambito in cui quelle funzioni si svolgano. La restrizione del *legalmente obbligato* alle ipotesi in cui per legge o regolamento si prevede o si autorizza, permette di rompere questa tendenza. E ciò a prescindere persino dal tenore letterale dell'estensione operata dall'art. 318 c.p.S.

Se si prende in considerazione la normativa extra-penale, possono ricavarsi alcune conclusioni riguardo al novero dei possibili autori. Secondo quanto disposto dall'articolo 14 della LPRL, l'obbligo di garantire la protezione dei lavoratori di fronte ai rischi lavorativi ricade, fondamentalmente, sull'imprenditore, figura sufficientemente indeterminata, tale da necessitare una ulteriore specificazione. Indipendentemente da chi sia imprenditore nei termini di cui all'art. 14 della LPRL, certamente non tutto il processo di prevenzione dei rischi passerà, necessariamente, (né potrebbe essere così) attraverso l'imprenditore. Di sicuro, se si vuole garantire alla norma penale un qualche tipo di efficacia general-preventiva, non avrebbe senso che un solo soggetto attivo sopporti tutta la pressione preventiva della norma. Detto in altri termini, l'impossibilità di adempimento di un comando sarà carente, per definizione, di forza dissuasiva, oltre ai problemi che, come hanno indicato Baylos/Terradillos, provocherebbe una concezione pietrificata della responsabilità solo nella cuspide o solo nella base rispetto al principio del fatto proprio. Al massimo, e questa è la via utilizzata dal legislatore, potrà considerarsi l'imprenditore come massimo artefice della creazione e gestione di un sistema efficace di prevenzione dei rischi sul luogo di lavoro, degradandosi la sua responsabilità (penale) nella misura in cui abbia delegato secondo legge o regolamento ciascuna delle fasi dell'azione preventiva.

In effetti, tanto la LPRL come il RD 39/1997 del 17 Gennaio con cui si approva il Regolamento dei Servizi di Prevenzione, contemplano la possibilità per l'imprenditore, nella creazione e gestione della sua politica preventiva, di appoggiarsi ad organi tanto interni quanto esterni alla propria azienda. La delega *«costituisce, così, uno dei meccanismi più importanti per la efficace azione preventiva, poiché permette di distribuire funzionalmente gli obblighi nella materia»*.

Qualche autore (Pavia) ha evidenziato la possibilità che la delega produca effetti, oltre che per via legale o regolamentare, anche attraverso accordi tra operatori. Tuttavia, a mio giudizio e dal punto di vista giuridico-penale, la delega potrà avvenire soltanto per legge o regolamento. E questa esigenza si presenta come tale a garanzia di tutti gli interessi in gioco.

In primo luogo, e fondamentalmente, a beneficio della sicurezza dei lavoratori (obiettivo primario sotteso al bene giuridico tutelato). La possibilità di una delega

paralegale permetterebbe, senza dubbio, la creazione di strutture di *irresponsabilità organizzata*, che impedirebbero la localizzazione del sempre recondito «*legalmente obbligato*». Ammettendosi la delega oltre i limiti tracciati nella legislazione settoriale, si finirebbe per autorizzare l'atomizzazione della responsabilità al di fuori del quadro direttivo. Esso servirebbe a fondare l'esclusione di responsabilità penale nella cuspide della piramide e, al tempo stesso, incrementerebbe la pressione penale sugli stessi lavoratori, così come il disequilibrio proprio di ogni relazione lavorativa.

Ma, in secondo luogo, la limitazione legale e regolamentare della delega permette di mantenere la norma penale in bianco degli artt. 316 e 317 del c.p.S. nei limiti di costituzionalità definiti, tra le altre, dalla Sentenza del *Tribunal Constitucional* 127/1990, del 5 luglio. Il principio di tassatività impone l'obbligo di specificare, non solo l'ipotesi di fatto, intesa come condotta vietata, bensì, al tempo stesso, l'insieme dei soggetti attivi ai quali in via principale è diretto il divieto. La limitazione della delega entro i termini in cui è ammessa per legge o regolamento, permette di identificare più facilmente l'autore del fatto, favorendo, contemporaneamente, un'interpretazione della disciplina dell'autoria e della partecipazione in questi reati rispettosa del principio del dominio finalistico del fatto superando così le interpretazioni unitarie. In definitiva, la delega regolamentare attribuisce ruoli, concretizzando chi è, in ciascuna ipotesi, il soggetto paragonabile all'imprenditore, inteso nei termini straordinariamente ampi in cui lo configura la LPRL. E, in questo stesso modo, il Regolamento dei Servizi di Prevenzione e i regolamenti settoriali, riescono a specificare chi, tra coloro che potrebbero *a priori* assumere detta condizione, sarebbe realmente obbligato in ciascun livello. Questo, come si vedrà, è particolarmente chiaro nel coordinamento dell'attività preventiva, sia in generale, che all'interno dei cantieri civili, in particolare.

In ultimo, una delega conforme alle disposizioni legali o regolamentari permette ai soggetti partecipanti, in linea con quanto anteriormente precisato, di conoscere i propri specifici obblighi in materia di sicurezza: e ciò, in un certo modo, coadiuva la delimitazione del comportamento tipico. A differenza di quanto accadeva col Codice penale spagnolo del 1973, l'articolo 316 del vigente testo recepisce una fattispecie penale aperta. Se l'articolo 348 *bis* a) del c.p.S./1973 recepiva una fattispecie mista alternativa ma con mezzi commissivi determinati, la soppressione con l'art. 316 c.p.S. di alcune delle alternative tipiche non ha ridotto la sua portata ma, al contrario, l'ha convertita in una fattispecie penale aperta, ampliando ancora di più il suo ambito di applicazione (di diverso avviso, Hortal). La condotta vietata recepita nell'art. 316 c.p.S., consistente nel «*non fornire i mezzi necessari affinché i lavoratori svolgano la propria attività con le misure di sicurezza ed igiene adeguate*», non si limita solo all'obbligo di fornire mezzi materiali quali l'equipaggiamento di protezione individuale, la messa in sicurezza dei macchina-

ri, etc.. La condotta si riferisce a qualsiasi elemento che per legge o regolamento debba essere predisposto nell'azione preventiva per assicurare la salute e l'igiene dei lavoratori. Ed il pericolo per la vita o l'integrità del lavoratore, richiesto dagli articoli 316 e 317 c.p.S., dovrà mettersi in relazione in termini di rischio con la misura in concreto omessa. Cosicché, a seconda dei casi, il legalmente obbligato potrà pur aver adottato le misure tecniche e materiali per la prevenzione dell'incidente, ma a nulla esse varranno se il lavoratore non abbia ricevuto, ad esempio, la formazione specifica per il loro utilizzo, o se, seguendo nella speculazione, non si siano stabiliti dei meccanismi di supervisione sull'efficacia della misura e, di conseguenza, la vita o l'integrità del lavoratore siano state messe in pericolo. Da quanto detto emerge l'assoluta necessità di una perfetta delimitazione degli obblighi che ciascun soggetto può assumere nel processo di definizione e gestione dell'azione preventiva. E, di conseguenza, l'esclusione della responsabilità di colui che ha adempiuto alle proprie funzioni, delegate entro i termini di legge o regolamento stabiliti.

La limitazione della delega a ipotesi normativamente previste costituisce, così, il *prius* logico di qualsiasi strategia di pianificazione dell'attività preventiva. Ma anche nel caso in cui la delega sia così attribuita, questo non sempre comporterà l'esclusione della responsabilità, anche penale, del delegante. La delega né consumerà né ridurrà in compartimenti stagni le porzioni di responsabilità, ma servirà da base per la corretta attribuzione di responsabilità penale in accordo ai principi dogmatici di questa disciplina. Acquista significato, così, il riferimento alla degradazione della responsabilità, a cui anteriormente si alludeva.

Nell'attività realizzata in un unico centro di lavoro, la responsabilità residuale includerà anche quei casi in cui l'imprenditore abbia trascurato i suoi ragionevoli doveri di vigilanza sul delegato. In effetti, la responsabilità residuale del delegante resta riservata ad ipotesi di assoluto disinteresse rispetto all'attività preventiva a cui si è obbligato il delegato. In questi casi si manterrà la responsabilità penale dell'imprenditore, per due ragioni di fondo. Da un lato, la delega non sarà stata, in realtà, delega normativa, poiché normativamente si conserva il dovere di supervisione e vigilanza, secondo quanto stabilito dall'art. 16 della LPRL. Fondata così la reità del legalmente obbligato, la vigilanza non esercitata sarà, in secondo luogo, espressione della grossolana noncuranza, se non proprio del dolo eventuale, rispetto agli obblighi di prevenzione.

Tuttavia, nell'attività coordinata, la sopravvivenza di obblighi di vigilanza e controllo non può essere formale. Se, come abbiamo visto, la delega deve essere normativa e in più rispondere ad un principio di ripartizione del lavoro come formula efficace di prevenzione dei rischi, allora la conservazione di porzioni di responsabilità non deve porsi in contraddizione rispetto alla separazione delle funzioni.

2.4. L'autore nella giurisprudenza del Tribunal Supremo e delle Audiencias provinciales

A) l'Autore nella giurisprudenza

La giurisprudenza si è interrogata sul significato del concetto di «legalmente obbligato». Prevalentemente, tanto il *Tribunal Supremo* (Ordinanza del 6 novembre 2001 e Sentenza del 10 aprile 2001), quanto le *Audiencias Provinciales* (SAP Barcellona del 8 settembre 2009 (sezione 10^a), SAP Barcellona del 18 giugno 2002 – Sezione 2^a–) sostengono che legalmente obbligato non possa ritenersi unicamente l'imprenditore, nella misura in cui ciò convertirebbe l'articolo 316 c.p.S. in una chiara modalità di diritto penale d'autore e non del fatto. Particolarmente chiara a rispetto, è la SAP Barcellona del 18 giugno 2012: «*non si può pretendere di dedurre da questa norma l'imposizione di una responsabilità penale per il mero fatto di essere imprenditore. Una tale interpretazione sarebbe contraria ai principi di un Diritto penale del fatto e ci collocherebbe, indefettibilmente, nell'alveo di un inaccettabile Diritto penale d'autore*». Parimenti grafica è la SAP Teruel del 15 settembre 2009, quando statuisce che: «*per essere soggetto attivo non basta dimostrare la condizione formale di amministratore o rappresentante, come pretende la parte ricorrente, agli effetti dell'applicazione dell'articolo 318 del C. penale (spagnolo, n.d.r.), poiché ciò sfocerebbe in una specie di responsabilità penale oggettiva per il mero fatto di essere imprenditore, delegato o amministratore, quando è necessario altresì che sullo stesso ricada il compito di adempiere e far adempiere le norme di sicurezza, istruendo i lavoratori in tal senso*».

L'estensione del novero dei soggetti attivi che deriva da questa interpretazione giurisprudenziale richiede allora una nuova delimitazione. Fino a dove si estende allora il concetto di legalmente obbligato? È possibile, nella giurisprudenza, proiettare la qualificazione quale soggetto attivo del reato persino ai lavoratori stessi? Tale questione non solleva molti dubbi nel nostro paese. In realtà, basta l'assunzione di fatto di responsabilità in materia di prevenzione per fondare la convinzione del Tribunale sulla reità del soggetto, qualunque sia la sua posizione nell'organigramma imprenditoriale. Così, la SAP Cadice, del 24 ottobre 2007 – sezione 1^a – si riferisce all'assunzione di fatto di responsabilità come fonte di origine della condizione di autore: «*In effetti, in parte l'attribuzione di responsabilità generica che, in principio, grava sull'imprenditore, può riguardare anche il personale tecnico, inclusi i responsabili d'azienda e di cantiere, quando questi ultimi abbiano una minima potestà di comando, rappresentazione e di organizzazione, anche se "di fatto"*».

B) Autore e delega nella giurisprudenza

Alcune sentenze del *Tribunal Supremo* si incamminano nella direzione indicata più sopra in relazione alla delega. In tal senso, la Sentenza del TS del 14 luglio

1999, configurava la conservazione di porzioni di responsabilità su di un triplice scenario: inadempimento dei doveri di diligenza nella selezione del delegato; inadempimento dei doveri di apporto materiale necessari per il raggiungimento degli obiettivi dell'attività preventiva; e, infine, inadempimento dei compiti di supervisione residuali del delegante (approfonditamente, Meini). Pur essendo correttamente individuati gli scenari di responsabilità residuale, non devono, tuttavia, ignorarsi i requisiti soggettivi degli articoli 316 (dolo, anche eventuale) e 317 (colpa grave), né le condizioni richieste per l'imputazione oggettiva dell'evento di pericolo all'azione od omissione pericolosa provocata dall'autore. In caso contrario, qualsiasi disattenzione (persino lieve), svincolata in termini di rischio rispetto all'evento di pericolo concreto, potrebbe arrivare a sussumersi in una qualsiasi delle due fattispecie penali, infrangendo chiaramente il principio del c.d. divieto di regresso.

Alcune Corti provinciali hanno ragionevolmente inteso il funzionamento della delega e la possibilità (necessità) di escludere la responsabilità penale del delegante nei casi di delega con supervisione: «*La delega effettiva della posizione di garante richiede che la stessa si realizzi su di una persona che abbia la qualifica e le conoscenze necessarie per adempiere correttamente alla funzione affidata. Il titolare dell'ambito di organizzazione che delega la sua posizione di garante è a sua volta garante di questa condizione, nonché del fatto che il resto dell'organizzazione – nella parte in cui egli ne sia responsabile – sia mantenuta in condizioni tali da rendere possibile l'adempimento del dovere di garanzia (ad esempio, si deve disporre dei mezzi adeguati per l'esercizio della funzione). Entro questi limiti, la delega di funzioni di garanzia a terzi esclude la competenza del titolare dell'organizzazione rispetto al rischio che gestisce il delegato*» (SAP Santa Cruz de Tenerife – Sezione 2^a, del 27 febbraio 2009).

In fondo, la delega costituisce uno degli elementi centrali della efficace prevenzione dei pericoli sul lavoro, poiché permette di obbligare molteplici soggetti in ragione della propria capacità organizzativa e funzionale (SAP Biscaglia del 26 novembre 2002). Secondo il primo punto di vista, perché qualsiasi decisione strategica può essere adottata soltanto da chi abbia la capacità per farlo; dal secondo, perché la pianificazione, esecuzione e supervisione dell'azione preventiva deve essere portata a compimento da chi abbia le conoscenze tecniche per garantire l'efficacia del processo.

Nonostante ciò, non sono poche le decisioni secondo cui la delega costituirebbe, in realtà, un sistema di cumulo di autori che converte gli articoli 316 e 317 c.p.S. in chiari indici del concetto unitario di autore: «*L'atto di delega costruisce una posizione di garanzia – quella del delegato – senza cancellare la posizione di garanzia che presentava il delegante. Esso darà vita a ipotesi di responsabilità cumulativa di delegante e delegato; il delegante, in base alle competenze mantenute e il de-*

legato, in base alle competenze conferite. In questo modo, il delegante non è esonerato dal suo dovere di garanzia – continua a conservare l'obbligo di tutelare i beni giuridici delle persone che lavorano nell'impresa rispetto alle fonti di pericolo provenienti dallo stesso funzionamento dell'impresa –, ma egli stesso subisce una trasformazione qualitativa» (SAP Guipúzcoa del 21 febbraio 2005 – Sezione 1^a).

3. *Nesso di causalità e imputazione oggettiva:*
«norme di prevenzione dei rischi sul lavoro», «mezzi necessari»
e «misure di sicurezza adeguate»

Per tre volte la fattispecie penale fa riferimento alla sicurezza: (i) Rispetto alla violazione delle norme di prevenzione dei rischi sul lavoro, deviando, così, l'interprete verso la legislazione generale e settoriale di rischio, al fine di individuare gli obblighi specifici di attuazione; (ii) quando non si forniscano i mezzi necessari, il che situa l'analisi sul piano materiale (non normativo), esigendosi, così, un legame tra la disciplina, che deve indicare i requisiti minimi, e la realtà dei mezzi offerti al lavoratore; e (iii) affinché questi svolgano la propria attività con le misure di sicurezza adeguate, ipotesi che chiude il novero dei requisiti di imputazione oggettiva (in quest'ultimo caso, molto legata a quella soggettiva).

L'articolo 316 c.p.S. (e per estensione il 317 dello stesso testo) restringono l'ambito del penalmente rilevante attraverso una sequenza chiaramente garantista: violazione di norme di prevenzione, assenza di mezzi, i quali impediscono di lavorare con le misure di sicurezza adeguate. Un triplo livello di requisiti da cui deriva che il semplice accertamento di una infrazione nell'ordine lavorativo non debba comportare, necessariamente, l'attivazione del processo penale: qui è dove il principio di sussidiarietà gioca un ruolo di estrema importanza. Infatti, nonostante la somiglianza con l'ordinamento amministrativo, in quest'ultimo settore la mera constatazione della violazione della normativa comporta l'imposizione della sanzione; nell'ambito penale, al contrario, sarà necessario rapportare questa violazione normativa con la realtà concreta dei mezzi materiali e della loro articolazione quali misure efficaci per la tutela della vita e della salute dei lavoratori.

Sarà necessario, quindi, l'accertamento della produzione di un rischio giuridicamente disapprovato o l'aumento di quello permesso, produzione o aumento del rischio che deve esattamente concretizzarsi nell'evento. Se, invece, l'evento è concretizzazione di altri rischi (assunti dalla vittima, ad esempio), esso non potrà imputarsi oggettivamente ad un qualsiasi altro rischio, provocato dall'autore e non collegato all'evento. Deve, dunque, accertarsi la connessione in termini causali e di rischio tra le violazioni verificate della normativa sul lavoro e l'evento provocato; o la prevedibilità dell'evento nei termini in cui si è verificato, così co-

me il ruolo specifico occupato da ciascuno degli agenti in materia di sicurezza.

La giurisprudenza fa riferimento al necessario nesso di causalità e all'imputazione oggettiva, alla concretizzazione tra il rischio insito nella condotta colposa o dolosa e l'evento di pericolo, in termini molto diversi. A volte, semplicemente nega la possibilità di ricorrere al processo penale, pur accertata la violazione di norme di prevenzione dei rischi sul lavoro, quando detta violazione sia di scarsa rilevanza (Sentenza della Corte Provinciale di Barcellona (sezione 3^a), del 13 luglio 1999); altre volte, si menziona specificamente il necessario nesso di causalità e l'imputazione oggettiva che deve mediare tra l'azione od omissione produttiva del rischio e l'evento provocato (Sentenza della Corte Provinciale di Barcellona (sezione 2^a), del 18 giugno 2002).

I mezzi e le misure di sicurezza adeguati dovranno adattarsi a ciascun settore di attività, per cui, ovviamente, i regolamenti settoriali saranno di capitale importanza nel momento in cui si progetterà l'attività preventiva. Ma la stessa LPRL presenta la struttura cui devono conformarsi quei mezzi adeguati e quelle misure efficaci di cui alle fattispecie penali in commento. Questa struttura minima conterrà: a) la valutazione dei rischi generali e specifici del posto di lavoro; b) l'individuazione delle misure di sicurezza necessarie per la prevenzione di tali rischi specifici, che dovranno proiettarsi tanto sulle risorse materiali, tanto su quelle umane (EPIs, o equipaggiamenti di protezione individuale); c) il controllo della implementazione necessaria delle misure di sicurezza, incluse le squadre di protezione; d) il controllo dell'efficacia delle misure di sicurezza adottate; e) l'informazione e formazione dei lavoratori sui rischi generali e specifici del posto di lavoro. Si è riflettuto ampiamente sulla possibilità che quest'ultimo obbligo legale faccia parte delle «misure», cui si riferiscono gli articoli 316 e 317 del Codice penale spagnolo, anche se pochi dubbi possono sorgere sull'efficacia preventiva di tali misure, dato che permettono al lavoratore di conoscere l'indice di rischio (ammesso) nello svolgimento della propria attività; infatti, la conoscenza da parte del lavoratore dei rischi specifici del posto di lavoro gli permetterebbe di soppesare le possibili imprudenze che egli può realizzare durante la giornata lavorativa e soppesare, allo stesso modo, il grado di adempimento del dovere di diligenza da parte dell'imprenditore; f) per settori caratterizzati da rischi molto specifici, il controllo dell'evoluzione tecnologica per la prevenzione dei rischi; e g) rispetto a lavoratori con necessità particolari, adattare le misure di sicurezza alle loro possibili disabilità.

Un'ultima questione di capitale importanza nell'imputazione del rischio prodotto dall'autore all'evento di pericolo concreto, è la partecipazione del lavoratore stesso, ovvero sia ciò che si conosce come autoesposizione al pericolo. La sicurezza e l'igiene sul lavoro presentano tutti gli elementi di ciò che in dottrina è dato chiamare "organizzazione congiunta". In essa, ciascun soggetto assume una

porzione di esecuzione conforme a parametri prestabiliti (in questo caso, “legalmente” stabiliti). Nel caso dell'imprenditore, la LPRL lo obbliga ad adottare misure che anticipino anche le imprudenze non temerarie del lavoratore. Fino a questo punto arriverà il suo dovere di diligenza. Nel caso del lavoratore, essa lo obbliga ad assumere le misure di sicurezza apportate dall'imprenditore. Omesso deliberatamente dal lavoratore quest'altro punto, essendo altamente probabile che il pericolo o l'evento lesivo si sarebbe potuto evitare o minimizzare con l'adozione delle misure predisposte, l'evento di pericolo (o lesione) sarà riconducibile all'ambito di responsabilità della vittima.

Così la va delineando, tra l'altro, la giurisprudenza, la quale accoglie direttamente la possibilità di chiudere l'istruttoria, dichiarando il non luogo a procedere per insufficienza di prove, quando i mezzi di prova rivelano che sia stata la vittima stessa ad aver prodotto o aumentato il rischio concretizzatosi nell'evento: in tal caso non esiste autore sul quale proiettare l'imputazione, poiché manca la tipicità stessa del reato. In questo senso si esprime l'Ordinanza della Corte Provinciale di Barcellona (sezione 8^a), del 25 ottobre 2002, che dichiara il non luogo a procedere sulla base dello stesso ragionamento, ma in relazione all'articolo 317 del Codice penale spagnolo. Questa decisione, riferita in concreto al settore dell'edilizia, contiene una pronuncia sui limiti di esigibilità riguardo ai doveri di diligenza, in base alla quale: *«concorre una condotta della vittima che obbliga a trasferire al suo ambito di responsabilità il controllo dell'evento lesivo. E ciò, poiché non solo non adotta le misure di sicurezza esistenti, nonostante la vittima possedesse le conoscenze necessarie sulla prevenzione dei rischi sul luogo di lavoro e possedesse i mezzi a sua disposizione, ma, per di più, aumenta deliberatamente il rischio insito nell'azione accedendo al lucernario esattamente dal luogo in cui le condizioni erano sensibilmente più pericolose. Da ciò deriva che, accettati reciprocamente gli ambiti di responsabilità di ciascuno, non possa pretendersi l'imputazione dell'evento alla condotta dell'appaltatore».*

4. La fattispecie soggettiva

L'articolo 316 c.p.S. disciplina la modalità dolosa delle violazioni contro la sicurezza e l'igiene nel lavoro, mentre l'art. 317 dello stesso testo comprende la modalità per colpa grave. La messa in pericolo per colpa lieve della vita o integrità fisica come conseguenza dell'omissione di misure di sicurezza adeguate, non è, dunque, punibile nel nostro ordinamento, neppure a titolo di contravvenzione. Questione questa altamente controversa, poiché, nonostante si tratti di reati di pericolo, normalmente nella pratica saranno oggetto di attenzione da parte dei Tribunali solo quando si accompagneranno ad un evento materiale (lesioni o

morte). In questa prospettiva, non è inusuale osservare una certa tendenza verso il *post hoc*, ossia verso l'affermazione immediata in base alla quale ogni evento materiale sarebbe la constatazione empirica dell'assenza di misure di sicurezza o che ogni evento materiale sarebbe conseguenza inevitabile di una previa esposizione al pericolo: circostanza che, invece, non è affatto certa. L'esistenza di una contravvenzione per colpa lieve potrebbe aiutare ad equilibrare gli strumenti interpretativi, in modo tale da potersi evitare con maggior semplicità gli automatismi. Al tempo stesso, e da ciò sorge la controversia, la presenza di una contravvenzione potrebbe risultare eccessivamente allettante come grande calderone, finendo per sminuire gli oneri di prevenzione configurati fuori dall'ambito penale e sottraendo qualsiasi spazio di operatività al caso fortuito.

Cominciando con l'analisi della modalità dolosa prevista dall'art. 316 c.p.S., questa norma richiede che l'omissione delle misure di sicurezza sia realizzata con rappresentazione e volontà, non solo della mancata adozione, ma anche del pericolo che ciò implica, in concreto, per la vita e l'integrità fisica dei lavoratori. Dato che la modalità dolosa è sensibilmente più grave della colposa, è necessario dimostrare, almeno, la conoscenza della norma extra-penale e l'elevata probabilità, in termini vicini alla certezza, che l'omissione della misura produrrà il pericolo concreto per la vita e l'integrità fisica indicato dalla fattispecie (dolo eventuale). Importante in questo senso, giacché applica la teoria dell'accettazione del rischio per l'accertamento del dolo eventuale, è la Sentenza della Corte Provinciale di Madrid (sezione 1^a), del 18 giugno 2002, quando afferma: «*il dolo consiste qui nella coscienza della violazione della norma di sicurezza e della situazione di pericolo grave che da quella deriva per la vita, la salute o l'integrità fisica dei lavoratori e nella decisione del soggetto di non evitare questo pericolo, manifestata, a sua volta, dalla mancata applicazione della misura di sicurezza che, imposta dalla norma, lo avrebbe neutralizzato. Basta, dunque, il dolo eventuale, riferito non all'evento lesivo per la vita, bensì alla situazione di pericolo e all'esistenza di una norma di sicurezza, che si rappresentino come probabili, e alla decisione di non adottare la misura esigibile nonostante tale rappresentazione, accettando così la comparsa e l'aumento del rischio effettivo, piuttosto che dell'evento lesivo*».

Non è comune, tuttavia, che le decisioni giudiziali in questa materia si pronuncino espressamente sulla presenza del dolo, anche quando esiste una condotta colposa grave.

Anche negli aspetti soggettivi dell'articolo 316 del Codice penale spagnolo, conviene non perdere di vista la possibile concorrenza della condotta dolosa insieme ad un ulteriore evento lesivo della vita o dell'integrità fisica. Come si vedrà più avanti in relazione alla condotta colposa, è necessario che l'evento possa essere imputato alla condotta realizzata dal soggetto. Ciononostante, possono prodursi situazioni di incongruenza soggettiva, per eccesso, tra l'omissione dolosa

della misura di sicurezza alla cui implementazione era legalmente obbligato l'agente e l'evento lesivo.

In relazione ai requisiti soggettivi dell'articolo 317 c.p.S., relativi alla colpa grave, questa richiede in generale la violazione di norme oggettive di diligenza; con le particolarità proprie del giudizio, che operano, da una parte, all'interno della relazione lavorativa e dello specifico ambito in cui questa si realizza e, dall'altra, in relazione alla temerarietà. Su quest'ultimo punto, bisogna interrogarsi su cosa sia ciò che definisce la temerarietà o la gravità, secondo quanto indicato dal Codice penale spagnolo vigente al momento del verificarsi dei fatti. Il *Tribunal Supremo* ha richiesto in relazione alla temerarietà o gravità della colpa la combinazione di vari criteri, che si condensano nelle sentenze del 9 giugno 1982, 28 marzo 1990 e 18 marzo 1999. In quest'ultima si fa riferimento a: «1) la maggior o minor carenza di diligenza nell'attività o condotta che si configuri nella dinamica criminosa; 2) la maggiore o minore prevedibilità dell'evento quale accadimento risultante, misurata in accordo alla tipologia di condotta che si realizzi nella stessa, e 3) il maggior o minor grado di inosservanza che emerge dall'inadempimento del dovere imposto dalla regola socio-culturale di convivenza sociale e da quella specifica che disciplina certe attività».

Forse l'elemento che giocherà in questo settore un ruolo di primaria importanza sarà quello della possibilità di evitare l'evento, che evidentemente deve essere coniugato con la necessaria ponderazione tra la condotta negligente, una volta che questa sia stata accertata, l'entità dei beni giuridici in gioco e l'ambito in cui questi siano stati lesi. Di modo che, in quelle situazioni in cui la produzione di un evento facilmente evitabile, risultato della creazione o dell'aumento di un rischio tipicamente rilevante, si manifesti nella lesione di un bene giuridico fondamentale, dovrà qualificarsi la colpa come grave o temeraria, essendo unicamente evitabile tale qualificazione quando il bene giuridico colpito sia di minor importanza.

Certamente, la stretta connessione della norma penale con la legislazione sul lavoro (LPRL, Regolamento di sviluppo e legislazione settoriale, così come la stessa LISOS), permetterà con frequenza al giudicante di bilanciare al massimo la qualificazione della colpa che, si badi, deve essere grossolana per essere tipica. Oltre al regime di violazioni e sanzioni amministrative, nella legislazione extrapenale si trovano positivizzate le norme di diligenza, insieme a determinate regole di standardizzazione del dovere. Così, il Capitolo III della LPRL, configura i diritti e i doveri di lavoratori e imprenditori in materia di sicurezza ed, in particolare, l'articolo 15.4 di tale testo, sintetizza uno dei principali standard di misurazione della diligenza dovuta, coniugando entrambi gli aspetti, quando sancisce che: «l'effettività delle misure preventive dovrà anticipare le distrazioni o imprudenze non temerarie che possa commettere il lavoratore». Si configura così il punto massimo del dovere di diligenza imprenditoriale, la cui violazione produrrà, precisa-

mente, una colpa lieve, in accordo al principio generale secondo cui la mancanza di un'assoluta diligenza dà luogo a colpa lieve, mentre la violazione grossolana di diligenza fa sorgere la colpa grave. In definitiva, l'articolo 15.4 LPRL permette di concludere che, coperti i minimi di efficacia oggettiva delle norme di sicurezza, dall'ottica giuridico-penale non sorgerà la colpa grave se non in quei casi in cui l'imprenditore trascuri che un comportamento diligente (normale od ordinario) del lavoratore possa di per sé produrre un rischio per la sua vita o integrità fisica.

5. *Il concorso di reati*

Gli articoli 316 e 317 del Codice penale spagnolo prevedono un comportamento doloso o colposo consistente nella produzione di un evento di pericolo concreto per la vita o l'integrità fisica. È ovvio che, in linea di progressione, l'evento di pericolo si concretizzerà alla fine in una lesione della vita o dell'integrità fisica e che detta lesione si rifletterà nei reati di omicidio o di lesioni colpose (articoli 142 e 152 del Codice penale spagnolo, rispettivamente) o nelle loro corrispondenti contravvenzioni (articoli 621, numeri 2 e 3, dello stesso testo). Uno stesso comportamento, allora, finirà per determinare la produzione di diversi eventi, tutti riconosciuti come delitto o contravvenzione in diverse norme del Codice penale spagnolo, dovendosi, dunque, risolvere il relativo concorso in base alle regole generali descritte nella parte generale. Le soluzioni possibili sono le più disparate nella giurisprudenza, che a volte ha optato per l'applicazione del concorso di reati (in questo senso, oscillando, il *Tribunal Supremo* nella Sentenza del 19 luglio 2002 mentre, nella giurisprudenza minore, è degna di nota la Sentenza della Corte Provinciale di Cuenca (Sezione unica), del 21 febbraio 2001, pur limitando il concorso ideale al reato di pericolo e di lesione, indipendentemente dal numero di eventi lesivi causati), mentre in altre si è ricorsi al concorso apparente di norme penali, applicando unicamente il reato principale; in quest'ultimo caso, il canone risolutivo per eccellenza è la regola della consunzione (per tutte, Sentenza del *Tribunal Supremo* del 4 giugno 2002 e Sentenza della Corte Provinciale di Barcellona (Sezione 3^a), del 23 settembre 2003 (relatore, Josep Niubó Claveria, in catalano).

Ciò che è certo, è che prima di avventurarsi in una soluzione definitiva del concorso tra le norme concorrenti, è preferibile differenziare le possibili ipotesi:

a) *Produzione colposa di un grave rischio che riguarda esclusivamente una persona e si concretizza in una lesione.* – Deve ricorrersi qui al concorso apparente di norme penali, risultando escluso il reato di pericolo a favore del reato di lesioni, in accordo al principio di sussidiarietà. Deve rammentarsi che nella soluzione del concorso non vigono, salvo che nel caso di specialità, relazioni logico-formali,

bensì valutative. Tal che risulta necessario per l'interprete ricorrere non solo all'equivalenza strutturale, ma anche al "fatto" globalmente considerato, che permette di distinguere il modo in cui in concreto è stato commesso lo stesso. Proprio la struttura dell'articolo 317 del Codice penale spagnolo, per altro, permette e suggerisce ciò, posto che l'omissione di misure di sicurezza alle quali si è "legalmente obbligati", come si è visto, può essere di carattere esclusivamente individuale rispetto ai rischi permessi. Di conseguenza, sarà soltanto un lavoratore colui che (per mancanza di informazioni, o di equipaggiamento individuale di protezione, etc.), si esporrà al rischio e subirà, altresì, l'evento lesivo. In questi casi, il disvalore d'azione dell'una e dell'altra norma concorrente è identico: la violazione della norma oggettiva di diligenza si circoscrive alla normativa extrapenale (LPRL e sviluppi regolamentari generali e settoriali); e il disvalore d'evento è in chiara progressione, senza possibilità di colpire terzi, il che conduce indefettibilmente all'idea di sussidiarietà. Non causandosi ulteriori situazioni di pericolo, né essendo questo possibile, la sanzione per entrambe le norme costituirebbe una chiara violazione del principio del *ne bis in idem*: il disvalore d'azione è identico, e il disvalore d'evento del 317 del Codice penale spagnolo è consumato nell'articolo 152 del Codice penale spagnolo.

b) Produzione colposa di un grave rischio per i lavoratori (in plurale) e reato di evento colposo (lesioni od omicidio). – In questo caso, l'introduzione di una variabile (sul piano strutturale e fattuale, simultaneamente) quale la produzione di un rischio concreto per una molteplicità di soggetti passivi (omissione di formazione per la totalità dei lavoratori, o mancanza di equipaggiamento di protezione nell'azienda, etc.), impone un trattamento differenziato. Dunque, se il disvalore d'azione continua ad essere equivalente in entrambe le modalità criminose (di pericolo e lesione), il disvalore d'evento del reato di lesioni non consuma più la totalità del disvalore del reato di pericolo, ove coloro che hanno visto danneggiata la propria integrità e quelli che hanno sofferto soltanto un pericolo per la stessa siano distinti. La progressione è, allora, parziale e solo il concorso di reati è capace di coprire la complessità del disvalore totale provocato.

c) Produzione colposa di un grave rischio per la vita o l'integrità fisica dei lavoratori ed evento lesivo per colpa lieve. – Già abbiamo detto che la violazione di norme di diligenza è identica nel reato colposo di pericolo ed in quello di evento colposo. Partendo da ciò, qualificare come contravvenzione l'evento lesivo implica una considerazione del disvalore d'azione effettuata su basi diverse rispetto a quelle del reato di pericolo. La domanda allora è chiara: cos'è che determina che il disvalore d'azione di ciascuno degli eventi (di pericolo e di lesione) debba assumere basi diverse; perché o la violazione delle norme di prevenzione dei rischi sul lavoro costituisce un'inosseranza delle norme di diligenza di carattere lieve, oppure è di carattere grave. Ma in tutti i casi sarà lieve o grave in modo identico

nell'evento di pericolo e nell'evento di lesione. La soluzione di questo contrasto tramite un concorso di reati disattende i canoni dell'interpretazione giuridica. Ciò, perché le uniche soluzioni congruenti sarebbero, a mio parere, due: o la violazione delle norme di prevenzione dei rischi sul lavoro che causa il pericolo costituisce una colpa lieve, non contemplata come contravvenzione nell'ordinamento penale (che prevede la punizione soltanto di quelle gravi mediante l'articolo 317 del Codice penale spagnolo, secondo quando analizzato); oppure essa rappresenta una colpa grave costitutiva di reato, nel qual caso vigono le norme descritte nei paragrafi a) e b). Potrebbe accadere, tuttavia, che tra la produzione del rischio grave per il lavoratore e la concretizzazione del rischio in un evento lesivo, si realizzino interruzioni causali non prevedibili dall'imprenditore (per esempio, imprudenze del lavoratore, che non abbia rispettato le pur insufficienti misure di sicurezza fornite dall'imprenditore), tal che, qui sì, il disvalore d'azione risulti diverso in ciascuna delle figure criminose. La permanenza del reato di pericolo durante il periodo in cui interviene l'omissione delle misure di sicurezza conserva l'unità del fatto, per cui potranno applicarsi in questi casi le regole del concorso formale, punendosi senza dubbio in conformità alle norme del comma terzo dell'articolo 77 del Codice penale spagnolo, ossia, punendo sulla base di entrambi i precetti separatamente. In ogni caso, si tratta di circostanze eccezionali, poiché, come abbiamo visto precedentemente, il contributo colposo del lavoratore, per avere efficacia nella diminuzione della colpa rispetto all'evento lesivo fino alla sua considerazione quale contravvenzione, normalmente diminuirà, a sua volta, la violazione del dovere di diligenza dell'imprenditore in relazione anche al reato di pericolo, rendendo impunita tale condotta, tenuto conto dell'assenza di previsione di una (logica) contravvenzione di rischio per colpa lieve.

d) Produzione dolosa di un grave rischio per la vita o l'integrità fisica dei lavoratori e evento colposo ulteriore. – Si tratta di una ipotesi di incongruenza soggettiva, dato che la rappresentazione e volontà dell'autore rispetto alla condotta, non è uguale a quelle corrispondenti all'evento lesivo; si tratta di ipotesi in cui l'agente, nella sua condotta iniziale, voleva o accettava soltanto la produzione di un evento di pericolo, ma non si rappresentava la possibilità (non almeno come voluta) che detto pericolo concreto si materializzasse in un evento lesivo, per esempio di lesioni. Questo tipo di ipotesi, certamente frequenti, devono essere sanzionate in accordo alle regole del concorso formale, tra la condotta iniziale dolosa (articolo 316 del Codice penale spagnolo) e l'ulteriore evento lesivo (articolo 142, 152 o 621 del Codice penale spagnolo, a seconda dei casi).

6. Responsabilità penale delle persone giuridiche

Il codice penale spagnolo, eccezion fatta per le disposizioni dell'articolo 318 c.p.S., non contiene previsioni di responsabilità penale per le persone giuridiche in questi reati. Nonostante la presenza iniziale nel Progetto del 2007, alla fine le norme in commento furono escluse dal gruppo di reati a cui si associa la responsabilità penale della persona giuridica. Ciononostante, si veda il commento all'articolo 318 c.p.S., in cui si presenteranno considerazioni sulla portata delle conseguenze accessorie dell'articolo 129 c.p.S.

Indicazioni bibliografiche

- AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia, 2002
- AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316): problemas concursales con las infracciones administrativas de seguridad e higiene*, in *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, 1997, Vol. 1
- ARROYO ZAPATERO, *Responsabilidad administrativa y penal en seguridad y salud laboral. Especial consideración de la responsabilidad penal de los profesionales de la prevención*, in *Jornadas conmemorativas del centenario de la Ley Dato*, Fremap, Madrid, 2001
- BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos contra l libertad y la seguridad en el trabajo. Consideraciones sobre modalidades de comisión, concurso y consumación*, in *CPC*, n. 6, 1978, pag. 163
- BAYLOS GRAU, TERRADILLOS BASOCO, *Responsabilidad penal del empresario en seguridad y salud*, in *Alcor de mgo. Revista científico- Técnica de Seguridad y Salud Laborales*, n. 1, 2004
- CASTIÑEIRA, CORCOY, CARDENAL MONTRAVETA, HORTAL IBARRA, *Concurrencia de culpas en accidentes laborales (Comentario a la SAP de Barcelona de 2 de septiembre 2003)*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2005
- COBO DEL ROSAL, SÁNCHEZ- VERA GÓMEZ-TRELLES, *Responsabilidad penal por accidentes laborales*, in *Economist&Jurist*, aprile, 2004
- CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA, HORTAL IBARRA, *Protección penal de los accidentes laborales (A propósito de la Sentencia de la AP Barcelona (Sección 2ª) 2 de septiembre 2003)*, in *Poder Judicial*, n. 71, 2003
- DE VICENTE MARTÍNEZ, *Sujetos responsables de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito laboral y en el ámbito penal. En especial la responsabilidad penal de los técnicos en prevención de riesgos laborales*, in *AP*, n. 12, 2003

- DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, 2008
- DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo*, in *PJ*, 1998, pag. 97
- ESCATEJO SAN EPIFANO, *Artículo 317 Código Penal: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas*, in *AP*, 2000
- FERNÁNDEZ MARCOS, *La seguridad e higiene en el trabajo en la reforma del Código penal*, in *Revista de Política Social*, n. 140, 1983, pag. 19
- FIGUEROA NAVARRO, *La responsabilidad penal por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales*, in *La Ley Penal*, n. 19, 2005
- GARCÍA MURCIA, *Delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo y su aplicación jurisprudencial*, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 8, 1981
- GARCÍA RIVAS, *Reflexiones sobre inseguridad laboral e imprudencia (A propósito de la SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003)*, in *Revista de Derecho Social*, n. 24, 2003
- HORTAL IBARRA J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcellona, 2005
- HORTAL IBARRA J.C., *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad penal de los arquitectos técnicos en materia de prevención de riesgos laborales*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, n. 3, 2005
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994
- MORALES GARCÍA O., *Régimen de responsabilidad penal derivada de la siniestralidad laboral en la ejecución de obras civiles*, in *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, n. 12, 2005
- MORALES GARCÍA O., *Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral*, in *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Albacete, 2006
- MORALES GARCÍA, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, *Responsabilidad penal empresarial y siniestralidad laboral*, in *Memento Práctico Social Francis Lefebvre*, ed. 2005-2010
- MORILLAS CUEVA, *La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud laboral*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 14, 2004
- NAVARRO CARDOSO, LOSADA QUINTAS, *La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo*, in *AP*, 2001, n. 40
- PAVÍA CARDELL, *Responsabilidad penal por el siniestro laboral: una guía para la imputación personal*, in *La Ley Penal*, n. 19, 2005
- RAMÍREZ BARBOSA P.A., *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo*, Madrid, 2007
- RIVERO LLAMAS, *Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales*, in *Actualidad Laboral*, 1996- 3

- SÁEZ VALCÁRCEL, *Morir en el trabajo. Política criminal frente a los accidentes laborales*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 15, 2005
- TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad laboral como delito*, Alicante, 2006
- TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: Diez años de vigencia (Diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)*, in Terradillos Basoco/Acale Sánchez (Dirs.) *Estudios Jurídicos sobre siniestralidad laboral*, Siviglia, 2006
- TERRADILLOS BASOCO (Dir.), ACALE SÁNCHEZ (Coord.), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables "género", "inmigración", y "edad"*, Albacete, 2009

CARLO PIERGALLINI

COLPA E ATTIVITÀ PRODUTTIVE:
UN LABORATORIO DI DIRITTO “CEDEVOLÉ” ^(*)

SOMMARIO: 1. Norma e normalità: un binomio in crisi. – 2. Attività produttive e capovolgimento della ‘grammatica’ penalistica. – 3. La destrutturazione del tipo colposo. – 4. Dal reato colposo di danno al reato doloso di ‘finto’ pericolo: una sperimentazione fallita? – 5. Conclusioni.

1. *Norma e normalità: un binomio in crisi*

In un recente, celebrato saggio, Natalino Irti ricordava che «la parentela semantica tra norma e normalità esprime che la vita è normale e regolare nel suo corso quotidiano, se è retta e governata da una norma, che la ‘squadra’ e ne fa misura»¹. Dunque, “regolarità” e “normalità” sono termini essenziali al linguaggio giuridico. Regolare è il fatto conforme alla regola; normale il fatto adeguato allo schema normativo. L’ordine nel quale i fatti giuridici sono considerati dovrebbe escludere qualsiasi infiltrazione di casualità e di discrezionalità, poiché esso postula un netto schema binario di conformità/disformità. Questo autorevole ammonimento veniva proposto per enfatizzare la crisi di un simile binomio dinanzi alla irresistibile irruzione del *diritto globale* e alle correlate emergenze della “*Società del rischio*”². Spicca, a partire dagli anni ’90, un legame tra capitalismo e tecnologia talmente stretto che non è più possibile distinguere la vicenda economica da quella scientifica e tecnologica. Si è dinanzi ad un processo di ‘inglobamento’, da parte delle imprese, della tecnica e della sua capacità di modificare la società: nel mondo della produzione, si sono radicati i cc.dd. “sistemi esperti”, aree di sapere specializzato, teleologicamente indirizzati alla produzione. Il fenomeno ha avuto effetti dirimpenti sul diritto, per come esso è oggi. Il primato dell’economia ha determinato una vistosa crisi della statualità, tanto che si è assistito ad una *profonda ridefinizione degli assetti di potere* (sempre meno ‘politici’,

^(*) Testo della relazione svolta al convegno su “*La tutela penale della sicurezza sul lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*”, Certosa di Pontignano (Siena), 8 e 9 maggio 2014.

¹ IRTI, *In dialogo su nichilismo giuridico*, in RIFD, 2006, 1, ora anche in *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, 54.

² Per un’analisi sociologica degli effetti della globalizzazione, v. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, *passim*; quanto alle caratteristiche della “Società del rischio”, si rinvia a BECK, *La società del rischio*, Roma, 2001.

sempre più *‘tecnici’* ed *economici*). Non a caso, vi è chi evoca, per descrivere le ripercussioni sul terreno degli ordinamenti giuridici, la figura del “*diritto globale*”, contraddistinto dai seguenti *‘marcatori’*³:

a) un *diritto senza autori*, perché gli autori sono *troppi* e non sempre politicamente identificabili: da un lato, spiccano *entità sovranazionali*, che ambiscono a ‘normare’ fenomeni non più circoscrivibili in termini di statualità, per ‘imporre’ una armonizzazione delle legislazioni, anche in vista di ridurre il rischio di dis-simmetrie sul piano della concorrenza economica; dall’altro lato, l’ambiente giuridico si popola pure di diverse *figure private* (gruppi, entità collettive, *Law Firms*), che ambiscono ad *autoregolarsi* per gestire *in comune* i loro *affari*;

b) l’idea della *governance*, che traduce l’istanza di un *diritto regolativo*, affidato ad una somma di individui, accomunati da comuni obbiettivi (economici), sul presupposto che lo Stato nazionale è ormai strutturalmente incapace di governare fenomeni globali;

c) un *diritto senza misura*: la globalizzazione economica *non conosce confini*, sì che il diritto e le sue pretese regolative perdono inevitabilmente la misura tradizionale del confine della statualità (la cd. *territorialità*); un fenomeno, questo, non immune da contropinte *‘glocali’*, che, non senza emotività, reclamano la centralità del ‘territorio’, delle sue tradizioni e della sua cultura;

d) un diritto *flou, fuzzy*, a bassa definizione, cedevole, ‘programmatorio’ più che ‘definitorio’, che smarrisce la capacità prescrittiva e tende a riposizionarsi come creatore di cornici giuridiche che saranno riempite di contenuti specifici dai soggetti a cui si rivolge; fatalmente, un diritto di questo conio è consegnato al governo dei giudici, che assume cadenze ‘giusrealistiche’, orientate sul caso.

Con specifico riguardo alla *dimensione ermeneutica*, si sono profilati alcuni importanti corollari, formalizzabili in alcune *coppie oppostive*, che tramandano, con immediatezza, il *distacco* tra il diritto *‘conformativo’* (tradizionale) e quello *‘valutativo’* (moderno, post-moderno, globale). Eccole in sequenza.

(a) *Diritto ‘lineare’* vs. *diritto ‘cedevole’*.

Il diritto ‘lineare’ (tradizionale) è fondato sulla *‘tipicità’*, come regola di condotta e, dunque, sulla possibilità di prevedere e calcolare le conseguenze del proprio agire.

Il diritto ‘cedevole’ (moderno, globale) si sgancia da giudizi di previsione e si incarna nell’*accadere del fatto*: è un diritto *flou, fuzzy*.

(b) *Giuspositivismo* vs. *giusrealismo*.

Nel diritto ‘lineare’, è il *caso* che deve piegarsi alla norma (giuspositivismo), mai il contrario.

³ La descrizione dei ‘marcatori’, contenuta nel testo, deriva dall’analisi svolta da FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma, 2012, *passim*.

Nel diritto 'cedevole', è la norma che si piega al caso, in nome del principio di effettività del diritto (giusrealismo), che deve applicarsi 'effettivamente'; l'avverbio designa la giustizia del caso concreto, la soddisfazione di interessi pre-compresi.

(c) *Dimensione conformativa vs. dimensione valutativa* del diritto.

Nel diritto 'lineare', la regola di condotta sta *prima e sopra* il fatto e assume una dimensione conformativa, che rilascia un esito digitale (conforme/disforme).

Nel diritto 'cedevole', il diritto sta *dopo* il fatto, vale a dire nelle circostanze concrete della controversia e nella composizione del sotteso conflitto sociale, sì da rilasciare una dinamica valutativa. È un diritto che teme la 'lacuna' e che, soprattutto quando la società reclama 'giustizia', si affida al giudice perché individui una regola 'singolare', perché 'decida' (profilandosi, per questa via, una sorta di ufficio poietico della giurisdizione).

Il diritto penale non dovrebbe risentire di simili turbolenze. Anzi, il rapporto tra norma e normalità, scolpito da Irti, dovrebbe ritenersi incorruttibile nel diritto penale, circondato da una non negoziabile "grammatica" delle garanzie (di derivazione costituzionale), che serve a controbilanciarne il ruolo di bastone violento dell'ordinamento. Tuttavia, la globalizzazione e i rischi da produzione indotti dalla modernità hanno scosso l'edificio penalistico, mettendolo in crisi sotto diverse angolature. Gli attacchi più insidiosi al fortino penalistico si sono verificati, e continuano a verificarsi, prevalentemente sul piano delle *fonti* e su quello *ermeneutico*. L'irruzione di componenti internazionali e sovranazionali ha profondamente sovvertito l'idea di un diritto penale come "spazio chiuso" e ordinato. Concorrono, ormai, nel "Penale", sistemi normativi diversi ma simultaneamente applicabili, secondo una logica di "internormatività giuridica"⁴. Nel tentativo di ricomporre le tensioni che si generano, emerge il ruolo della giurisdizione, sempre più orientata a ragionare per 'principi' che non secondo le regole (le norme), ormai afflitte da una vistosa instabilità⁵. Sul collegato versante dei rischi globali della modernità, si staglia un diritto penale 'applicato', che tende camaleonticamente ad issarsi a *magna charta* delle vittime, contraddicendo le sue fondamenta.

2. Attività produttive e capovolgimento della 'grammatica' penalistica

La descritta paradigmatica di un "diritto cedevole" trova un significativo (e non esaustivo) *riscontro* nell'ambito dei delicati rapporti che intercorrono tra il diritto penale e lo svolgimento delle attività produttive. In particolare, spicca il

⁴ Così, DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, 1986, 268.

⁵ Lo rileva PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmajianiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1128.

settore della responsabilità penale da *esposizioni professionali*, afflitto, come si sa, dal problema della *latenza del rischio*, della sua *riconoscibilità* e della sua susseguente *'gestione'*. Su questo terreno, è possibile assistere ad alcuni fenomeni, che destrutturano in profondità il tipo colposo: a) il primo concerne l'orientamento, ormai consolidato, della giurisprudenza di legittimità, che, *bypassando* il pur complicato problema della causalità, punta risolutamente a *scardinare la tradizionale impronta nomologica della riconoscibilità del rischio* a vantaggio di modelli comportamentali ispirati al principio di precauzione⁶; b) il secondo fenomeno riguarda il ricorso alla figura del *reato di pericolo* (*sub specie del disastro innominato*) per aggirare le ben conosciute difficoltà di accertamento della causalità individuale nell'ambito di procedimenti contraddistinti da un numero elevatissimo di vittime: in questa evenienza, una parte della giurisprudenza di merito, sia pure *'stoppata'* dai giudici di legittimità, ha provato a trasfigurare il DNA del reato di pericolo, dilatandone i tempi di consumazione; c) infine, è emersa una *insofferenza nei confronti dello stesso emisfero colposo*, vissuto come una sorta di privilegio, e, dunque, non di rado abbandonato per intraprendere una rincorsa verso l'emisfero superiore – il *dolo* – con una traiettoria fino ad oggi impensabile rispetto alle attività lecite.

Delineato lo scenario delle *'turbolenze'*, è bene scrutarlo in modo più ravvicinato per dimostrare la ricorrenza di un diritto penale non più conformativo ma *'cedevole'*.

3. La destrutturazione del tipo colposo

L'illecito colposo è caratterizzato da una tipicità aperta, che trova forma e contenuto nelle regole cautelari, di fonte esperienziale (colpa generica) o positivizzate (colpa specifica). Sprovvisto, costitutivamente, di un disvalore di intenzione, una tale lacuna viene compensata da un *surplus* di *iper-normatività (tassatività)*, che deve proiettarsi in direzione delle restanti componenti di disvalore: quello di condotta e quello di evento. Così, i più raffinati studi sulla colpa⁷, che ne scolpiscono la versione "ortodossa", hanno insegnato che:

⁶ Per una illustrazione più dettagliata di una simile destrutturazione, cfr., volendo, PIERGALLINI, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini-Pavarini, Bologna, 2011, 345 ss.

⁷ Si allude alle monografie di MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965; CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993.

i) a rilevare non è un qualsiasi disvalore di condotta, ma solo la *condotta che si pone in contrasto con una regola cautelare*, il cui rispetto perimetra la sfera del rischio consentito; la regola cautelare si configura alla stregua di un modello *epistemologicamente* fondato: individua classi di rischio (modello previsionale a base nomologica) e indica le modalità per disinnescarle (è, perciò, un modello conformativo);

ii) a rilevare non è un qualsiasi evento, ma solo quello che integra la *realizzazione del rischio* insito nella cautela trasgredita (cd. criterio di *copertura del rischio tipico*); l'evento *hic et nunc*, per questa via, è *doppiamente tipico*: deve, infatti, corrispondere non solo a quello previsto dalla fattispecie incriminatrice, ma, prima ancora, deve coincidere con la sfera di rischio che la norma cautelare disciplinava.

La giurisprudenza di legittimità, ormai tetragona, '*decostruisce*' la versione ortodossa del tipo colposo e ne propone una '*cedevole*', così composta:

i) il disvalore di condotta non viene più concepito come una rappresentazione causale anticipata, di taglio nomologico, ma viene soppiantata da una sfumata *non escludibilità* dell'evento, o dalla rappresentabilità di un *generico evento di danno alla salute*, addirittura ricavabile da diafani elementi fattuali;

ii) *salta* del tutto il *criterio di copertura del rischio tipico*, sostituito da una mera connessione di rischio, più lasca e manipolabile, tra la pericolosità del mezzo (ad esempio: le polveri di amianto o di CVM) e il nuovo evento, '*megacontenitore*', del danno alla salute; scompare del tutto l'evento *hic et nunc*;

iii) muta, inevitabilmente, il DNA dell'agente-modello, non più gravato dall'obbligo di conoscere e di adeguarsi ai "saperi" definitivamente fuoriusciti dai centri di ricerca e 'democraticamente' a disposizione del circolo sociale di riferimento; diventa, per contro, un agente al quale la Cassazione richiede «un obbligo di informazione anche in relazione alle più recenti acquisizioni scientifiche anche se non ancora patrimonio comune e anche se non applicate nel circolo di riferimento a meno che si tratti di studi isolati ancora privi di conferma»⁸; per questa via, la figura-modello si slabbra e si consegna interamente nelle mani del giudice, che, con la lente deformata e deformante del "senno di poi", le darà forma e contenuto, con buona pace dei principi di legalità e di determinatezza che presidiano il sistema penale.

L'esito che si prefigura appare chiaro.

L'applicazione del paradigma 'ortodosso' genererebbe verdetti assolutori, fondati, in buona sostanza, sulla *imprevedibilità* dell'evento *hic et nunc* oltre che sulla impossibilità di poter fronteggiare il rischio con regole cautelari nominalmente apprestate per ridurne di diversi. Proscioglimenti rispettosi del principio di determinatezza e di colpevolezza: un chiaro argine alla deriva del *versari*.

⁸ Così, Cass., IV sez. pen., 17 maggio 2006, n. 4675 relativa al procedimento per i fatti del petrolchimico di Porto Marghera, in *Ced* rv. 235659, pp. 282-283 della motivazione.

Fioriscono, per contro, sentenze di condanna, che, sfruttando le declinazioni del diritto ‘cedevole’, puntano a corrispondere ai *bisogni di pena* che le vicende tramandano *in amphitheatro iustitiae*. Di fronte all’elevato numero delle vittime (di processi produttivi che hanno contribuito alla crescita dell’economia italiana negli anni ’60) e alla gravità delle patologie indotte, precedute da un subdolo periodo di latenza, la magistratura si autoassegna un ufficio poietico, destinato a sedare l’irritazione sociale. La norma penale, ricostruita in modo rispettoso della grammatica delle garanzie, non si attaglierebbe al caso: in nome di un diverso principio – quello, giusrealistico, di effettività – la si piega al caso, per corrispondere ad un ideale di giustizia, volto a soddisfare interessi precompresi. Emerge, così, la dinamica valutativa, e non già conformativa, del diritto (penale, in questo caso).

Simili esiti rilasciano un volto della colpa difficile da ritracciare in altri micro-sistemi dell’universo colposo. Persino quando la colpa affonda le radici *in re illicita*. Basti pensare ai precipitati della sentenza a sezioni unite della Cassazione riguardante la norma dell’art. 586 c.p.⁹ Nel lodevole e costituzionalmente imposto obbiettivo di abbandonare la logica del *versari*, la Corte, dopo aver stabilito che l’evento non voluto può essere riferito all’agente solo se si rintracciano gli estremi della colpa, diffida l’interprete dal privilegiare ricostruzioni ‘astratte’ della *prevedibilità*, che, per contro, va declinata “*in concreto*”, tenendo conto dell’evento *hic et nunc*. La circostanza che l’agente reale versi in un ambito di illiceità non influenza la fisionomia della colpa ed il procedimento di individuazione dell’omologo agente-modello (un uomo medio e razionale, posto nella medesima situazione in cui si è trovato l’agente reale). Come si può apprezzare, *in re illicita*, l’evento da impedire è quello *hic et nunc* e la sua prevedibilità va accertata in concreto (in piena aderenza al paradigma ortodosso della colpa). *In re licita*, sia pure circoscritta al settore delle esposizioni professionali, si assiste alla *sepoltura* dell’evento *hic et nunc*, soppiantato dal megacontenitore del danno alla salute, che, come scrive la Cassazione, *fa sì che si risponderà anche quando l’azione ha causato una malattia ignota piuttosto di una nota*¹⁰. Un osservatore esterno temerebbe di essere affetto da diplopia!

4. *Dal reato colposo di danno al reato doloso di ‘finto’ pericolo: una sperimentazione fallita?*

Il laboratorio del diritto ‘cedevole’ ha conosciuto una ulteriore, vistosa sperimentazione con riferimento al ‘tipo’ di reato contestato nell’ambito dei procedi-

⁹ Cass., S.U., 29 maggio 2009, n. 22676, Ronci, in *Ced. rev.* 243381.

¹⁰ Cass., IV sez. pen., 17 maggio 2006, cit., 286.

menti da esposizioni professionali. Sotto un duplice profilo: (a) la rinuncia al reato di danno (di omicidio) a beneficio del reato di pericolo (il disastro innominato); (b) l’abbandono della colpa e vantaggio del dolo. La palestra di queste ardite sperimentazioni è stata il processo Eternit.

(a) Per la prima volta, in materia di danni da esposizioni professionali, si è fatto ricorso alla contestazione di reati di pericolo contro la pubblica incolumità, con l’obbiettivo – evidente – di aggirare tutte le comprensibili *difficoltà di prova* che sarebbero insorte sul terreno della *causalità individuale* rispetto alle tradizionali contestazioni dei reati di danno di omicidio e di lesioni, specie nell’ambito di un procedimento in cui l’elevatissimo numero di parti civili fotografava un fenomeno di autentica vittimizzazione di massa. Per la verità, la contestazione del reato di pericolo (in particolare quello dell’art. 434 c.p.) avrebbe consentito di ‘sfruttare’ processualmente gli studi epidemiologici quando fossero stati in grado di rappresentare un significativo innalzamento del tasso di rischio di contrarre una malattia in una popolazione esposta, così da integrare quel giudizio di causabilità (generale), che fonda i reati di pericolo. Solo che il reato di pericolo, in questo caso, con un mano dà (alleggerisce gli oneri probatori sul terreno causale) e con l’altra toglie (si consuma prima, rispetto al reato di danno, e, dunque, si sposta all’indietro il termine di decorrenza della temuta prescrizione). Così ricostruita l’intelaiatura della imputazione preliminare, l’esito del processo pareva scontato: la prescrizione lo avrebbe fagocitato. Tuttavia, nei primi due gradi di giudizio, così non è stato, perché le Corti di merito hanno proposto una ‘avvenieristica’ lettura del *momento consumativo* del disastro innominato.

i) I giudici di primo grado hanno ritenuto che il disastro innominato integrasse, nella specie, un reato munito di un “*evento perdurante*” (intravvisto, diacronicamente, nella permanente situazione di inquinamento ambientale pericoloso per la pubblica incolumità)¹¹.

ii) Secondo i giudici di appello, invece, l’evento disastro risultava integrato da due elementi strutturali, inscindibilmente connessi: da un lato, il pericolo per la pubblica incolumità; dall’altro lato, dal “fenomeno epidemico”, rappresentato dall’enorme picco di patologie amianto-correlate registrato dalle indagini epidemiologiche tra i lavoratori dell’Eternit ed i residenti delle aree confinanti. Il reato non poteva, dunque, ritenersi prescritto perché la descritta incidenza di patologie era da ritenere in atto¹².

Pur nella diversità delle motivazioni, nell’una come nell’altra decisione è agevole scorgere i cromosomi del diritto ‘cedevole’, che, preoccupato del vuoto di

¹¹ Tribunale Torino, sent. 13 febbraio 2012, pubblicata nel sito www.penalecontemporaneo.it, p. 521 della motivazione.

¹² Corte di Appello Torino, sent. 3 giugno 2013, pubblicata nel sito www.penalecontemporaneo.it

tutela, si piega al caso concreto allo scopo di corrispondere alla domanda di giustizia. L'esito di questa ardua sperimentazione è stato quello di *trasformare il reato di pericolo in un reato di danno*, reinserendo nel 'tipo' gli *effetti dannosi delle condotte*. Ciò è avvenuto, nel caso della sentenza di primo grado, coniando una nuova figura, sconosciuta in dottrina e in giurisprudenza: quella del reato ad "evento perdurante", una figura destinata a compensare l'impossibilità di ricorrere al reato permanente e ideologicamente sorretta dall'intento di evitare la prescrizione. Apparentemente meno grezza, ma non meno insidiosa, la ricostruzione dei giudici di appello: atteso che il fenomeno epidemico perdura, non vi è spazio per la prescrizione, perché il reato di disastro sarebbe ancora in atto. Detto in termini più chiari: siccome si è in presenza, oggi, di eventi di danno (le morti), è di questi che occorre tenere conto ai fini del decorso della prescrizione.

L'esito dei due verdeti non è troppo dissimile, quanto meno sul versante 'dogmatico'. Poiché l'applicazione ortodossa del reato di pericolo, in ordine alla individuazione del suo momento consumativo, avrebbe anticipato la decorrenza della prescrizione, la consumazione va rimodellata *on demand*: vuoi 'reimmettendo' inammissibilmente nel tipo gli effetti "perduranti" dell'evento di pericolo; vuoi intravedendo la prova della permanenza del pericolo nella persistenza dei danni. In entrambi i casi, si destruttura il DNA del reato di pericolo, che viene riconcepito come un reato di danno.

Ora, se provassimo a ripristinare la grammatica penalistica, ci si avvederebbe subito del fatto che il reato di disastro è da ritenere istantaneo, con effetti permanenti¹³, e che il momento della sua consumazione, dal quale inizia a decorrere la prescrizione, coincide con quello in cui le condotte dell'attività di impresa, descritte nelle imputazioni, una volta oltrepassato il limite della fabbrica, avevano innescato il fattore di pericolo per la pubblica incolumità. È questo il momento in cui il rischio si radica e si diffonde nella comunità esposta.

Questa volta, a ristabilire l'ortodossia, è intervenuta la prima sezione penale della Cassazione. Con una prosa lineare, la Corte ha dapprima 'rimproverato' ai giudici di primo grado di avere operato una confusione tra le nozioni di reato permanente e reato istantaneo ad effetti permanenti, istituendo una inedita nozione di evento perdurante. Poi, rivolgendosi ai giudici di appello, ha stabilito quel che si sapeva: che, cioè, l'incolumità collettiva entra nella previsione norma-

¹³ Per un esame della struttura del reato di disastro innominato, v.: CORBETTA, *Delitti contro la pubblica incolumità, Tomo I, I delitti di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale, Parte Speciale*, diretto da Marinucci-Dolcini, Padova, 2003, 582 ss.; GARGANI, *Reati contro la pubblica incolumità, Tomo I, Reati di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, Milano, 2008, 161 ss., 449 ss. Sul punto, v. altresì in questa *Rivista*, p. 251 ss., le opinioni a confronto di BRUNELLI, CORBETTA e RUTA su "I mille volti del disastro", con nota introduttiva di GARGANI.

tiva del disastro innominato solamente sotto il profilo della pericolosità, che ha ad oggetto specifico un evento materiale, il disastro, inteso quale fatto distruttivo di proporzioni straordinarie, qualitativamente caratterizzato dalla pericolosità per la pubblica incolumità. Una tale pericolosità non va confusa con i concreti effetti per l'incolumità delle persone: dunque, non è corretto aggiungere all'evento costitutivo del disastro eventi rispetto ad esso estranei ed ulteriori, quali quelli delle malattie e delle morti, costitutivi, se mai, dei differenti delitti di lesioni e di omicidio (che non avevano formato oggetto di contestazione)¹⁴.

Un epilogo, questo, tanto chiaro quanto prevedibile. Per alcuni, e non ci si riferisce alle vittime, sarà pure ideologicamente deludente, ma il rispetto delle garanzie (della grammatica) *deve* restare materia non negoziabile in uno Stato di diritto.

(b) Per la prima volta, nell'ambito dei procedimenti per esposizioni professionali, le imputazioni (di pericolo) sono state contestate nella forma del *dolo eventuale*. L'irruzione della forma più blanda di dolo con riferimento al disastro innominato già a prima vista fomenta interrogativi.

Il primo è di carattere dogmatico, visto che la dottrina e la giurisprudenza ritengono che il dolo richiesto dall'art. 434 c.p. è pacificamente il dolo intenzionale (con esclusione, quindi, anche del dolo diretto), da riferire al disastro, mentre l'evento di pericolo, rappresentato dalla esposizione di una pluralità di soggetti al rischio intenzionalmente prodotto con l'obbiettivo di danno, può essere ascritto a titolo di dolo eventuale¹⁵. Ciò che rileva, però, è che la causazione del disastro deve essere intenzionale. Questa è, in breve, la grammatica penalistica.

È sufficiente leggere il seguente passo della sentenza di primo grado per cogliere il distacco dall'orientamento prevalente. «*Invero, gli imputati certamente non si sono posti come scopo primario della rispettiva condotta di cagionare un disastro che invece si è verificato, giacché – come si può ricavare da quanto fin qui considerato – il loro intento era quello di conseguire utili sul mercato attraverso la produzione del cemento-amianto e, tuttavia, per raggiungere i loro scopi industriali e commerciali, hanno agito nella piena e perfetta consapevolezza degli enormi danni che sarebbero stati arrecati all'ambiente ed alla salute delle persone in conseguenza dei propri comportamenti criminosi, dal momento che gli effetti della loro condotta, non solo erano ampiamente prevedibili, ma erano stati esattamente previsti come risulta provato con assoluta certezza*»¹⁶. Si tratta di una posizione minata da un grave confondimento: si riconosce, bensì, l'inesistenza di un dolo intenzionale rispetto alla condotta di causazione del disastro, ma, in chiaro contrasto con la dottrina e la giurisprudenza, si assegna esclusivo rilievo agli effetti prevedibili, ed ef-

¹⁴ Cass., sez. I pen., 23 febbraio 2015, n. 7941, in *Ced* rv. 262790, p. 74 ss. della motivazione.

¹⁵ Cfr., in proposito, CORBETTA, *Delitti contro la pubblica incolumità*, cit., 638 ss.; GARGANI, *Reati contro la pubblica incolumità*, cit., 463 ss.

¹⁶ Tribunale Torino, sent. 13 febbraio 2012, cit., 508.

fettivamente previsti, della condotta. Scompare, dunque, il dolo intenzionale, che, sulla scorta del tessuto normativo, deve, invece, costituire l'ineliminabile *prius* per poter accedere, poi, alla valutazione relativa alla prevedibilità degli effetti e alla loro accettazione.

Sul piano *politico-criminale*, traspare, nella ipotesi accusatoria e nelle sentenze, la tendenza a concepire il dolo come una sorta di 'farmaco' nell'ottica della tutela di importanti beni giuridici. Rispetto ad eventi di danno megalici, la colpa viene probabilmente percepita come una sorta di 'privilegio', per le seguenti ragioni:

1) perché gli editti sanzionatori non corrispondono ai *bisogni di pena* che la società reclama;

2) perché impone *oneri probatori 'superiori'* rispetto al dolo, alcuni dei quali non conseguibili (si pensi alla dimostrazione dell'efficacia impeditiva delle cautele doverose all'epoca della condotta);

3) perché *vanifica la stessa (esigua) risposta punitiva*, a causa dell'idrovora della *prescrizione*.

Solo che l'irruzione del dolo, che fa segnare una significativa *rottura dall'interno del paradigma colposo*, come tutti i 'farmaci' provoca *effetti collaterali dannosi*, in questo caso autenticamente '*metastatici*' rispetto ai fondamenti delle categorie penalistiche e ai correlati principi di garanzia¹⁷.

Oltre alla già rilevata erroneità della ricostruzione del dolo nell'ambito della fattispecie di disastro innominato, il dolo (eventuale) si impernia, pure, nelle sentenze, sopra una *sfocata piattaforma rappresentativa*, visto che, negli anni '60 e '70, non vi erano consolidate conoscenze sulla cancerogenicità dell'amianto (sia rispetto ai tumori polmonari che al mesotelioma). È significativo, del resto, che le sentenze, su questo punto, si risolvono in una prolissa 'litania' di studi, non di rado isolati, che prospettavano una possibile correlazione tra l'amianto e le patologie tumorali, dimenticando che tali studi si atteggiavano come '*prodromici*' rispetto ad una vera e propria "conoscenza" scientifica messa a disposizione della società. Sotto questo profilo, la Corte effettua una grave 'potatura' degli oneri probatori che *pure* assistono il dolo:

1) assegna la patente di 'conoscenze' a studi che, in realtà, si stagliavano alla stregua del *primo stadio della conoscenza scientifica*: quello della '*congettura*', a sua volta bisognosa di ulteriori ricerche e conferme (giova ricordare, in proposito, che l'uso dell'amianto è stato bandito, nel nostro Paese, negli anni '90: dunque, a distanza trentennale rispetto alle ricerche degli anni '60 e non si può certo eccepire che la legislazione prevenzionistica italiana, riletta diacronicamente, sia stata improntata a deprecabile lassismo);

¹⁷ Prospetta effetti 'metastatici', se visti con occhi garantistici, PIRAS, *Il dolo eventuale si espande all'attività medica*, in www.penalecontemporaneo.it.

2) risentendo dei rischi di *distorsione* tipicamente insiti in ogni attività 'retrospettiva' (che porta fatalmente a 'guardare' al passato con i 'saperi' del presente), dimentica di considerare che le modalità di acquisizione degli studi e delle ricerche, negli anni '60 e '70, non erano certo quelli oggi fruibili nella società della comunicazione 'globale' e telematica; l'agente-modello dell'epoca non poteva che attestarsi sopra le conoscenze ufficiali: quand'anche lo si volesse *scorrettamente* concepire come una sorta di 'cane da tartufo' alla continua ricerca di notizie (che, peraltro, non sono conoscenze: un profluvio di notizie non genera quasi mai una conoscenza, ma confusione!), *non vi erano, all'epoca delle esposizioni, strumenti capaci di convogliare tali informazioni*, che, a ben vedere, non potevano che essere 'esoteriche', rivolte, cioè, ad un ristrettissimo gruppo di esperti;

3) ne deriva che il dolo viene impiantato, nella sentenza, sulla mera 'cognizione (sfocata) del rischio', in cui viene *amputata* qualsiasi indagine sull'elemento della *volizione dell'evento*, con una lettura di taglio 'oggettivistico', che scavalca persino le impostazioni 'cognitivistiche' più oltranziste d'oltralpe.

Ma quel che più conta è che una simile impostazione *cozzava* irrimediabilmente con i più recenti arresti della *Corte di Cassazione* in tema di *dolo eventuale*, segnatamente:

1) con la decisione relativa al caso '*Spaccarotella*', in cui si afferma (in continuità con altre pronunce), quanto al *momento rappresentativo*, che, per distinguere il dolo eventuale dalla colpa cosciente, il soggetto deve rappresentarsi *concretamente* la possibile realizzazione dell'evento collaterale, mentre, nella colpa cosciente, è sufficiente l'astratta possibilità della realizzazione del fatto¹⁸;

2) con la pronuncia a *sezioni unite* del 26 novembre 2009, n. 12433, in cui la Corte di Cassazione, nel chiaro tentativo di conferire 'sostanza' alla volontà nel dolo eventuale, sia pure nella forma più blanda dell'accettazione del rischio, ha evocato, come *criterio di prova* la *formula di Frank*¹⁹; nello stesso modo si è orientata la sentenza '*Ignatiuc*'²⁰, che ha pure, *sinergicamente*, introdotto il *criterio economicistico* della sottoposizione di un bene giuridico ad un altro²¹.

Sulla scorta di tali pronunce, che precedono quella a sezioni unite nel caso *ThyssenKrupp* (di cui le Corti di merito non avevano avuto contezza), il tentativo di proiettare il dolo eventuale nella vicenda in esame appare *velleitario*.

(bb) Un'ultima notazione a proposito del dolo. È noto che il dolo eventuale ha conosciuto un significativo processo di espansione *in re licita*: si pensi alla circo-

¹⁸ Cass., sez. I pen., 14 febbraio 2012, n. 31449, in *Guida dir.*, 2012, n. 41, 64 ss.

¹⁹ Per una efficace analisi sull'origine e gli sviluppi di tale formula, v. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 175 ss.: l'A. reputa la prima formula di Frank di ineguagliata incisività.

²⁰ Cass., sez. I pen., 15 marzo 2011, n. 10411, in *Ced. rev.* 258021.

²¹ Che riecheggia il pensiero di PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.

lazione stradale e all'attività di impresa (il caso *Thyssen*). Non è possibile, in questa sede, scrutare da vicino il fenomeno, ma l'"invasione" del dolo in territori tradizionalmente governati dalla colpa lascia trasparire la rottura dall'interno del paradigma colposo, ritenuto incapace, da una parte della giurisprudenza, di 'contenere' rischi che superino un certo livello di accettabilità sociale, vuoi per la *macroscopicità dell'evento* (come nella drammatica vicenda *Thyssen*), vuoi per il *tipo d'autore* (come nel caso dell'ubriaco, del drogato, di chi fugge dalla polizia, nel contesto della circolazione stradale). Una virata verso il dolo eventuale indotta, dunque, da bisogni di pena rispetto ai quali il paradigma colposo appare inadeguato e agevolata dai mobilissimi confini del dolo eventuale. Vi è da sperare che queste esercitazioni di diritto 'cedevole' possano trovare un argine nella recentissima sentenza delle sezioni unite della Cassazione, sul caso *Thyssen*, che, pur lasciando trasparire qualche profilo di ambiguità, forse dovuto ad eccessive pretese di esaustività, fissa comunque importanti paletti volti ad evitare letture oggettive (per tipologia di rischio) del dolo eventuale²².

5. Conclusioni

Volendo trarre un bilancio da questa cursoria ricognizione, è da ritenere che la colpa, nell'ambito delle esposizioni professionali, si trovi in una condizione per certi versi paradossale. La crisi del tipo colposo di danno ha fomentato, dapprima, uno scivolamento verso il *basso*, in direzione del *versari*, cioè verso il *limite inferiore* dell'emisfero colposo. Questo percorso è stato attuato con una decostruzione della versione ortodossa del tipo, sottoposta ad ardite sperimentazioni di diritto 'cedevole', che hanno trovato riscontro nella giurisprudenza di legittimità. Successivamente, al cospetto di macroeventi, esposti al rischio di prescrizione, il paradigma colposo è stato soppiantato verso l'*alto*, ricorrendo al *dolo eventuale*, come disvalore di condotta che punisce più gravemente la scelta di rischiare. Questo fenomeno non sembra, però, aver trovato, allo stato, il supporto della giurisprudenza di legittimità.

Il fatto che queste esercitazioni di diritto 'cedevole' avvengano nella materia della sicurezza del lavoro non deve stupire. Si tratta di un settore notoriamente contraddisistinto da una legislazione e da un diritto vivente che ne modellano contenuti rigoristici, che aderiscono ad una premessa ideologica di indiscutibile caratura. Il diritto penale della sicurezza del lavoro e, ancora prima, il diritto del lavoro si fondano su una dichiarata *dissimetria* di posizione degli attori del conflit-

²² Cass., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in *Ced* rv. 261105. Rilasciano profili di ambiguità alcuni 'indicatori' del dolo eventuale riportati nell'ultima parte della motivazione (p. 183 ss.).

to: in altre parole, si tratta di settori che muovono dalla 'diseguaglianza' dei soggetti coinvolti, atteso che uno di essi, il lavoratore, mette le sue energie al servizio dell'imprenditore, che, economicamente, le 'sfrutta'. Dunque, la tradizionale categoria dell'uguaglianza del soggetto borghese, che funge da pilastro del "contratto", smarrisce la sua centralità nel diritto del lavoro, dove vi è una parte debole da tutelare più intensamente. Di qui le numerose deroghe alla disciplina generale del contratto, che restituiscono l'immagine di un diritto del lavoro la cui storia è solcata dal continuo 'sgomitare' rispetto agli eleganti strumenti dogmatici propri della dottrina generale del negozio giuridico²³ e del contratto. Il disassamento di posizione tra gli attori ha trovato significative conferme nel proscenio penalistico. Basta volgere uno sguardo all'evoluzione del formante legislativo. Si pensi, dapprima, ai *decreti degli anni '50*, destinati ad implementare la protezione oggettiva del rapporto uomo (lavoratore)/macchina, nel dichiarato intento di raggiungere la *massima sicurezza possibile*, come valore assoluto, che non accetta compromessi, tanto meno di tipo economico. A ciò si associava una distribuzione di posizioni di garanzia, in senso discensionale (dal datore di lavoro, come garante primario, al dirigente, come garante intermedio, per finire con il preposto, il soggetto più prossimo alle fonti del rischio), indiscutibilmente 'moderna', se rapportata ad un'epoca in cui l'ideale organizzativo muoveva i suoi primi passi. Il tutto cementato, culturalmente, dal positivismo scientifico e, dunque, da una fiducia illimitata nella scienza di dominare i rischi, tutti riconoscibili. Si è assistito, così, ad una autentica *fioritura di regole cautelari*, concepite come modelli di eliminazione dei rischi, a base nomologica, che, tra l'altro, hanno notevolmente contribuito al rinnovamento degli studi sulla colpa sul piano della teoria del reato²⁴. Negli *anni '90*, questo paradigma, imperniato sulla protezione oggettiva, ha subito una significativa modifica, fomentata dall'irruzione di nuovi rischi. L'impianto normativo evolve in direzione di un modello di *tutela integrata*, contraddistinto: i) dal rilievo della condizione lavorativa del prestatore d'opera (la sua formazione, l'affaticamento, l'età, l'ergonomia, ecc.); ii) da un'impronta sistemica, funzionale ad una prevenzione frutto di una strategia di pianificazione; iii) dall'istanza di riduzione di nuovi rischi, che, in ragione della loro morfologia, spesso non interamente nota, non si prestano a rassicuranti obiettivi di eliminazione (particolarmente evocativa risulta, sotto questo profilo, la fissazione dei valori-soglia). In definitiva, il formante legislativo, con il quale oggi ci si confronta, rilascia un'impronta oggettiva (il rapporto con le macchine) e soggettiva (la condizione del lavoratore), teleologicamente conformata dell'idea della *prevenzione tramite*

²³ Per un celebrato edificio di raffinatezza dogmatica, v. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1977.

²⁴ Si rinvia alle monografie citate, *supra*, nella nota 7.

*organizzazione*²⁵. Sta di fatto che, mentre i decreti degli anni '50 hanno favorito una *positivizzazione delle cautele* (e, perciò, l'implementazione della *colpa specifica*), la successiva evoluzione, condizionata dall'incertezza che pervade i rischi della società postmoderna, tende a rilasciare regole cautelari che si *'elasticizzano'*, aprendo il campo alla *colpa generica*, ideologicamente supportata dal rinvio all'art. 2087 c.c. Dunque, *cautele a struttura 'mista'*, che hanno immediatamente germinato un vistoso *conflitto* in ordine alla *individuazione del livello di sicurezza 'dovuto'* dal debitore (l'imprenditore). I termini di questo contrasto sono noti: in presenza di cautele 'variabili', quella dovuta può essere ritagliata alla stregua delle *best practices* (evocative dell'autonomia privata), che esigono la massima sicurezza tecnologicamente praticabile, o, per contro, del parametro dell'*agente-modello*, che, riletto in prospettiva 'deontica', reclama la migliore scienza ed esperienza (la massima sicurezza possibile)²⁶.

In questo contesto, la precomprensione ideologica condiziona il *formante giurisprudenziale*, che, come si è visto, specie nell'ambito delle esposizioni professionali, tende ad atteggiarsi spesso come un laboratorio di diritto 'giusrealistico', 'cedevole', in cui la protezione del bene giuridico della salute e della sicurezza del lavoro esercita un peso determinante²⁷.

Si tratta di operazioni ermeneutiche non rintracciabili, con altrettanta intensità, in altri ambiti dell'emisfero colposo. Si pensi, ancora una volta, alla *culpa in re illicita*. Nel dichiarato obbiettivo di valorizzare il principio di colpevolezza con riguardo ad una delle tante ipotesi di responsabilità oggettiva del Codice Rocco (l'art. 586 c.p.), le sezioni unite della Cassazione hanno espressamente indicato nell'accertamento della colpa il criterio di imputazione dell'evento non voluto. Un esito condivisibile: ma come lo si concilia con la descritta, slabbrata, nozione di prevedibilità offerta dalla stessa giurisprudenza di legittimità a proposito dell'evento/malattia professionale, maturato *in re licita* e preceduto da un lungo periodo di latenza? La retorica dell'interrogativo vuole richiamare l'attenzione sulla *frammentazione della colpa*, ormai articolata in *microcosmi* governati da regole imputative 'speciali'. Regole che, per quanto concerne la materia della sicurezza del lavoro, tendono, come si è visto, a rilasciare un linguaggio penalistico lontano da quello della irrinunciabile grammatica delle garanzie.

²⁵ Cfr. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Torino, 2009.

²⁶ Per approfondimenti sullo spessore del conflitto: v. ATTILI, *L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1240 ss.

²⁷ È quanto accade soprattutto nell'ambito dei processi penali per le morti da amianto o da altre sostanze tossiche. In proposito, cfr., volendo, PIERGALLINI, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, cit., 345 ss.

CATY VIDALES RODRÍGUEZ

I REATI CONTRO LA SICUREZZA E L'IGIENE SUL LAVORO
NELLA LEGISLAZIONE SPAGNOLA ^(*)(**)

SOMMARIO: I. Introduzione: gli infortuni sul lavoro in cifre. – II. I reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro. – II.1. La forma dolosa. – II.1.1. La legge penale in bianco. – II.1.2. Reato proprio esclusivo. – II.1.3. Reato omissivo. – II.1.4. Fattispecie di pericolo. – II.1.5. Sanzione. – II.2. La fattispecie colposa. – III. Disposizione comune: la responsabilità delle persone giuridiche. – IV. Conclusioni.

I. *Introduzione: gli infortuni sul lavoro in cifre*

Osservando i dati forniti dall'*Instituto Nacional de Higiene y Seguridad en el Trabajo* e dall'*Observatorio de Condiciones de Trabajo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nel 2013, 432 persone hanno perso la vita nei 397051 incidenti sul lavoro avvenuti in Spagna. Non sono numeri molto diversi da quelli raggiunti negli anni precedenti: 444 morti nel 2012, 520 nel 2011 o 569 nel 2010¹, ma sono inferiori a quelli pubblicati dal principale sindacato, la *Unión General de Trabajadores*, che, in base a quanto riportato nel rapporto sugli incidenti sul lavoro nel 2012², sostiene che nel periodo compreso tra il 2000 e il 2012 sono morte un totale di 15.144 persone negli incidenti (11.200.723) occorsi nello stesso arco di tempo. Evidentemente, alle morti vanno aggiunte le lesioni siano esse gravi o lievi e i dispendiosi danni materiali che, certamente, sono secondari davanti al dramma umano degli infortuni sul lavoro, ma certo servono a dare un'idea della dimensione del problema nel nostro paese. A tal fine basti segnalare che stiamo parlando dell'1,5 % del PIL, che corrisponde a 15 miliardi di euro, una percentuale che, secondo Xavier Tobajas, un esperto nella prevenzione dei rischi sul lavoro,

^(*) Relazione tenuta in occasione del Seminario organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, l'8-9 aprile 2014.

^(**) Traduzione dallo spagnolo a cura del dott. Emanuele Corn.

¹ Informazioni disponibili alla pagina: <http://www.oect.es/portal/site/Observatorio/>.

² Disponibile alla pagina: http://www.ugt.es/saludlaboral/infor_acci_trab/informe_accidentes_trabajo_ene-dic2012.pdf.

triplica quella delle economie degli altri paesi europei e si colloca in una misura tra il 30 e il 40% al di sopra della media dei paesi avanzati³.

Non parrà strano che, con questi risultati, la Spagna abbia detenuto il triste record di paese dell'Unione europea con il maggior numero di infortuni sul lavoro, in base ai dati del rapporto Eurostat del 2009⁴. Fortunatamente la situazione è migliorata. Infatti, nell'ultimo rapporto, pubblicato a luglio del 2013, la Spagna è passata al sesto posto, immediatamente alle spalle di altri paesi nostri vicini⁵. Va precisato, tuttavia, che questo miglioramento va letto con una certa cautela, perché il tasso di disoccupazione nel nostro paese è il più alto dell'Unione europea, collocandosi al 21,7 % nel momento in cui è stato elaborato il rapporto e attorno al 26% nel dicembre del 2013, dato che corrisponde a circa 6 milioni di persone in condizione di disoccupazione. Non si può ignorare, inoltre, che la grave crisi economica ha colpito con particolare intensità proprio il settore dell'edilizia che è, guarda caso, l'attività che abitualmente produce il maggior numero di incidenti sul lavoro.

In ogni caso, è evidente che ci troviamo di fronte a cifre inaccettabili e indiscutibile è il fatto, a questo punto del dibattito e attesa l'importanza dei beni giuridici in gioco, che l'intervento del Diritto penale non soltanto sia giustificato, ma sia assolutamente necessario stante l'incapacità del Diritto amministrativo sanzionatorio di offrire efficace protezione alla vita, alla salute o all'integrità dei lavoratori⁶. Problema diverso è determinare se, attraverso lo *ius puniendi*, si riesca ad ottenere che detta protezione abbia l'effettività che sarebbe necessaria o, al contrario, se esso non stia svolgendo – o almeno non in modo soddisfacente – il ruolo di tutela che gli viene assegnato.

Ebbene, preso atto della legittimità del ricorso al Diritto penale, di seguito proporrò una breve descrizione del modo in cui vengono incriminati i comportamenti che attentano contro gli interessi citati. Il proposito perseguito consiste nell'offrire una prospettiva generale del trattamento giuridico-penale che corrisponde a quelle condotte. Chiarito ciò – senza abbandonare queste considerazio-

³ Il testo integrale della notizia riportata dalla stampa è disponibile alla pagina: <http://www.lavanguardia.com/vida/20130608/54375461067/siniestralidad-laboral-15000-milloneses-pana.html>.

⁴ Disponibile alla pagina: http://ec.europa.eu/research/evaluations/pdf/archive/fp7-evidence-base/statistics/eurostat_-_science_technology_and_innovation_in_europe.pdf.

⁵ Testo integrale del rapporto disponibile attraverso la pagina: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/-ITY_OFFPUB/KS-FP-13-001/EN/KS-FP-13-001-EN.PDF.

⁶ Quanto alle relazioni tra i due ordinamenti, si vedano: L. ARROYO ZAPATERO, *El 'ne bis in idem' en las infracciones al orden social. La prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, in AA.VV., *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 1997, 287 e ss.; R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Relaciones entre Derecho penal-Derecho administrativo sancionador en materia de seguridad en el trabajo*, in J.M. TERRADILLOS BACOSO, M. ACALE SÁNCHEZ (a cura di), *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral*, Sevilla, 2006, 143 e ss.

ni introduttive – verranno contestualizzati i delitti contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro, previsti dagli articoli 316 e 317 del Codice penale spagnolo. Queste fattispecie sono collocate nel Titolo XV, tra i delitti contro i diritti dei lavoratori, in cui sono racchiusi una serie di illeciti che, anche se diretti alla protezione di interessi diversi, possono ricondursi a un bene giuridico categoriale che consiste nei diritti dei lavoratori nati da una rapporto di lavoro⁷. Così, in esso, assieme ai delitti a tutela delle condizioni del lavoro e ai delitti contro la libertà sindacale e il diritto di sciopero si collocano anche gli atti oggetto di questa succinta analisi. Chiude questo Titolo una Disposizione comune, alla quale pure mi riferirò, prevista per le situazioni in cui i fatti sono imputabili a persone giuridiche.

II. *I reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro*

Come appena detto, alla repressione di queste condotte sono dedicati gli articoli 316 e 317 del Codice penale. Essi prevedono, rispettivamente, la modalità commissiva dolosa e quella colposa. In entrambi i casi c'è ampio consenso in dottrina nel considerare che tramite essi si proteggono sicurezza e igiene sul lavoro in relazione con la vita, la salute e l'integrità fisica dei lavoratori. Siamo, per tanto, di fronte a un bene giuridico sopra-individuale che trascende la dimensione individuale dei beni considerati⁸; cosa che, tra varie conseguenze interpretative, autorizza a valutare la possibilità di un concorso di reati quando questi ultimi risultino effettivamente lesi. Questa, d'altro canto, è l'interpretazione della giurisprudenza e, come esempio, può citarsi la sentenza 29.07.2002 del *Tribunal Supremo*, in cui si legge che si “protegge la sicurezza sul lavoro, inteso come l'assenza di rischi per la vita e la salute del lavoratore scaturenti dalle condizioni materiali della prestazione del lavoro, e bene giuridico autonomo e per tanto indipendente dalla effettiva lesione che in ogni caso meriterebbe una qualificazione indipendente”.

Al fine di ottenere una maggiore chiarezza espositiva, di seguito si è optato per analizzare separatamente i due precetti, ciononostante va chiarito fin d'ora che la maggior parte delle questioni trattate sono comuni a entrambe le fattispecie e, di conseguenza, generano gli stessi problemi.

⁷ J.C. CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, in *Comentarios al Código penal de 1995*, a cura di T.S. VIVES ANTÓN, Valencia, 1996, 1563 e ss.

⁸ In questo senso si vedano: J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid, 1994, p. 110 e 111; C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, in T.S. VIVES ANTÓN, E., ORTS BERENGUER, J.C., CARBONELL MATEU, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC e C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 1014; J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 52 e ss.

II.1. *La forma dolosa*

Art. 316 C.P.S.: Coloro che violando le norme di prevenzione dei rischi sul lavoro ed essendo legalmente obbligati, non forniscano i mezzi necessari affinché i lavoratori realizzino le loro attività nel rispetto di adeguate misure di sicurezza e igiene, in modo tale da porre in grave pericolo la propria vita, salute o integrità fisica, saranno puniti con le pene di reclusione da sei mesi a tre anni e multa da sei a dodici mesi.

Da una prima lettura di questa disposizione si inferisce senza difficoltà che ci troviamo di fronte a un reato dalla struttura complessa, che non a caso è stata definita da un Autore come “diabolica”. In essa confluiscono vari tra i profili dogmatici più discussi in dottrina. In parole semplici si potrebbe dire che la condotta descritta consiste nella mancata fornitura di specifiche attrezzature di sicurezza necessarie affinché i lavoratori possano realizzare il loro lavoro senza pericolo, in un contesto in cui vi sia una violazione dell’obbligo di prevenzione e sussista l’obbligo di evitare il rischio espresso. Questo articolo, perciò, presenta come caratteristiche principali quelle di essere una norma penale in bianco, un reato proprio esclusivo, di omissione e, infine, di pericolo.

In ragione dell’importanza delle questioni finora semplicemente enunciate e nell’interesse della chiarezza espositiva che perseguo, preferisco riferirmi separatamente a ciascuna di queste caratteristiche. Ciò non significa, logicamente, e come avremo occasione di vedere, che si tratti di aspetti indipendenti e scollegati tra loro. Tuttavia, il proposito principalmente descrittivo che si persegue in uno scritto come questo consiglia di procedere in questo modo e raccomanda, al contempo, di seguire l’ordine impiegato nella formulazione della fattispecie, pur riconoscendo che non è né l’unica né la più corretta opzione metodologica che si offre all’interprete di un precetto tanto confuso.

II.1.1. *La legge penale in bianco*

La disposizione dell’articolo in commento inizia esigendo una violazione delle norme per la prevenzione dei rischi sul lavoro. Osserviamo, per tanto, che il legislatore si rimette alla normativa extra-penale, in concreto, alle “norme di prevenzione dei rischi sul lavoro”, vale a dire, principalmente, alla *Ley* 8 novembre 1995, n. 31 intitolata “Prevenzione dei rischi sul lavoro” (di seguito LPRL)¹⁰. Questa legge, nel primo articolo, dispone che “la normativa sulla prevenzione dei rischi sul lavoro è costituita dalla presente legge, dalle sue disposizioni attuative o complementari e dalle altre norme, legali o convenzionali, che contengano pre-

⁹ J.M. TAMARIT SUMALLA, in *Comentarios al Nuevo Código penal*, AA.VV., Dir. G. QUINTERO OLIVARES, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1482.

¹⁰ Testo completo alla pagina: www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292.

cetti relativi all'adozione di misure preventive in ambito lavorativo o suscettibili di produrle in quell'ambito". Come si può vedere, questo rinvio si caratterizza per un'assoluta dispersione giustificata, in questo caso, dalla diversità dei settori in cui si può articolare un'attività lavorativa che a loro volta sono retti da una normativa tanto diversificata da renderne impossibile la menzione espressa. Al riguardo, Terradillos Basoco ha affermato che, date le caratteristiche proprie della materia, è assai difficile trovare una formulazione legislativa più corretta¹¹ cosa che, va detto, non ha impedito che si discutesse la sua compatibilità con le esigenze costituzionali derivanti dal principio di legalità¹².

Lasciando da parte scogli tanto importanti, un altro degli aspetti oggetto di discussione è stata la menzione espressa che fa il testo del precetto agli accordi collettivi. Ovviamente, i dubbi avanzati per la loro ammissione come complemento della legge penale si riferiscono alle esigenze proprie del principio di legalità. Così, Aguado López considera che la vigenza di questo principio in relazione con quello di *extrema ratio*, circoscrive l'intervento penale a quei più gravi attacchi per la vita o la salute che saranno, precisamente, quelli che riguardano le condizioni minime stabilite unicamente dalle leggi e dai regolamenti¹³. Un settore maggioritario della dottrina opta, al contrario, per includere nel rinvio i citati accordi¹⁴. L'argomento impiegato, in questo caso, è che questo strumento permette un adeguamento dei principi generali raccolti dalla legge alle necessità concrete dei differenti settori produttivi e a ciò si deve aggiungere, secondo Olaizola Nogales, il migliore adattamento alle circostanze concrete dovuto all'aggiornamento periodico di questi strumenti¹⁵.

Per quanto qui interessa, va rimarcato, come ha segnalato Martínez-Buján Pérez, che "la componente oggettiva della fattispecie è costruita sulla base dell'esistenza di un obbligo normativo previo"¹⁶. Tuttavia, conviene tener presente che il suo mancato rispetto di questo non dà luogo per sé solo a responsabilità penale, indipendentemente dal fatto – ovvio – che l'inosservanza sia sanzionata amministrativamente. Come si può leggere nella sentenza 12.11.1998 del *Tribunal*

¹¹ J.M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos*, cit., p. 81.

¹² F. GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo. Especial consideración al sector de la construcción*. Tesi dottorale consultabile all'indirizzo http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/13997/francisco_garcia_tesis.pdf?sequence=1; p. 82 e ss.

¹³ S. AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 215 e ss.

¹⁴ R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, 2008, p. 619. J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal*, cit., p. 264 e ss.; F. NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, 1998, p. 155; J.M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos*, cit., p. 79 e ss.

¹⁵ I. OLAIZOLA NOGALES, *Delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos*, in *InDret*, 2010, p. 21 (<http://www.indret.com/pdf/726.pdf>).

¹⁶ C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, in *Derecho*, cit., p. 1014.

Supremo “una concezione differente, in cui bastasse, per considerare integrata la fattispecie penale, qualsiasi infrazione di norme sulla sicurezza, estenderebbe indebitamente la risposta penale a livelli incompatibili con il principio di *extrema ratio* e di sicurezza giuridica. In definitiva, possiamo concludere che la complementarietà tra la fattispecie penale e la normativa sulla prevenzione dei rischi sul lavoro può essere ammessa soltanto nelle situazioni di infrazione dei più gravi precetti e dalle quali si può sprigionare un determinato grave pericolo”. Ciò porta la stessa corte a sostenere, nelle sentenze 4.6.2002 e 29.7.2002 che ci troviamo “davanti a una violazione di una norma di sicurezza che si è trasformata in fattispecie penale per via della maggiore lesività che quell’infrazione ha prodotto per il bene giuridico della vita, della salute o dell’integrità dell’insieme dei lavoratori”.

In definitiva, la violazione delle norme extra-penali è un requisito imprescindibile, ma non sufficiente, per l’intervento penale. È necessario che concorrano altri elementi tipici dei quali passo ora ad occuparmi.

II.1.2. *Reato proprio esclusivo*

Proseguendo nella lettura della fattispecie, il successivo elemento che viene sottoposto ad analisi è quello relativo ai possibili soggetti attivi. La formula impiegata – “essendo legalmente obbligati” – da una parte rafforza il carattere di legge penale in bianco incompleta al quale si è appena fatto riferimento e, dall’altro, restringe il novero di persone che potrebbero essere considerate autrici del reato. Ebbene, la determinazione delle persone che debbono rispondere per queste obbligazioni costituisce una delle questioni più polemiche tra quelle sollevate dalla disposizione in commento; non deve perciò stupire la grande attenzione dedicatale dalla dottrina¹⁷.

¹⁷ R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Sujetos responsables de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito laboral y en el ámbito penal. En especial la responsabilidad penal de los técnicos en prevención de riesgos laborales*, in *Actualidad Penal*, n. 12, 2003, p. 333 ss.; F. GARCÍA FIGUEROA, *Los sujetos*, cit.; J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Seis tesis sobre la autoría en el delito contra la seguridad de los trabajadores*, in MIR PUIG e CORCOY BIDASOLO (Dir.) e HORTAL IBARRA IBARRA (Coord.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas, inmigración clandestina*, Edisofer, Madrid, 2009; F. NAVARRO CARDOSO, J. LOSADA QUINTAS, *La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo*, in *Actualidad Penal*, 2001; O. MORALES GARCÍA, *Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral*, in *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*. Seminario de la Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 2005; J. PAVÍA CARDELL, *Responsabilidad penal por el siniestro laboral: una guía para la imputación personal*, in *La ley penal*, n. 19, 2005; J.R. SERRANO-PIEDECASAS, *La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo*, in *Revista Penal*, n. 10, 2002; L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo*, in *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas*, 2008, n. 10-10; disponibile in <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-10.pdf>.

Impossibile non citare, a questo punto, l'art. 14.2 della sopra menzionata LPRL. Questa norma indica come suo principale destinatario l'imprenditore, perché a lui compete "la garanzia della sicurezza e della salute dei lavoratori al suo servizio in tutti gli aspetti connessi al lavoro". L'inequivocabile previsione legale è sviluppata dagli artt. 4, 5 e 19 dello Statuto dei Lavoratori¹⁸, che impongono all'imprenditore, "nell'ambito delle sue responsabilità, di realizzare la prevenzione dei rischi sul lavoro adottando le misure che risultino necessarie per la protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori".

Così, dunque, i doveri di protezione legalmente imposti collocano l'imprenditore in una specie di posizione di garante rispetto alla sicurezza dei suoi dipendenti e non sorge alcun dubbio sul fatto che egli, come titolare dell'impresa, sia il primo e principale obbligato in materia di sicurezza. Ebbene, come segnala la Circolare 4/2011 sui criteri per l'uniformità di azione specializzata del Pubblico Ministero in materia di infortuni sul lavoro, si deve però evitare di cadere "nell'automatismo di considerare penalmente responsabile colui che, in realtà, solo per una situazione formale si trova nella posizione di dover rispondere dell'obbligazione di sicurezza verso i propri dipendenti"¹⁹. Per questo, è abitudine aggiungere, tra i requisiti richiesti, l'esercizio di un potere di direzione e autonomia nell'assunzione di decisioni relative alla sicurezza. Si aggiunga che, in virtù del principio di colpevolezza, si esige che il soggetto attivo conosca la situazione di rischio e che decida l'omissione delle misure di sicurezza opportune, dacché, dobbiamo ricordare, stiamo analizzando la modalità commissiva dolosa.

Ciò detto, non si può ignorare che, nella pratica, frequentemente l'imprenditore delega ad altri il dovere che a lui è imposto; in questo caso, ci si deve chiedere se ciò lo esoneri da responsabilità penale e, se così fosse, in base a quali presupposti. Dopo la sentenza 23.3.1999 del *Tribunal Supremo*, è certo che la delega non esonera l'imprenditore dal dovere di garanzia, cui continua a corrispondere il dovere di tutela della vita e della salute delle persone che lavorano nell'impresa rispetto a fonti di pericolo provenienti dal funzionamento stesso dell'impresa. La delega provoca, questo sì, un cambiamento nel contenuto materiale della garanzia che non riguarderà più il controllo diretto della fonte del pericolo, ma consisterà nel controllo della persona cui si è conferito il dominio della fonte del pericolo. In questo modo, come può leggersi nella Circolare alla quale si è fatto riferimento, l'obbligazione legale delegata continua ad appartenere all'orbita di competenza del delegante e, in secondo luogo, la delega viene ad aggiungere una nuova posizione di garanzia rispetto al delegato senza che ciò significhi la cancellazione di

¹⁸ Testo integrale disponibile all'indirizzo: www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-7730.

¹⁹ Disponibile alla pagina: http://www.fiscal.es/Circulares,-Consultas-e-Instrucciones.-html?buscador=0&c=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE_&newPagina=3&numeEmpag=5&pagina=PFiscal%2FPagina%2FFGE_pintarCirculares.

quella in capo al delegante, “essenzialmente perché a lui corrisponde un dovere di vigilanza e controllo che gli imporrebbe di sostituire il delegato qualora si evidenziasse l’inadempimento delle sue obbligazioni”²⁰.

Per concedere al delegante l’esonero da una eventuale responsabilità, la giurisprudenza, a partire dalla pronuncia citata, richiede concorrono tre requisiti:

a) il “dovere di elezione” o, in altre parole, la persona designata deve possedere la capacità e la preparazione sufficiente per controllare la fonte di pericolo;

b) il “dovere di strumentazione” che si risolve nel fatto che il delegante deve fornire al delegato i mezzi adeguati per controllare il pericolo;

c) il “dovere di controllo” che impone al delegante di verificare che le funzioni delegate siano svolte in conformità all’obbligazione legale e nel rispetto del mandato affidato al delegato.

A ciò consegue, dunque, che l’imprenditore è l’obbligato principale, ma certo non l’unico. Non v’è, d’altra parte, in questa pluralità soggettiva frizione alcuna con il dettato letterale del precetto che, come si ricorderà, si riferisce a “soggetti legalmente obbligati”. Per questo, come segnalato da Terradillos Basoco, gli articoli 30 e seguenti della LPRL stabiliscono “tutto un tessuto di sicurezza che, senza esimersi da responsabilità il vertice dell’impresa, pone come garanti eventuali anche i livelli più vicini all’esecuzione stessa dei differenti lavori”²¹. Ma c’è dell’altro: l’ampiezza della formulazione tipica ha portato il *Tribunal Supremo* a considerare – tra le varie nella sentenza 16.7.1992 – che “tutte le persone, che svolgono funzioni di direzione o di comando in un’impresa e, per tanto, siano queste superiori o di mera esecuzione e sia che siano esercitate in virtù di un regolamento o meramente di fatto, sono obbligate a rispettare e a fare rispettare le norme stabilite affinché quel lavoro sia svolto nel rispetto delle elementari regole di sicurezza”.

È necessario, tuttavia, precisare che ammettere possibili soggetti attivi diversi dall’imprenditore non significa che qualsiasi persona con competenze in materia possa essere autore di questo reato. Il legislatore stesso effettua una chiara restrizione esigendo che, perché sia così, su di essi deve collocarsi l’obbligo legale di fornire i mezzi che permettano di garantire la sicurezza. Richiedendo questo requisito vengono esclusi i servizi di prevenzione, gli incaricati della sicurezza, i delegati del personale e i membri dei comitati per la sicurezza e la salute, poiché si tratta di organi che, pur essendo titolari di chiare competenze in materia di sicurezza, queste non vanno al di là della consulenza e del ausilio dell’imprenditore. Di conseguenza, l’assenza della capacità decisionale impedisce che siano annove-

²⁰ Circolare della Procura generale dello Stato 4/2011, del 2 novembre del 2011.

²¹ J. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos*, cit., p. 60.

rabili tra i possibili autori di questo reato²². Come indica Terradillos Basoco, in base a quanto disposto dall'art. 19.5 dello Statuto dei Lavoratori, tutti questi organi hanno l'obbligo di chiedere all'imprenditore di adottare le misure che permettano di risolvere la situazione di rischio o, se del caso, di ricorrere all'autorità competente quando ritengano che vi sia probabilità seria e grave di un incidente dovuto all'inosservanza della legislazione applicabile in materia. In definitiva, non ogni soggetto obbligato ad agire dalla legislazione del lavoro può essere soggetto attivo del reato: lo saranno soltanto quelli sui quali ricade l'obbligo di fornire i mezzi ai quali si riferisce il precetto²³.

Altra cosa sarebbe, naturalmente, che l'imprenditore avesse delegato le sue funzioni a uno o più membri dei citati organi perché, allora, le conseguenze penali delle loro azioni dovrebbero desumersi in conformità alle premesse già esaminate rispetto alla delega. D'altra parte, eliminare questi soggetti dalla sfera dei possibili soggetti attivi non impone di escluderne la responsabilità penale di fronte a un eventuale evento lesivo originato da loro azioni od omissioni, ma in tal caso, questo sì, la stessa non andrà più in là di quella scaturita da qualsiasi altro incidente nell'attività lavorativa.

II.1.3. *Reato omissivo*

Dalla formulazione della disposizione si deduce che il comportamento punibile consiste nella mancata messa a disposizione dei mezzi necessari affinché i lavoratori realizzino le loro attività nel rispetto di adeguate misure di sicurezza e igiene. Logica conseguenza di questa formulazione è l'ampio consenso di cui gode la tesi secondo la quale si tratta di un reato omissivo. Allo stesso modo, non si discute del fatto che "fornire" è qualcosa in più che mettere a disposizione i mezzi ai quali si riferisce il precetto. In questo senso, si segnala che la giurisprudenza ha finito per ammettere che nel concetto sono compresi anche i doveri di controllo, vigilanza e verifica circa l'effettiva implementazione delle misure di sicurezza²⁴. Un'accezione differente significherebbe, secondo Ramírez Barbosa, svuotare di contenuti il reato²⁵.

²² In questo senso si esprime AGUADO LÓPEZ, secondo il quale questi soggetti, "malgrado siano soggetti obbligati in base alle norme di sicurezza e igiene, non debbono fornire mezzi per la sicurezza (o non debbono adottarle), ma soltanto collaborare con l'imprenditore o con l'incaricato". ID., *El delito*, cit., p. 253 e 254.

²³ Si veda: J.M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos*, cit., p. 62 e ss.

²⁴ Come esempio, si possono citare in questo senso le sentenze 10.2.2006 della *Audiencia Provincial* di Barcellona e 16.6.2006 della *Audiencia Provincial* di La Coruña.

²⁵ P.A. RAMÍREZ BARBOSA, *Determinación de la conducta típica como elemento objetivo del tipo de delito contra la seguridad y salud en el trabajo*, in *Revista penal*, n. 19, 2007, p. 141. Sostengono, invece, che considerare tipica l'assenza di vigilanza ecceda il tenore letterale M. CORCOY BIDASOLO, S. CARDENAL MONTRAVETA, J.C. HORTAL IBARRA, *Protección penal de los accidentes laborales*, in

Più discussa è stata, invece, la determinazione di quali siano i mezzi la cui mancata fornitura sia da considerarsi suscettibile di integrare la condotta tipica. Va ricordato, al riguardo, che il legislatore si riferisce a mezzi necessari affinché i lavoratori realizzino le loro attività nel rispetto di adeguate misure di sicurezza e igiene. Non molto più preciso è l'art. 2 della LPRL quando si riferisce all'applicazione delle misure e alla realizzazione delle attività necessarie alla prevenzione dei rischi derivanti dal lavoro. Evidentemente non ci troviamo davanti ad un esempio di precisione e tassatività; all'impiego di una tecnica legislativa così poco rigorosa consegue la presenza di interpretazioni discordanti, in particolare in relazione all'ambito dell'informazione. In altre parole, si discute se non fornire informazioni sull'esistenza di una situazione di rischio o sui modi per evitarla meriti o meno un rimprovero penale.

Sul punto la dottrina appare divisa. Così, per Navarro Cardoso e Losada Quintas, l'informazione e la formazione non sono mezzi, ma costituiscono uno strumento per ottenere che i lavoratori facciano un uso corretto dei mezzi di prevenzione²⁶. Al contrario, per un settore maggioritario, l'informazione dev'essere considerata un mezzo agli effetti dell'applicazione dell'art. 316 del Codice penale. Si crea, in questo modo, quella che Terradillos Basoco denomina una "spiritualizzazione" dei mezzi²⁷; fenomeno cui non è rimasta estranea la giurisprudenza. In effetti, basta segnalare che secondo il *Tribunal Supremo* il precetto include tutti i mezzi personali, materiali, intellettuali e organizzativi, tra i quali spicca il dovere di informazione sul rischio, posto che questo è un mezzo imprescindibile affinché il lavoro si svolga nel rispetto di adeguati parametri di protezione (Sentenza 12.11.1998)²⁸. Sulla stessa linea si colloca la già citata Circolare della Procura Generale dello Stato 4/2011, che afferma che il vocabolo "mezzi" comprende "dalla valutazione dei rischi e pianificazione dell'attività preventiva, all'obbligo di fornire formazione e informazione al lavoratore, passando per la predisposizione dei luoghi di lavoro, equipaggiamento per la protezione individuale e collettiva, controllo periodico della salute del lavoratore e ogni altra misura personale, intellettuale e organizzativa riguardante la sicurezza sia espressamente stabilita nella normativa di settore che regola l'attività di cui si tratta".

Poder Judicial, 2003, p. 50 ss. e I. OLAIZOLA NOGALES, *Delitos*, cit., p. 14.

²⁶ F. NAVARRO CARDOSO, J. LOSADA QUINTAS, *La autoridad en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo*, in *Actualidad Penal*, 2001, p. 978.

²⁷ J. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos*, cit., p. 84 e 85.

²⁸ Nello stesso senso, per citare un altro esempio, la sentenza 18.5.2011 della *Audiencia Provincial* di Las Palmas.

II.1.4. *Fattispecie di pericolo*

L'omissione penalmente rilevante – alla quale mi sono appena riferita – risulta vincolata alla generazione di un pericolo grave per la vita, la salute o l'integrità fisica dei lavoratori. Quest'esigenza presuppone che non ogni rischio che ha luogo provocherà una reazione punitiva. In questo modo, in assenza di un pericolo per i beni citati o qualora non sia dell'entità richiesta dalla fattispecie, il precetto in commento non potrà essere applicato, anche se nulla impedirà – logicamente – che si applichi la corrispondente sanzione amministrativa. Questo reato di pericolo concreto esige che la situazione di rischio sia reale e che, inoltre, possa avere conseguenze nocive. Al riguardo, si pensi all'art. 4.2 della LPRL che dispone che, perché un rischio sia misurato dal punto di vista della sua gravità, saranno valutati congiuntamente la probabilità che si produca il danno e la gravità dello stesso. D'altro lato, il quarto comma di questo precetto, indica come rischio grave ed imminente quello che risulti probabile razionalmente che si materializzi nell'immediato futuro e possa provocare un danno grave alla salute dei lavoratori.

In questo senso, il *Tribunal Supremo*, nella pronuncia 26.7.2000, afferma che il precetto stabilisce “una specie di relazione causale tra l'assenza dei mezzi e il pericolo grave per la vita, la salute e l'integrità fisica”²⁹; si dovrà verificare, cioè, che la situazione di rischio grave sia conseguenza dell'omissione dei mezzi prescritti. Ebbene, malgrado questa sia anche la posizione maggioritaria in dottrina³⁰, non sono mancate voci dissenzienti. Infatti, secondo Serrano-Piedecabras, partendo dal fatto che l'omissione non crea e non aumenta rischi, accade che ciò che si rimprovera a chi è in posizione di garante è che, non svolgendo le proprie funzioni, non ha evitato la situazione di pericolo concreto³¹ per cui, così concepita, la fattispecie finirebbe per costituire un reato di commissione mediante omissione o, se si preferisce, di omissione impropria³². Questa ricostruzione, d'altronde, si rinviene anche in alcune pronunce giudiziarie. Serva da esempio la sentenza 31.1.2012 della *Audiencia Provincial* di Murcia che afferma che l'esigenza di un nesso causale tra l'omissione dei mezzi e l'evento di pericolo non corrisponde alla regola *ex nihilo nihil fit*. In questo modo, secondo quanto si legge nella pronuncia indicata: “il pericolo concreto per la vita o l'integrità fisica dei lavoratori non va attribuito in senso causale all'omissione delle misure di sicurezza, ma, meglio, al fatto di impiegare i lavoratori, cosa che porrebbe, non solo in senso formale-legale, ma

²⁹ Nello stesso senso, più recentemente, la sentenza 31.1.2012 della *Audiencia Provincial* di Murcia.

³⁰ Per tutti: A. BAYLÓS GRAU, J.M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del Trabajo*, 3ª Ed. Madrid, 2003, p. 116.

³¹ J.R. SERRANO-PIEDECABRAS, *La responsabilidad*, cit., p. 109. Nello stesso senso: S. AGUADO LÓPEZ, *El delito*, cit., p. 92; F. NAVARRO CARDOSO, *Los delitos*, cit., p. 152 e ss.

³² Nello stesso senso: P.A. RAMÍREZ BARBOSA, *Determinación*, cit., p. 143 e ss.

anche materiale, una posizione di garante in capo all'imprenditore. Per questo, ci troviamo davanti a un reato che presenta una struttura simile a quelli omissivi impropri".

In ogni caso e indipendentemente dalla configurazione che si preferisca, ciò che non è messo in discussione è che l'evento di pericolo deve essere coperto dal dolo dell'autore, non essendo sufficiente né la mera violazione del dovere, né l'omissione dei mezzi che sarebbero serviti per scongiurare il pericolo. D'altro canto va precisato che l'elemento soggettivo richiesto non arriva a comprendere l'eventuale evento lesivo concreto³³.

II.1.5. Sanzione

Nel caso in cui ricorrano tutti i requisiti esplicitati e ai quali finora si è fatto brevemente riferimento, la pena di reclusione da imporre avrà una durata compresa tra i sei mesi e i tre anni. Tale privazione della libertà sarà accompagnata da una multa compresa tra sei e dodici mesi. Va certo tenuto presente che questa sanzione considera soltanto la mera creazione del pericolo indicato e, in conseguenza, non contempla il disvalore di un ulteriore evento lesivo. Infatti, qualora questo si verifichi, la soluzione corretta consiste nel contestare un concorso di reati, salve quelle ipotesi in cui l'unico lavoratore la cui vita, salute o integrità fisica sono state messe a repentaglio risulti, alla fine, ferito o deceduto³⁴.

II. 2. *La fattispecie colposa*

Art. 317 C.P.S.: Quando il reato cui si riferisce l'articolo precedente è commesso con colpa grave sarà punito con pena inferiore in un grado.

Come è noto, v'è polemica sulla possibilità di ammettere la creazione di fattispecie colpose di pericolo poiché ciò entrerebbe in conflitto con il principio di *extrema ratio*. Tuttavia, nel caso concreto, e secondo Terradillos Basoco, "non si può negare il dato criminologico relativo al numero crescente di infortuni sul lavoro derivante da comportamenti imprudenti", sia questo per *culpa in eligendo* dei subordinati, sia per *culpa in vigilando* sul comportamento di questi ultimi³⁵. Potrebbe essere questo il motivo che ha spinto il legislatore a includere questa modalità commissiva. In ogni caso, visto che questa scelta è stata fatta e non pare opportuno qui metterla in discussione, passiamo alla sua analisi.

In base a quanto disposto dall'art. 317 del Codice penale, la pena da imporsi sarà inferiore in un grado a quella prevista dalla fattispecie precedente quando il

³³ J. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos*, cit., p. 94 e 95.

³⁴ Su questo problema, si veda, oltre ai passaggi dedicati da tutti i lavori monografici, lo scritto di GONZÁLEZ CUSSAC pubblicato in questa *Rivista*, p. 307 ss.

³⁵ J. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos*, cit., p. 96.

reato si commetta con colpa grave. Il vincolo evidente con il fatto di reato contemplato dall'articolo precedente obbliga a ritenere che tutti gli elementi da quello richiesti siano necessari anche in questa figura e, pertanto, che anche la loro semplice menzione sarebbe ripetitiva. Concentrandoci, dunque, sull'unico elemento che differenzia le due infrazioni – l'elemento soggettivo –, esso si caratterizza per il fatto che la colpa, per essere penalmente rilevante, dev'essere qualificata come "grave". Come ha segnalato Morales García, la gravità della colpa non equivale alla gravità dell'infrazione in termini amministrativi; ma questo elemento deve essere valutato guardando ad altri fattori, come la prevedibilità dell'evento o la facilità con cui poteva essere evitato³⁶. Se non era evitabile, a questi effetti si guarderà unicamente se si è cagionato un evento lesivo di morte o semplicemente di lesioni. In questi casi, se questo sfasamento fosse conseguenza di una colpa lieve, nulla impedirebbe che venisse contestata una contravvenzione che, di conseguenza, renderebbe necessario applicare quanto disposto nei commi I, II e III dell'art. 621 C.P.S.³⁷.

Per ciò che riguarda il suo impatto nella pratica, bisogna riconoscere, come afferma ancora la Circolare della Procura Generale 4/2011, che siamo di fronte a un'ipotesi residuale. È così perché, se il soggetto viola le norme di prevenzione e, inoltre, omette di fornire i menzionati mezzi necessari per svolgere il lavoro con garanzie di sicurezza, la cosa più frequente sarà che, quanto meno, si ripresenti la probabilità che con la sua condotta si generi un pericolo grave per la vita, la salute o l'integrità dei lavoratori, cosa che colloca quest'ipotesi nell'alveo del dolo eventuale.

D'altra parte, distinguere i casi di dolo eventuale da quelli in cui è presente invece colpa cosciente è compito arduo. E, se già in determinati reati di lesione ciò risulta problematico, quando l'evento consiste, come in questo caso, nella creazione di un pericolo concreto, tracciare un confine tra una categoria e l'altra risulta straordinariamente complesso.

Queste difficoltà probabilmente spiegano l'eccezionalità nell'applicazione di questa disposizione che, come si deduce dalla sentenza 26.6.2000 del *Tribunal Supremo*, deve ridursi, come regola generale, a quei casi in cui i mezzi sono stati forniti, ma questi sono insufficienti, inadeguati o difettosi e il soggetto confidava nel fatto che la situazione di pericolo non si sarebbe prodotta. Stando così le cose, per il *Supremo*, la distinzione tra gli ambiti propri degli articoli 316 e 317 do-

³⁶ O. MORALES GARCÍA, *Responsabilidad*, cit., p. 5 e 6.

³⁷ Art. 621.1. C.P.S. – Coloro che per colpa grave causano lesioni secondo quanto previsto dall'articolo 147, comma 2, saranno puniti con pena di multa da uno a due mesi.

Art. 621.2 C.P.S. – Coloro che per colpa lieve causano la morte di un'altra persona, saranno puniti con pena di multa da uno a due mesi.

Art. 621.3 C.P.S. – Coloro che per colpa lieve causano una lesione costitutiva di delitto saranno puniti con pena di multa da 10 a 30 giorni.

vrebbe vertere sull'inesistenza o insufficienza delle misure richieste, dovendosi applicare l'ultimo dei precetti esaminati quando l'autore non ha previsto ciò che era razionalmente prevedibile, vale a dire, che l'assenza di una o più tra le misure necessarie avrebbe generato un rischio grave per la vita e la salute dei lavoratori.

Allo stesso modo, si potrebbe considerare esistente questo reato quando la colpa ricade sulla violazione della normativa che regola le condizioni di sicurezza, come indica Martínez-Buján Pérez³⁸. Si tratta di un'ipotesi ammessa, per esempio, dalla sentenza 17.6.2012 della *Audiencia Provincial* di Palencia, dove si legge che ciò che qualifica e distingue la fattispecie colposa da quella dolosa è l'assenza di coscienza e volontà del soggetto ignaro della regolamentazione esistente, per negligenza informativa o reo di sottostimare il pericolo generato dalla mancata applicazione.

III. *Disposizione comune: la responsabilità delle persone giuridiche*

Non si può concludere il sommario esame fin qui effettuato senza un riferimento, pur breve, alla responsabilità penale delle persone giuridiche, giacché sono presenti alcune particolarità degne di menzione. Ebbene, in base all'art. 318 C.P.S., quando i fatti previsti negli articoli di questo Titolo sono attribuiti a persone giuridiche, si imporrà la pena prevista agli amministratori o agli incaricati del servizio che ne siano stati responsabili e a coloro che, conoscendoli e potendo porvi rimedio, non abbiano adottato misure allo scopo. In questi casi, l'autorità giudiziaria potrà decretare, inoltre, una o più misure tra quelle previste nell'articolo 129 di questo Codice.

La prima cosa da dire è che questa disposizione, essendo comune, vige rispetto a tutte le fattispecie ubicate nel Titolo XV del Codice penale, sebbene, per ovvie ragioni, di seguito avvanzeremo considerazioni limitate ai reati oggetto di questo studio. Fatta questa premessa, non si può non segnalare – a mio avviso – che è assai difficile spiegare una norma di questo tenore dopo che la riforma operata nel Codice penale mediante la *Ley Orgánica*, 22.6.2010, ha introdotto la responsabilità penale delle persone giuridiche. In questo senso, va detto che un'alta percentuale degli attentati contro l'ordine socio-economico, dei quali i reati contro i diritti dei lavoratori costituiscono una manifestazione, sono commessi da o tramite enti con personalità giuridica. Tuttavia, come affermo, malgrado il considerevole numero di casi in cui tali comportamenti sono compiuti da persone giuridiche, il legislatore ha preferito non renderle penalmente responsabili, preferendo che rispondessero delle violazioni soltanto le persone fisiche che le rappresentano.

³⁸ C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal*, cit., p. 1017.

Il fatto di dover individuare le persone fisiche responsabili, senza poter imporre una sanzione alla persona giuridica, ha già meritato un giudizio negativo da parte di Zúñiga Rodríguez, vista l'evidente diminuzione dell'efficacia della prevenzione generale, posto che "invia un messaggio ben poco contundente all'imprenditore che è il principale garante della sicurezza sul lavoro"³⁹. E se già allora l'azione legislativa poteva essere oggetto di severe critiche, una volta dato spazio alla responsabilità penale delle persone giuridiche, alla sua esclusione in questa materia non può essere data in alcun modo una buona accoglienza.

In quanto alle persone cui allude il precetto, Martínez-Buján Pérez distingue due gruppi chiaramente differenziati⁴⁰. In primo luogo, si menzionano, assieme, gli amministratori e gli incaricati del servizio. Tuttavia, come afferma Terradillos Basoco, si tratta di un ampliamento più apparente che reale poiché, di fatto, queste persone agiscono in rappresentanza dell'imprenditore o, addirittura, saranno obbligati diretti in base all'art. 316⁴¹. In secondo luogo, sono comprese tutte le persone che, conoscendo o potendo porre rimedio alla situazione, non hanno adottato le misure opportune. Si tratta di un caso specifico di commissione tramite omissione che, nell'opinione del primo degli autori citati, "attribuisce responsabilità ai dirigenti o ai superiori gerarchici per non aver evitato il fatto da parte dei subordinati, purché quei soggetti si trovino nell'esercizio di una concreta situazione di competenza specifica che li obblighi a controllare tutti i fattori di pericolo derivanti da detta competenza e, conseguentemente, a evitare la realizzazione di reati da parte dei subordinati nella catena gerarchica dell'impresa"⁴².

Certamente né nell'uno né nell'altro caso si tratta di una responsabilità oggettiva giacché, come precisa la Circolare 4/2011 della Procura Generale dello Stato, è richiesto che il soggetto abbia capacità decisionali relativamente alla sicurezza dei lavoratori, conoscenza della situazione di pericolo creata per l'assenza delle misure e, infine, deve aver deciso nel senso di non correggere la situazione di insicurezza. In questi termini, le persone citate risulteranno responsabili solo quando possono considerarsi integrati tutti gli elementi della fattispecie penale di cui si tratta poiché, in loro assenza, si amplierebbe smisuratamente e, in conseguenza, in modo intollerabile l'ambito dei possibili soggetti attivi di questi reati.

Infine, va detto che l'ultimo comma del precetto in commento conferisce al giudice il potere di decretare una o più delle misure contenute nell'art. 129 C.P.S. e che sono previste per imprese, organizzazioni, gruppi o qualsiasi altro tipo di entità o raggruppamento di persone prive di responsabilità giuridica. È conferito, per tanto, il potere di imporre come conseguenza accessoria una o più delle misu-

³⁹ L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Problemas*, cit., p. 12.

⁴⁰ C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho*, cit., p. 1019.

⁴¹ J.M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos*, cit., p. 70.

⁴² C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho*, cit., p. 1020.

re previste nelle lettere da c) a g) del art. 33.7 C.P.S.⁴³, così come il divieto definitivo di realizzare qualsiasi attività, anche se lecita. Questa norma sollevò importanti e motivate critiche prima dell'introduzione nell'ordinamento spagnolo della responsabilità penale delle persone giuridiche, che non permisero si giungesse a un minimo di consenso nemmeno sulla natura giuridica delle misure. Non è difficile capire che, una volta introdotta quella, vi sono pochi argomenti per difendere l'assenza di concordanza che si produce.

IV. Conclusioni

Non c'è dubbio che la contorta redazione dei precetti oggetto di questo studio contribuisce in maniera decisiva alla loro scarsa incidenza pratica⁴⁴. Tuttavia, questa non è l'unica ragione che ne spiega le scarse virtù. Infatti, come indica Terradillos Basoco⁴⁵, ci sono tre motivi che provocano un'applicazione che egli definisce "miserevole". In primo luogo, la diffusa complicità con la criminalità dei colletti bianchi che, nella politica criminale attuale sta arrivando a limiti difficilmente sostenibili sebbene, chiaramente, questa non è la sede adeguata per affrontare il problema⁴⁶. In secondo luogo, egli denuncia l'inerzia da parte degli operatori del Diritto nel privilegiare gli aspetti risarcitori, evitando di farsi carico delle sfide dogmatiche che queste figure presentano. Infine, segnala – e di nuovo con ragione – un certo disdegno nei confronti dei reati di pericolo che sono perseguiti unicamente quando si è verificata una lesione.

Per quanto qui d'interesse, agli elementi già enunciati credo possa aggiungersi la complessità tecnica dell'ampia normativa extra-penale di indispensabile conoscenza. È quanto afferma anche la relazione per l'anno 2013 del Procuratore-

⁴³ Queste misure sono: la sospensione delle attività per un tempo non superiore a 5 anni (c); la chiusura dei locali e degli stabilimenti per identico periodo (d); divieto di realizzare in futuro attività nell'esercizio delle quali si è commesso, favorito o occultato il reato per quindici anni, se si tratta di una misura temporanea, o indefinitivamente (e); interdizione dall'ottenimento di sovvenzioni o aiuti pubblici, dalla stipula di contratti con il settore pubblico e dal godimento di benefici e incentivi fiscali o della Sicurezza Sociale, per un tempo che non può eccedere i quindici anni (f); e, infine, l'intervento del giudice per salvaguardare i diritti dei lavoratori o dei creditori per il tempo che si consideri necessario e che, in nessun caso, potrà eccedere i cinque anni (g).

⁴⁴ In questo senso, J.R. SERRANO-PIEDCASAS, *La responsabilidad penal*, cit., p. 96.

⁴⁵ J.M. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos*, cit., p. 38.

⁴⁶ L'ho fatto in un recente lavoro in cui ho cercato di evidenziare la doppia misura che si utilizza per misurare determinate manifestazioni della delinquenza relative a ciò che in Criminologia critica si indica come criminalità dei potenti – in concreto: reati contro l'amministrazione pubblica e i servizi sociali – in relazione alla delinquenza comune. Cfr. C. VIDALES RODRÍGUEZ, *El derecho penal del amigo. Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, in *Revista de derecho y proceso penal*, n. 32, 2013, pp. 269-295.

Coordinatore della Sezione per gli infortuni sul lavoro, che indica questo fattore – assieme all'individuazione dei soggetti da incriminare e al trattamento da riservare alle ipotesi concorsuali – tra quelli che hanno condizionato l'azione del Pubblico Ministero⁴⁷.

Non si può ignorare che dal 2006, anno di istituzione dell'Unità specializzata sugli infortuni sul lavoro presso la Procura Generale dello Stato, la situazione ha mostrato un notevole miglioramento e il numero di sentenze è andato crescendo di anno in anno. Ne è prova il fatto che dai 350 scritti accusatori formulati nel 2006 si è passati a 725 nel 2012, ultimo anno rispetto al quale vi sono dati disponibili. Medesimo incremento si osserva anche riguardo alle sentenze pronunciate dai Tribunali penali che da 249 nel 2006 è passato a 637 nel 2012⁴⁸. Ebbene, senza sminuire il raggiungimento di simili traguardi, non può ignorarsi che in questo ambito, e ancora più in concreto riguardo ai reati dei quali qui si è discusso, purtroppo rimane un lungo cammino da compiere. Ancora una volta, sono i dati statistici a mostrare questa realtà. Come viene scritto anche nella relazione appena citata, delle 504 sentenze totali rimesse al Procuratore della Sezione nel 2012, sono 20 quelle che lo sono state unicamente per condotte tipizzate negli artt. 316 e 317 C.P.S., vale a dire il 4% del totale. Questo minimo valore evidenzia la portata pratica limitata di queste disposizioni e, pur tuttavia, esso viene valutato positivamente in quanto “sono pronunce fino a poco fa assenti o insolite”⁴⁹.

Va altresì considerato che delle 20 sentenze menzionate, 15 sono state di condanna. A prima vista può sembrare un numero insufficiente, ma se si compara con i dati sugli infortuni sul lavoro nell'anno 2012, appare allarmante. Si pensi che in quel periodo ci sono stati 400844 incidenti sul lavoro: 444 persone morte, 3625 hanno subito lesioni gravi 396.775 lesioni lievi⁵⁰. È vero che alcuni di questi incidenti possono prodursi per cause estranee a un'azione o – meglio – a un'omissione di coloro che sono chiamati ad evitare il pericolo. E non è meno vero che queste 15 condanne non corrispondono in nessun caso ai tristi fatti citati, dati i lunghi tempi necessari per completare i processi – infatti la citata relazione della Procura Generale dello Stato stima in 68,4 mesi, cioè più di 5 anni, il tempo che trascorre mediamente tra i fatti e la sentenza di prima istanza⁵¹, cosa che ci obbliga a tornare agli anni 2006 e 2007 quando, ricordiamolo, gli incidenti sul la-

⁴⁷ *Memoria*, cit., p. 276 e 277.

⁴⁸ *Memoria*, cit., p. 295.

⁴⁹ *Memoria*, cit., p. 294.

⁵⁰ Dati dell'Istituto Nazionale per la Sicurezza e igiene sul lavoro disponibili tramite il link: http://www.oect.es/Observatorio/1%20Inicio/Indice%20de%20incidencia%20de%20AATT%20Accidentes%20de%20trabajo/Por%20sector%20y%20gravedad/Ficheros/Sector_gravedad_TABLA_feb13_ene14.pdf.

⁵¹ *Memoria*, cit., p. 294.

voro erano ancora di più –. Ma lasciando da parte queste precisazioni, dalla comparazione effettuata si desume che non è ramingo pensare che, prima che l'evento si produca, già esisteva una situazione di rischio che, quanto meno, doveva essere riconosciuta e, se del caso, sanzionata.

Uscirebbe ancora dai limiti di questo scritto, soffermarsi sulle ragioni che fanno dubitare che vi sia un vero interesse a perseguire e reprimere queste condotte. Purtroppo, questo è un interrogativo che poco contribuisce a chiarire le ragioni dell'esclusione per queste violazioni della responsabilità penale delle persone giuridiche.

Lascio però una riflessione. Se l'intervento del Diritto penale non c'è, o arriva molto tardi, senza poi soddisfare nessuno (anche se, evidentemente, per motivi diversi), bisognerà trovare soluzioni alternative che, quanto meno, servano a ridurre la necessità di ricorrere al sistema punitivo. In questo senso, considero inevitabile sottolineare un dato che mi pare significativo: stando alla relazione annuale sugli incidenti sul lavoro in Spagna per il 2012⁵², l'indice di incidentalità è inversamente proporzionale alle dimensioni dell'impresa. In altri termini, quanto più grande è l'impresa quanto minore è l'indice. Si può concludere da ciò che quanto maggiori sono le risorse destinate alla prevenzione dei rischi sul lavoro, quanto maggiore sarà la sua efficacia⁵³. Di conseguenza, e assumendo come premessa che la prevenzione deve sempre primeggiare rispetto alla repressione, ridurre gli sforzi quando sono in gioco beni come la vita, la salute e l'integrità fisica dei lavoratori è, o almeno così pare, meschino e intollerabile. A margine della valutazione che meritano queste condotte che fuoriesce dai limiti del Diritto penale, questo certo può, comunque, svolgere un ruolo fondamentale intimando ai più ostinati di rispettare i loro obblighi in materia di prevenzione. Tuttavia, per raggiungere questo fine, il messaggio trasmesso dall'Amministrazione in generale e dalla Giustizia penale in particolare dovrebbe essere un altro e ben differente.

⁵² *Informe*, cit., p. 13.

⁵³ Sugli aspetti legati alla prevenzione, si veda: M.J. CUENCA GARCÍA, *Prevención penal y extrapenal de la siniestralidad laboral*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIII, 2013; disponibile alla pagina web <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/1186>.

Il punto su...
*Segretezza della camera di consiglio
e diritto all'informazione*

RENATO BRICCHETTI

LA SEGRETEZZA DELLA CAMERA DI CONSIGLIO
TORNATA D'ATTUALITÀ ^(*)

Sommario: 1. Il principio della segretezza. – 2. Un caso recente. – 3. L'opinione divergente come espressione di *self-marketing*.

1. *Il principio della segretezza*

Potrebbe essere interessante dissertare degli elementi che depongono in favore della segretezza della camera di consiglio o in favore della divulgazione dell'eventuale pluralità di opinioni.

Perderemmo, però, il nostro tempo. Perché il nostro sistema prevede il segreto della camera di consiglio. E pubblicare, rivelare, divulgare quello che lì dentro succede è illecito. Né si può obbligare il giudice, che sia chiamato a fungere da testimone, a rivelarlo. Non rischia il giudice che tace. Se dovesse invece parlare renderebbe dichiarazioni inutilizzabili nel processo, coperte da un divieto probatorio.

2. *Un caso recente*

Mi interessa, invece, il caso cui la stampa ha dato risalto in questi giorni: “lascia la toga il giudice che voleva la condanna”.

Ho letto i giornali come tutti voi. Quindi non so niente di questo caso.

Ho letto e sentito parlare di “opinione dissenziente” e qualcuno ha ricordato che, in questi casi, si “fa la busta” come prevede l'art. 125, comma 5, del codice del processo.

In realtà, noi non sappiamo nulla. Le informazioni che ci sono arrivate non sono tali, non ci hanno detto nulla.

Mi spiego meglio perché non vorrei essere frainteso. La vicenda è molto “seria” per i diretti interessati, per i giudici *a latere* che l'hanno subita, per l'autorità della sentenza e per l'autorevolezza della magistratura giudicante.

Ma noi non conosciamo l'opinione del presidente che “ha lasciato la toga”.

^(*) Testo dell'intervento al convegno su “*La camera di consiglio tra segretezza e diritto all'informazione*”, Pontedera, 14 novembre 2014.

Sappiamo che c'è dissenso. È sulla motivazione o sul segno della decisione? Su tutta la motivazione o su parte di essa ?

Non c'è negli articoli di stampa alcun "virgolettato": ha parlato ma poi ha detto al giornalista che non rilasciava interviste sull'argomento e non voleva che risultassero sue dichiarazioni ?

Oppure il cronista ha doti di preveggenza quasi pari a quelle degli organizzatori di questa giornata di studio, ideata mesi fa?

Cos'è successo nel "segreto" della camera di consiglio ? C'è poco da dire: non lo sappiamo.

Cosa ci è rimasto finora ? Un dissenso generico "ad alta voce" *versus* condanna.

Quindi, non un atto di dolore ma un *coup de théâtre*, un gesto teatrale, per far capire che la subita maggioranza (i due giudici *a latere*) non ha fatto soltanto un errore, ma ha sbagliato molto profondamente.

Per recitare con tanto di amplificazione mediatica: la sentenza è sbagliata.

Questo è il messaggio. Non altro.

L'atto di teatro, ripreso dai *media*, voleva influenzare fortemente l'opinione pubblica.

Demosprudenza, dunque.

Quella stessa demosprudenza che annovera, su altro versante, le indagini che fanno immediato clamore per poi dissolversi in bolle di sapone al primo incontro con la giurisdizione ed i suoi canoni probatori.

Non è questo che ci si aspetta da un giudice che non la pensi come la maggioranza.

Da lui ci si aspetta che partecipi alla discussione in camera di consiglio al fine di persuadere con i suoi argomenti e di far cambiare il punto di vista degli altri.

Questo fa il giudice nella camera di consiglio.

Non resta ad attendere l'opinione degli altri per poi non esprimere la propria o esprimerla in modo generico, non partecipato.

3. *L'opinione divergente come espressione di self-marketing*

L'opinione divergente, dissenziente è una cosa seria perché o è un'opinione errata o è la giusta opinione che si contrappone all'altrui errore nel giudicare.

Il giudice questo lo sa dal primo giorno del suo ingresso in magistratura. E sa anche che soltanto la sua sobrietà e la sua riservatezza sono fondamentali per preservare l'indipendenza della funzione (anche di quella dei suoi colleghi).

La divulgazione della sua diversa opinione, qualunque essa sia, mina l'indipendenza e l'autorevolezza di quella Corte.

Purtroppo però – come bene ha detto Margherita Cassano (cfr., in questa *Rivista*, p. 425 ss.) – troppo spesso il giudice cede alla tentazione di esaltare la propria personalità. Fa *self-marketing*; promuove sé stesso e vuole identificarsi con una tesi perché si sappia all'esterno.

Ma questo è tradimento della funzione. Ed è uno dei tanti indicatori della crisi della giurisdizione in atto.

Che va ad aggiungersi ad altri ancor più devastanti, come lo *spoil system* in atto dopo l'improvvido abbassamento a settanta anni dell'età della pensione, le nomine non per meriti ma “per pacchetti” correntizi di direttivi e semidirettivi o la totale assenza di controlli, inversamente proporzionale alla vigilanza bulimica sui giudici, sull'effettiva attività delle Procure.

MARGHERITA CASSANO

IL SEGRETO DELLA CAMERA DI CONSIGLIO ^(*)

SOMMARIO: 1. I principi processuali in tema di deliberazione collegiale. – 2. Le ragioni sottese alla scelta della segretezza. – 3. Il rifiuto della segretezza come strumento di schematizzazione del processo deliberativo e della motivazione del provvedimento.

1. *I principi processuali in tema di deliberazione collegiale*

Secondo l'ordinamento processuale civile e penale, la decisione emessa dall'organo giudiziario collegiale è un atto unitario, alla cui formazione concorrono, con gli stessi doveri e in posizione di parità, i singoli componenti del collegio.

Pertanto, la deliberazione finale non costituisce la somma delle distinte volontà dei diversi membri, bensì una loro sintesi ragionata, emanata nel rispetto della regola maggioritaria che rende la decisione impersonale e imputabile al collegio nella sua interezza.

In tal senso depongono univocamente le disposizioni contenute nel codice di procedura civile. In particolare l'art. 276 c.p.c. prevede, in caso di mancata formazione della maggioranza in occasione della prima votazione, un meccanismo di selezione progressiva delle diverse soluzioni fino a che ne residuino soltanto due sulle quali avviene la votazione finale. Tale meccanismo comporta che, in conseguenza delle maggioranze formatesi sulle varie questioni, la decisione espressa dal collegio possa essere diversa da quella che sarebbe stata adottata dai singoli giudici, ove avessero emesso la sentenza in composizione monocratica.

La regola sinora illustrata opera anche per il giudizio d'appello e per quello di cassazione in virtù del richiamo all'art. 276 c.p.c. presente nell'art. 359, per il giudizio d'appello, e nell'art. 380 per il giudizio di cassazione.

Una conclusione del genere non è contraddetta dalle disposizioni (artt. 275 e 738 c.p.c.) che regolano un distinto profilo, quello della relazione sulla causa da parte di uno dei membri del collegio. La relazione è, infatti, funzionale alla conoscenza del processo, delle problematiche da esso poste e delle censure difensive nei successivi gradi di giudizio ed è prodromica ad una informata e consapevole

^(*) Testo dell'intervento al convegno su "La camera di consiglio tra segretezza e diritto all'informazione", Pontedera, 14 novembre 2014.

formazione della volontà in ordine alle singole questioni e alla deliberazione ultima.

In coerenza con i principi generali del sistema processuale, che configura la decisione finale come sintesi coerenziatrice delle diverse impostazioni, l'art. 132 c.p.c. prevede che la motivazione della sentenza debba contenere l'esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui si fonda la decisione finale, con chiaro riferimento all'*iter* logico-argomentativo che ha portato alla sua formazione da parte del collegio nella sua interezza e conseguente irrilevanza di eventuali opinioni dissenzienti sia in merito alle singole questioni che al *decisum* finale.

La necessità di una fedele corrispondenza della motivazione al volere espresso dalla maggioranza è la *ratio* sottesa alla previsione che, in caso di dissenso del relatore e su sua richiesta, il presidente possa designare come estensore un altro giudice rispetto alla deliberazione finale che abbia espresso voto conforme alla decisione (artt. 276 c.p.c.; 118 e 119 disp. att. c.p.c.).

L'art. 131 c.p.c., così come modificato dall'art. 16 della l. n. 117 del 1988 – in base al quale «dei provvedimenti collegiali è compilato sommario processo verbale, il quale deve contenere la menzione dell'unanimità della decisione o del dissenso, succintamente motivato, che qualcuno dei componenti del collegio, da indicarsi nominativamente, abbia eventualmente espresso su ciascuna delle questioni decise» – non rappresenta una deroga alle regole in precedenza richiamate, bensì soltanto l'espressione della necessità di ricostruire il processo formativo del volere con esclusivo riferimento al profilo attinente alla responsabilità civile del giudice.

Il criterio della deliberazione a maggioranza nel caso di organo giudicante collegiale è affermato anche dal codice di procedura penale. L'art. 527 c.p.p. prevede che ogni giudice manifesti la propria opinione e voti ogni singola questione secondo l'ordine logico-giuridico stabilito dal primo comma della predetta disposizione, ossia partendo dalle questioni preliminari non ancora decise e da ogni altra questione di natura processuale, oggetto di separata analisi e antecedente l'esame del merito, comprensivo dei profili in fatto e in diritto riguardanti l'imputazione, nonché, in caso di accertata responsabilità, l'applicazione della pena e di eventuali misure di sicurezza e la responsabilità civile.

Ciascun giudice deve manifestare la propria opinione ed esprimere il proprio voto su ogni questione, indipendentemente dalla posizione assunta e dal voto espresso circa gli aspetti già esaminati, secondo una concezione dialettica della deliberazione che sottende la possibilità di un mutamento del proprio convincimento da parte del singolo giudice alla luce degli apporti argomentativi forniti dagli altri colleghi nel corso della camera di consiglio.

L'art. 527, comma 2, c.p.p. disciplina, oltre all'ordine di trattazione delle diverse questioni, anche l'ordine della votazione che inizia dal giudice con minore anzianità di servizio per finire al presidente che coordina la discussione ed espri-

me per ultimo la sua opinione al fine di scongiurare ogni forma di potenziale condizionamento derivante dal ruolo da lui rivestito.

La medesima esigenza è sottesa alla regola in base alla quale, nelle Corti d'assise, votano per primi i giudici popolari a partire da quello più giovane di età e, successivamente, i giudici togati, a partire da quello *a latere*.

Mutuando il meccanismo di selezione progressiva del voto previsto dal codice di rito civile, l'art. 527, comma 3, c.p.p. stabilisce che, in presenza di una pluralità di opinioni sul trattamento sanzionatorio (quantità della pena e applicazione di misura di sicurezza), i voti relativi alla sanzione più grave e che non abbiano riscosso la maggioranza siano accorpati a quelli espressi per la sanzione gradatamente meno grave e così via fino a quando non si forma una maggioranza.

Nei casi in cui i voti si equivalgano, il codice di rito introduce un ulteriore criterio di formazione della volontà collegiale che assume particolare rilievo negli organi giudicanti a composizione pari, quali le Corti d'assise: in attuazione del più generale principio del *favor rei*, in caso di parità di voti, prevale la soluzione più favorevole all'imputato.

Pur se la normativa non prende in espressa considerazione il caso in cui vi siano, in numero superiore a due, opinioni diverse su questioni di fatto o di diritto, è da ritenere che possa farsi ricorso, stante l'identità di *ratio*, al sistema di votazione per esclusione, espressamente regolato dal codice di rito civile, e che, quindi, poste in votazione due soluzioni, quella che riscuote i maggiori consensi sia successivamente posta in votazione con quella residua.

È significativa la circostanza che non siano previste sanzioni di alcun tipo per l'inosservanza delle disposizioni sinora illustrate: tale scelta può esser letta come indice della volontà del legislatore di riservare specifica ed esclusiva attenzione alle regole di funzionamento interno dell'organo collegiale e alla tutela della segretezza del processo deliberativo – assistito da un'apposita disposizione incriminatrice (art. 685 c.p.) – che si manifesta all'esterno come un atto unico e da cui non emergono opinioni e voti dissenzienti.

Come si desume dalla lettura logico-sistematica degli artt. 525 e 527 c.p.p., la chiusura del dibattimento individua la fase cronologica in cui deve intervenire il provvedimento che definisce il processo e trova applicazione, in coincidenza con l'adozione della sentenza in camera di consiglio, la regola della segretezza della deliberazione. Una conferma a tale ricostruzione proviene dall'elaborazione giurisprudenziale sulla partecipazione alla camera di consiglio, nei giudizi dinanzi alla Corte d'assise, dei giudici popolari supplenti. Al riguardo la giurisprudenza osserva che la partecipazione dei predetti giudici popolari supplenti alla camera di consiglio in una fase anteriore alla chiusura del dibattimento non solo non costituisce violazione della segretezza della deliberazione, ma è pienamente giustificabile alla luce della necessità di renderli disponibili, in vista di una decisione interlocutoria, a

sostituire permanentemente, in presenza dei relativi presupposti, un altro giudice popolare assente o impedito.

2. *Le ragioni sottese alla scelta della segretezza*

Così delineati, nelle loro linee essenziali, i principi processuali che regolano la deliberazione collegiale in ambito civile e penale, si tratta di individuare le ragioni giustificative della regola della segretezza della camera di consiglio.

Premesso che essa non ha un fondamento costituzionale, ma costituisce materia di scelta legislativa (Corte cost. sent. n. 18 del 19 gennaio 1989), un primo senso ad essa sotteso può essere colto nella volontà di assicurare una precondizione per il sereno e corretto sviluppo del processo decisionale e l'adozione di un provvedimento finale che rappresenti la sintesi ragionata delle diverse opzioni emerse nel corso della discussione in camera di consiglio, a prescindere da qualsiasi potenziale condizionamento esterno.

In tale prospettiva, il tema della segretezza della deliberazione s'intreccia con i principi di indipendenza e d'imparzialità che trovano un presidio nella Carta fondamentale. In più occasioni la Consulta ha affermato (sentenze 3 maggio 1974, n. 128; 27 marzo 1969, n. 60) che il principio dell'indipendenza è finalizzato a tutelare l'imparzialità del giudice, assicurandogli una posizione *super partes* che escluda qualsiasi interesse, sia pure, indiretto, alla causa da decidere. Spetta alla legge garantire, in ugual modo, l'assenza di aspettative di vantaggi e di situazioni di pregiudizio, predisponendo tutti gli strumenti indispensabili in vista di una decisione obiettiva. Compete al legislatore approntare tutte le misure idonee per renderla libera da timori, condizionamenti, forme di prevenzione, che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto gli impongono la sua coscienza e le sue conoscenze giuridiche (Corte cost. sent. n. 60 del 27 marzo 1969; sent. n. 128 del 3 maggio 1974; sent. n. 2 del 14 marzo 1968).

La Costituzione ha inteso assicurare l'indipendenza dei giudici garantendo la non interferenza nel loro operato degli altri poteri dello Stato (art. 104, comma primo), l'esclusione di ogni gerarchia all'interno della magistratura (art. 107, comma terzo), la soggezione dei giudici soltanto alla legge (art. 101, comma secondo) e, inoltre, prevedendo organi di autogoverno (artt. 104 e 108).

Tanto precisato occorre evidenziare che nel nostro ordinamento costituzionale non esiste un nesso imprescindibile tra indipendenza del giudice e segretezza, nessuna norma costituzionale stabilisce il segreto delle deliberazioni degli organi giudiziari quale garanzia della loro indipendenza né, a tal fine, impone il segreto sull'esistenza di opinioni dissenzianti all'interno del collegio. Ciò posto, la *ratio* della disciplina processuale in tema di non conoscibilità dei voti espressi dai

componenti del collegio sulle singole questioni affrontate può essere colta nell'esigenza di garantire la massima serenità e obiettività nello svolgimento della delicata attività d'interpretazione ed applicazione delle norme, a prescindere dalle aspettative dei singoli o di gruppi portatori di interessi e dalle ricadute delle decisioni giudiziarie nei diversi ambiti, a partire da quelli sociali ed economici.

Valutata in tale ottica, la regola assume un particolare rilievo, soprattutto se correlata ai seguenti profili:

1) tipologie di processi per reati di elevato allarme sociale: basti pensare a quelli in materia di terrorismo e di criminalità di stampo mafioso;

2) particolare rilevanza del processo in determinati contesti territoriali: il pensiero va, a mero titolo esemplificativo, ai processi per disastri ambientali o per omicidi colposi plurimi nell'ambito di attività industriali che costituiscano una risorsa economica essenziale per il territorio, ai processi per reati societari e fallimentari che abbiano pesanti ripercussioni sulle attività produttive di una determinata zona e sull'occupazione;

3) processi indiziari che dividono l'opinione pubblica e che abbiano una particolare risonanza giornalistica, fenomeno quest'ultimo in progressiva accentuazione a seguito della preoccupante tendenza ad instaurare processi mediatici paralleli a quelli che si svolgono nella loro sede naturale e a sollecitare morbide forme di attenzione rispetto a gravi delitti piuttosto che la comprensione delle loro cause e il rispetto dovuto ad ogni persona in coerenza con il principio di non colpevolezza sancito dall'art. 27 Cost.;

4) la complessità dell'intervento giudiziario rispetto a nuovi diritti che non siano oggetto di espressa disciplina legislativa con conseguente necessità di evitare la delegittimazione di taluno dei contrapposti valori in gioco, di scongiurare i conflitti che potrebbero derivarne, di consentire una flessibilità di risposta rispetto ad una realtà in divenire che evolve con una velocità di gran lunga superiore rispetto alla complessità del procedimento legislativo.

Un'ulteriore valenza della opzione legislativa in favore della segretezza può essere colta sul "versante interno": sotto questo aspetto si spiega con la necessità di garantire la piena autonomia e libertà interpretativa del singolo collegio giudicante rispetto a difformi indirizzi interpretativi maturati all'interno del medesimo ufficio in diversa composizione o a questioni in precedenza trattate da altre articolazioni giudiziarie e motivatamente non condivisi oppure rispetto a decisioni adottate, relativamente allo stesso procedimento, in una precedente fase processuale o in un differente grado di giudizio. In tale ottica la segretezza può contribuire a rafforzare una delle precondizioni per la piena esplicazione della effettività dei controlli giurisdizionali e per una reale dialettica processuale rispettosa dei principi del giusto processo.

Un ulteriore significato della segretezza può essere individuato nell'esigenza di

prevenire possibili forme di impropria personalizzazione della funzione giudiziaria e di identificazione di determinate scelte, di tipo interpretativo o applicativo, con taluni magistrati, con conseguente disaffezione del corpo sociale nei confronti dell'ordine giudiziario complessivamente inteso e della funzione giudiziaria.

Tale affermazione appare coerente con un sistema, quale il nostro, in cui i giudici non hanno una legittimazione di tipo elettivo e non sono, quindi, chiamati a rispondere "politicamente" delle scelte compiute, bensì hanno una legittimazione di tipo professionale all'interno di un quadro ordinamentale della loro azione, imprescindibilmente connotato dalla soggezione esclusiva alla legge e dal conseguente schema razionale del discorso giustificativo della decisione come strumento per esplicitare le ragioni sottese ad una determinata deliberazione e per rendere possibile alle parti e, più in generale, alla collettività, il controllo sul ragionamento seguito dal giudice.

3. *Il rifiuto della segretezza come strumento di schematizzazione del processo deliberativo e della motivazione del provvedimento*

L'aspetto inerente alla segretezza delle opinioni espresse da ciascuno dei componenti del collegio deve essere tenuto distinto da quello relativo alla rappresentazione esterna dei motivi della decisione adottata. Segretezza della camera di consiglio non significa, infatti, rinuncia a confrontarsi, nell'ambito della motivazione del provvedimento, con i rilievi critici maturati nel corso della camera di consiglio da parte del giudice dissenziente e con opzioni interpretative rimaste minoritarie.

Tale fondamentale distinzione consente di ridimensionare fortemente il problema della c.d. *dissenting opinion* e di riaffermare, attraverso l'irrinunciabile valore della "complessità" della motivazione, i valori insiti in essa: la capacità di ascolto e di confronto, nella consapevolezza che la deliberazione è discutere, ragionare insieme; la consapevolezza che, in un organo collegiale, ogni giudice ha bisogno dell'apporto altrui per un'adeguata comprensione; la ricerca del dubbio metodico come chiave di comprensione del reale. Una decisione è tanto più autorevole in quanto esamini, sia pure al fine di confutarle, le possibili diverse letture prospettate non solo dalle parti, ma anche dai singoli componenti del collegio, affronti i difformi orientamenti interpretativi maturati sulla singola questione ed espliciti razionalmente le ragioni per le quali gli stessi non sono ritenuti condivisibili.

La struttura unitaria del *decisum*, come sintesi impersonale di convincimenti e volontà riferibili al collegio nel suo insieme, non equivale, quindi, a schematismo decisionale, a semplificazione argomentativa, a predominio culturale della tesi maggioritaria, a sottovalutazione delle prospettazioni minoritarie, a sterile unanimità.

La motivazione ascrivibile al collegio nel suo complesso non può essere ridut-

tivamente intesa come banalizzazione o pretermissione delle tesi contrarie o come semplificazione in forma autoritativa di un dibattito articolato e vivace: una deliberazione assunta a maggioranza è, infatti, tanto più autorevole in quanto si confronta con le prospettazioni contrarie emerse nel corso della discussione in camera di consiglio sulle varie problematiche.

Ciò si traduce in una maggiore completezza informativa, in un *iter* argomentativo più approfondito ed esauriente, costituente l'approdo razionale della deliberazione dopo il vaglio critico delle tesi antagoniste, in una più puntuale verifica di corrispondenza tra il materiale probatorio esistente e il contenuto della pronuncia, nell'effettivo rispetto della regola dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*.

Infine, la motivata confutazione delle diverse prospettazioni permette la delimitazione del perimetro cognitivo nelle successive fasi processuali, agevola la stesura di impugnazioni effettivamente rispettose della prescrizione concernente la specificità dei motivi, può prevenire impugnazioni dilatorie con positive ricadute sulla ragionevole durata dei processi.

Se la motivazione costituisce l'espressione di un complesso lavoro collegiale e la fedele rappresentazione della ragionata sintesi operata, dopo un doveroso approfondimento e un attento dibattito nella camera di consiglio, mal si comprende la tendenza, talora rilevabile anche in alcune sentenze della Corte di Cassazione, a rifiutare il ruolo di estensore della motivazione del provvedimento, quando la tesi sostenuta dal relatore sia rimasta soccombente. Il ruolo dell'estensore è, infatti, quello di esprimere, in maniera oggettiva, l'*iter* formativo del processo decisionale nelle sue scansioni logiche e nella progressione argomentativa e di illustrare la sintesi finale a prescindere dalle convinzioni personali. L'esperienza insegna che talora le sentenze più efficaci ed autorevoli sono proprio quelle redatte dal giudice la cui tesi non è stata accolta, essendo ad esse sotteso un forte impegno di fedeltà al deliberato collegiale.

Avallare, invece, prassi diverse produce due conseguenze negative: l'affermazione impropria dell'individualismo in opposizione alla dimensione collegiale; l'elusione della regola processuale a fronte di una ben precisa scelta legislativa in favore della segretezza della camera di consiglio.

Per quanto attiene all'etica professionale del magistrato, la segretezza non può diventare l'usbergo per giustificare forme di inerzia intellettuale del singolo giudice componente il collegio, per delegare agli altri colleghi la delicata e difficile opera di ricostruzione del fatto e di applicazione delle norme di legge sostanziale e processuale.

Dibattito

Il vilipendio al Capo dello Stato, oggi

ANTONIO GULLO

EGUAGLIANZA, LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO E TUTELA DIFFERENZIATA DELL'ONORE: UN EQUILIBRIO ANCORA SOSTENIBILE?^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa e inquadramento del tema. – 2. La parabola dell'oltraggio a pubblico ufficiale: ascesa, declino e rinascita di un delitto. – 3. L'art. 278 del codice penale: dall'offesa al Re all'offesa al Presidente della Repubblica. – 4. La giurisprudenza della Corte EDU tra tutela dei *civil servants* e libertà di critica delle istituzioni politiche. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa e inquadramento del tema*

«Quanto ai reati di offesa a persone rivestite di funzioni costituzionali o politiche, la loro sopravvivenza è intimamente legata al sistema di tutela differenziato dell'onore individuale, in rapporto alla qualifica. Sin tanto che l'ingiuria rivolta ad un p.u. costituirà uno speciale titolo di reato, rispetto all'ingiuria rivolta al privato cittadino, sembra evidente che la posizione di coloro che ricoprono le funzioni pubbliche più importanti e significative debba ulteriormente differenziarsi: non avrebbe infatti alcun senso e ragionevolezza ridurre l'offesa al Presidente della Repubblica ad un oltraggio, equiparando la sua posizione a quella ad es., del vigile urbano. Soltanto nella (improbabile) prospettiva di una totale equiparazione (e quindi di una *reductio ad unum* delle esigenze di tutela dell'onore individuale) si può pensare di cancellare questo gruppo di incriminazioni; diversamente esse sono destinate ad una inevitabile sopravvivenza».

Con queste parole un illustre penalista¹ descriveva con pochi tocchi lo stato dell'arte della legislazione in materia di protezione dell'onore di soggetti pubblici ed anche la complessiva 'situazione spirituale' della nostra legislazione ancorata a modelli di tutela ereditati da contesti politici e culturali espressivi di un certo equilibrio nei rapporti tra Stato e cittadini, tra principio di autorità e principio di libertà².

^(*) Il lavoro sarà altresì pubblicato negli Scritti in onore di Gaetano Silvestri.

¹ T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, Libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 39 s.

² Così, con specifico riferimento al tema della reazione legittima ad atti arbitrari del pubblico ufficiale, P. SIRACUSANO, *Reazione ad atto di pubblico ufficiale ed arbitrarietà putativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 935. Analoghe osservazioni avuto riguardo al delitto di oltraggio a pubblico ufficiale in G. FLORA, *Il problema della costituzionalità dell'oltraggio*, in *Arch. pen.*, 1976, 23.

Il disincanto che sembra trasparire dalle parole dell'Autore riguardo la possibilità di ripensare un siffatto assetto di tutela trova conferma gettando anche solo un rapido sguardo alla sistematica del codice vigente ai giorni nostri: a distanza di oltre trent'anni dalla constatazione di Padovani poco o nulla è cambiato.

Sfogliando le pagine del codice penale ci si imbatte ancora nel delitto di oltraggio a pubblico ufficiale e sulla sua scia negli altri delitti di oltraggio, quello a corpo politico, amministrativo o giudiziario e l'oltraggio a magistrato in udienza, non comparando all'orizzonte il solo oltraggio a pubblico impiegato, così pure, per mutuare qui le parole appena citate, «inevitabilmente» nel delitto di offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica.

Eppure non molti anni fa pareva essersi aperta una breccia nel muro elevato dal nostro codice a protezione dell'onore delle istituzioni, o comunque delle persone che le incarnano o operano per le stesse: l'art. 18 della legge di depenalizzazione del 1999 n. 205 aveva infatti espressamente abrogato la fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale, lasciando peraltro in vita, poco comprensibilmente, le figure 'gemelle'³.

Si deve dire che allo spiraglio aperto da detta abrogazione non ha fatto nel frattempo seguito, in linea del resto con la certificata sopravvivenza delle altre ipotesi di oltraggio, alcun intervento sul fronte della – in apparenza omologa – figura di reato riguardante il Presidente della Repubblica, non interessata dalle modifiche attuate dalla l. n. 85 del 2006 in materia di reati di opinione⁴.

Qualcosa, a voler essere ottimisti, si andava comunque muovendo: sempre grazie alla 'campagna di depenalizzazione' del 1999 si era abrogata la speculare ipotesi di offesa al prestigio o all'onore dei capi di Stato esteri di cui all'art. 297 c.p. – e con essa l'appendice' del delitto di offese contro rappresentanti di Stati esteri contemplato dall'art. 298 c.p.⁵ –; si era rideterminata la cornice edittale dei delitti di oltraggio corporativo e a magistrato in udienza riportando il minimo edittale al minimo codicistico previsto dall'art. 25 c.p. (quindici giorni) – soluzioni tuttavia queste ultime di fatto imposte dalla sentenza della Corte costituzionale

³ Per alcuni puntuali rilievi a riguardo v. M. ROMANO, sub art. 342 c.p., in *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche*, 2^a ed., Milano, 2002, 74, pur nel quadro di una critica all'opzione abrogativa compiuta rispetto all'oltraggio a pubblico ufficiale, «frutto», a giudizio dell'Autore, di «un'iniziativa quanto meno dubbia ed affrettata».

⁴ Intervento peraltro accompagnato nel suo complesso da valutazioni critiche: v., per tutti, M. PELISSERO, *Osservazioni critiche sulla legge in materia di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 960 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzecagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006 n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, 219 ss.

⁵ Per un'analisi di entrambe le fattispecie v. B. ALBERTINI, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Parte speciale*, vol. I, *I delitti contro la personalità dello Stato*, Torino, 2008, 611 ss.

del 1994⁶ in tema di minimo edittale dell'oltraggio a pubblico ufficiale *ex art.* 341 sui cui torneremo. Infine, la novella legislativa del 2006, sopra richiamata, aveva ancora inciso sul versante sanzionatorio, sostituendo la cornice edittale dell'oltraggio corporativo di cui all'art. 342 quale risultante dalla legge di depenalizzazione del 1999 – reclusione fino a 3 anni e nell'ipotesi di attribuzione di un fatto determinato da uno a quattro anni – con rispettivamente la multa da euro 1.000 a 5.000 e, per l'ipotesi aggravata, da euro 2.000 a 6.000.

A chiudere lo spiraglio e a riportare le lancette indietro ci ha pensato il legislatore del primo 'pacchetto sicurezza' che, nella preoccupazione di lanciare il messaggio di un 'giro di vite' contro le condotte a vario titolo incidenti sulla sicurezza pubblica, ha pensato bene di riesumare l'oltraggio a pubblico ufficiale quale strumento di riaffermazione del ruolo e dell'autorità dei 'paladini della sicurezza'⁷, introducendo, alchimie del legislatore, il nuovo art. 341 *bis* in luogo del vecchio art. 341 c.p.

Tanto rumore per nulla dunque? Dobbiamo prepararci ancora a una lunga stagione di sopravvivenza delle figure che plasticamente rappresentano gli emblemi della tutela del prestigio delle istituzioni, per il tramite di coloro che le rappresentano?

Difficile dirlo: il dibattito, almeno per quanto riguarda l'oltraggio, non è sopito sul terreno delle sempre progettate riforme se è vero che, nei lavori di una delle ultime Commissioni ministeriali incaricate di elaborare un progetto di depenalizzazione, fa nuovamente capolino la scelta di abrogare l'oltraggio⁸.

Deve peraltro evidenziarsi come la recente legge n. 67 del 2014 contenente deleghe al Governo tra l'altro in materia di depenalizzazione si guardi bene dal far propria la scelta abrogatrice compiuta dalla Commissione sopra menzionata, incidendo per contro sull'ingiuria, destinata, negli intendimenti del legislatore, a rappresentare uno dei capostipite della nuova tipologia di illeciti punitivi civili.

E il delitto di offesa al Presidente della Repubblica? Qui in realtà non sembra registrarsi un particolare interesse a mettere mano alla disciplina neppure nell'ottica dei progetti di riforma e tantomeno da parte del legislatore, mentre il

⁶ Il riferimento è, come noto, alla sentenza n. 341 del 1994 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il minimo di sei mesi di reclusione previsto dalla, al tempo vigente, fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale (v. *infra*).

⁷ V. G. GATTA, *La risurrezione dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino, 2009, 156, con puntuali richiami al dibattito parlamentare sul punto.

⁸ V. il progetto elaborato dalla Commissione presieduta dal Prof. Fiorella in *www.giustizia.it*. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2013, 1587 ss.

dibattito pubblico, non particolarmente attento alla questione, si rivitalizza allorché si prospetti la possibilità di una applicazione del delitto in esame⁹.

Le osservazioni che seguono mirano appunto a tornare sul tema, verificando se il bilanciamento cristallizzato dal legislatore tra gli interessi in conflitto rispecchi un equilibrio ancora sostenibile alla luce dei principi che dovrebbero informare una moderna democrazia. Nel nostro percorso avremo come fuoco dell'analisi il delitto di offesa all'onore o al decoro del Presidente della Repubblica, di solito maggiormente al riparo dalle polemiche; ma, seguendo la traccia dettata dalle parole di Padovani, muoveremo dal 'tenace' oltraggio a pubblico ufficiale¹⁰.

2. *La parabola dell'oltraggio a pubblico ufficiale: ascesa, declino e rinascita di un delitto*

Il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale ha conosciuto tre stagioni nella sua tormentata esistenza.

Una prima stagione è quella caratterizzata da una sorta di manovra di accerchiamento da parte dei giudici di merito¹¹, che a partite dagli anni '60 e '70 hanno sistematicamente chiamato in causa la Consulta sollevando questioni di legittimità costituzionale della fattispecie in esame sotto diversi profili, ma in particolare sotto l'angolo visuale del rispetto del principio di eguaglianza¹². A essere oggetto di censura da parte dei giudici era la disparità di trattamento tra i soggetti pubblici, depositari di una tutela privilegiata, e i normali cittadini, tutelati dal delitto di ingiuria, ma con accenni, andati via via assumendo maggiore consistenza, che finivano poi con l'investire la severità delle pene previste dal delitto di oltraggio a pubblico ufficiale.

⁹ Il riferimento è al noto caso Storace che ha visto anche l'intervento della Corte costituzionale in sede di accertamento dell'insindacabilità a seguito di conflitto di attribuzione sollevato dal Tribunale di Roma nell'ambito appunto di un procedimento avviato in relazione all'art. 278 c.p. e conclusosi con la condanna del parlamentare in primo grado alla pena di sei mesi di reclusione.

¹⁰ Mettevano parimenti in evidenza questo collegamento, naturalmente prima della reintroduzione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale, seconda edizione*, Padova, 2007, p. 87, i quali, con specifico riferimento all'ipotesi di offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica di cui all'art. 278 c.p., sottolineavano che «con l'abrogazione dell'oltraggio, la *ratio* di tale sistema differenziato è entrata in crisi, sicché pare necessario un ripensamento generale della materia, in un'ottica *de iure condendo*».

¹¹ Significativo il titolo del noto lavoro di A. PIZZORUSSO, *Attacco in massa contro il reato di oltraggio*, in *Quale giust.*, 1971, 92 ss.

¹² Per una compiuta ricapitolazione v. F. PALAZZO, *Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 1309 ss.; R. BARTOLI, *Reazione oltraggiosa agli atti arbitrari e provocazione: verso la parificazione della tutela dei soggetti pubblici e privati*, in *Cass. pen.*, 1998, 2826 s.

E la risposta della Corte costituzionale, nella sua prima pronuncia in argomento¹³, è per un verso di fermezza nel rigettare la doglianza concernente l'asserita violazione del principio di uguaglianza sul presupposto della eterogeneità delle figure criminose in questione – un conto l'ingiuria posta a protezione dell'onore individuale, altra cosa l'oltraggio ove a venire in rilievo è il prestigio della pubblica amministrazione che 'attrae' al suo interno la prima componente di tutela –; per altro verso di apertura, non nella direzione di un possibile sindacato sulla pena prevista dall'art. 341 c.p. ma di una sorta di *moral suasion* nei confronti del legislatore, con richiami già allora ai lavori delle commissioni di riforma e alle scelte in materia orientate verso un ridimensionamento, almeno rispetto ai casi più gravi, della portata sanzionatoria dell'oltraggio¹⁴.

Già qui però traspare dalla chiusa della sentenza una prima presa di posizione della Corte: «competete al legislatore decidere se non corrisponda all'attuale stato della coscienza sociale ed allo spirito informatore della Costituzione repubblicana l'esigenza di modificare nei sensi proposti una disciplina legislativa, come quella in esame, che troppo risente dell'ideologia del regime dal quale ebbe origine».

Posizione quest'ultima, di difesa della ragionevolezza della previsione ma di pungolo al legislatore, confermata dalla Corte anche in pronunce di poco successive – ove ci si rifà espressamente al monito lanciato dalla sentenza del 1968 –, nelle quali si assiste altresì ad un primo affinamento dell'oggettività giuridica dell'oltraggio, tale dunque da giustificare il diverso regime rispetto all'ingiuria: si affaccia difatti il riferimento, quale sfondo di tutela dell'art. 341 c.p., all'efficienza dello svolgimento delle mansioni pubbliche e alla serenità del loro espletamento¹⁵.

Si tratta naturalmente di una stagione molto più articolata e che qui non è possibile compiutamente ripercorrere; ci pare però che sin dalle prime pronunce si manifesti chiaramente un *trend* della giurisprudenza costituzionale: il prestigio, l'efficienza, la serenità di espletamento delle funzioni da parte dei soggetti pubblici – in una marcia dunque di avvicinamento verso le sponde più tranquillizzanti del buon andamento della pubblica amministrazione¹⁶ – tengono sì in piedi il delitto di oltraggio, ma il suo vero tallone d'Achille è rappresentato dalla particolare severità del trattamento sanzionatorio.

¹³ V. Corte cost., sent. n. 109 del 1968.

¹⁴ V. sempre Corte cost. sent. n. 109 cit., ove si fa riferimento alle opzioni allora in discussione di eliminare il minimo edittale dell'oltraggio e di prevedere nei casi di particolare tenuità la irrogazione della sola pena pecuniaria.

¹⁵ V. Corte cost., sent. n. 165 del 1972 che parla di «particolare valutazione, sul piano giuridico penale, la quale – ferma restando la pari dignità delle persone *uti singuli* – sia conforme alle esigenze di protezione delle mansioni esercitate, che, tra l'altro, postulano efficienza e serenità di espletamento».

¹⁶ Chiaro l'approdo in questo senso di Corte cost., sent. n. 51 del 1980 ove si fa espressa menzione quale oggetto di tutela dell'oltraggio alla «finalità del buon andamento amministrativo prevista dall'art. 97 della Costituzione».

La seconda stagione è segnata dalla celebre sentenza della Corte costituzionale n. 341 del 1994¹⁷, che dà compiuta attuazione ai fermenti presenti, come si è visto, nei precedenti interventi della Consulta.

Sono ormai lontani i tempi in cui la Corte, sempre a proposito dell'oltraggio, aveva affermato che «la valutazione tra reato e pena appartiene alla politica legislativa, e su di essa nessun sindacato si rende possibile in questa sede, al di fuori dell'eventualità non verificantesi nella specie, che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione»¹⁸. Qui la Corte va dritto al cuore del problema e nella perdurante inerzia del legislatore non esita più a censurare la legittimità del minimo edittale dell'oltraggio fissato dall'art. 341 c.p. in sei mesi di reclusione.

Il giudizio di ragionevolezza è in larga parte direttamente impostato sull'art. 27, comma 3 Cost., letto nella sua tensione verso la finalità rieducativa non più come previsione limitata alla fase di esecuzione della pena ma tale da identificare «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico»: la finalità rieducativa – sottolinea la Corte – «implica pertanto un costante “principio di proporzione” tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra». Significativo, del resto, il fatto che il riferimento all'ingiuria quale *tertium comparationis* emerga soltanto verso la fine dello sviluppo del ragionamento della Corte¹⁹, sostenendosi l'argomentazione sin lì su punti che ci sembra incidano sulla stessa ragion d'essere dell'oltraggio in un sistema democratico maturo: la mutata sensibilità circa il rapporto tra amministrazione e società, da intendersi non più fondato su una logica di imperio, con la conseguenza che «il necessario e ragionevole bilanciamento di interessi che presiede

¹⁷ Su cui, con diversità di accenti, v. F. CURI, *L'attività «paralegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1994, 1091 ss.; G. FIANDACA, *Nota a Corte cost. n. 391 del 1994*, in *Foro it.*, 1994, I, 2585 s.; P. MAIZZI, *Minimo edittale della pena per il delitto di oltraggio e principio di proporzione*, in *Giur. cost.*, 1994, 1101 ss.; M. VECCHI, *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria edittale della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 788 ss. Sulla sentenza v. altresì le osservazioni di S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 147 ss. e di A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4199 ss.

¹⁸ In questi termini si esprimeva la Corte costituzionale nella prima pronuncia in tema di oltraggio sopra richiamata (n. 108 del 1965).

¹⁹ Dopo la metà del punto 3 del considerato in diritto si legge difatti: «A quanto detto finora si può aggiungere che la manifesta irragionevolezza della norma impugnata emerge anche dal raffronto con il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 594 del codice penale». Sul punto v. G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini e M. Zanotti, 3^a ed., Torino, 2006, 343, il quale sottolinea come nella sentenza in questione il riferimento alle pene dell'ingiuria sia stato «meramente residuale rispetto ad un'articolata motivazione, basata invece sulla attuale censurabilità della scelta politico-criminale del legislatore del 1930».

alla determinazione della misura della pena» non possa non tenere conto «del mutato assetto di questo rapporto»; «la rigidità e severità del minimo edittale previsto dal legislatore del 1930 e ancora vigente frutto di un bilanciamento oramai manifestamente irragionevole tra tutela dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale (e del buon andamento dell'amministrazione) anche nei casi di minima entità, e quello della libertà personale»; il radicamento nella coscienza sociale della «palese incongruità della previsione sanzionatoria impugnata» testimoniata, ad avviso della Consulta, dall'atteggiamento di disagio dei giudici di merito tradottosi in continui ricorsi alla Corte costituzionale; l'inerzia del legislatore pur di fronte ai ripetuti inviti della Corte costituzionale a sanare la situazione; il panorama normativo offerto da altri ordinamenti nonché le soluzioni proposte dalle Commissioni al tempo incaricate di elaborare un progetto di riforma del codice penale tutte nel segno tendenziale del superamento di una tutela *ad hoc* apprestata alle offese ai pubblici ufficiali secondo lo schema dell'oltraggio²⁰.

La sentenza n. 341/1994 accese dunque la miccia che avrebbe condotto di lì a qualche anno, con la legge di depenalizzazione del 1999 più volte richiamata, alla sparizione dell'art. 341 dal nostro codice penale²¹.

E arriviamo così ai giorni nostri che segnano l'ultima stagione dell'oltraggio, quella della sua rinascita: come si è prima ricordato, il legislatore del 2009 ha tirato fuori dal cappello magico della sicurezza pubblica anche il nuovo art. 341 *bis* rubricato per l'appunto *Oltraggio a pubblico ufficiale*.

Iniziamo subito col dire che non sentivamo la nostalgia di una tale figura di reato. Un esame cursorio della giurisprudenza maturata negli anni successivi all'entrata in vigore dell'art. 341 *bis* riporta ad un campionario degno del suo predecessore: da offese ad agenti di polizia, a carabinieri, a vigili urbani sino ad arrivare a liti in consiglio comunale o a diverbi tra genitori ed insegnanti²². Ma a colpire è la modesta offensività di numerose condotte che vengono in rilievo, spesso molto vicine a forme di maleducazione, di turpiloquio o di disprezzo, che appare sproporzionato sanzionare con la pena della reclusione sino a tre anni

²⁰ Sent. n. 341 cit. nell'inciso iniziale del punto 3 del considerato in diritto ove, tra l'altro, si ricorda la scelta operata dalla Commissione Pagliaro di eliminare una figura autonoma di oltraggio a favore della previsione di una forma di ingiuria aggravata perseguibile d'ufficio; scelta che, come ricorda la Consulta menzionando il passo della relazione allo schema di legge delega, intendeva essere «in armonia con una visuale democratica dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini».

²¹ Sottolineava già C. FIORE, *Oltraggio a un pubblico ufficiale. Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998, 2, come «nella motivazione diversi passaggi rimandano a considerazioni che guardano ben oltre il ristretto ambito della questione sollevata».

²² V., ad esempio, Cass., sez. V, 12.2.2014, n. 15367; Trib. Napoli, Sez. I, 22.5.2014, in *dejure*; Trib. Napoli, sez. I, 6.5.2014, n. 5684; Trib. Apricena, 14.11.2012, in *dejure*, in relazione ad un alterco in consiglio comunale, ove però si esclude la responsabilità ritenendo sussistenti gli estremi della provocazione *ex art. 599*, secondo comma, c.p.

prevista dall'ipotesi base di oltraggio – addirittura quattro anni nel caso di attribuzione di un fatto determinato; tanto più se si pensa che in non pochi casi l'oltraggio concorre nel caso di specie con altre figure di reato, in primo luogo la resistenza a pubblico ufficiale, oppure è direttamente qualificabile in questi ultimi termini²³.

Non ci nascondiamo certo il fatto che anche sotto la previgente disposizione non mancavano voci autorevoli inclini a riaffermare anche in prospettiva *de iure condendo* l'esigenza, o meglio a non escludere l'implausibilità o la sostenibilità al metro dei principi costituzionali, del mantenimento di una tutela rafforzata all'esercizio dei pubblici poteri, significativamente rivisitata nei contenuti. E a seconda dei casi si accentuava, quale baricentro di una siffatta tutela, il profilo del buon andamento della pubblica amministrazione²⁴ o di una protezione del prestigio della funzione che non si risolve in un «privilegio sostanzialmente accordato alla persona del pubblico ufficiale»²⁵ o, sembrerebbe sempre muoversi lungo questo solco, «la stabilità emotiva del pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni e, quindi, la sua capacità di decidere correttamente secondo l'interesse pubblico»²⁶.

Ma il punto è che l'attuale fattispecie di oltraggio non dà risposta a nessuna di queste esigenze. Non ci sembra che la norma garantisca il buon andamento della pubblica amministrazione, neppure nella sua labile veste di tutela della serenità del pubblico ufficiale ovvero della sua stabilità emotiva: l'offesa infatti prevede una serie di elementi quali la sua realizzazione in luogo pubblico o aperto al pubblico e la stessa presenza di più persone che dimostrano come ad essere preso in esame non è questo profilo²⁷. Rimane il 'nudo' prestigio della pubblica amministrazione che, oltre a porre seri problemi di legittimazione in sé della pena detentiva²⁸, riceve solo una tutela di 'facciata', atteso che all'ultimo comma dell'art. 341 *bis* è prevista la possibilità per l'imputato, prima del giudizio, di riparare interamente il danno sia

²³ Cass., sez. VI, 14.12.2012, n. 1737; Cass., sez. VI, 15.5.2012, n. 24630; Trib. Perugia, 17.7.2014, n. 1289.

²⁴ Così M. ROMANO, sub art. 341 *c.p.*, in, *op. cit.*, Milano, 1999, 65.

²⁵ F. PALAZZO, voce *Oltraggio*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 867.

²⁶ A. PAGLIARO, voce *Oltraggio a un pubblico ufficiale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 8, il quale peraltro in un passaggio subito successivo sottolinea che «in un assetto culturale in cui il rapporto tra il funzionario e il pubblico ha perduto il carattere di quasi sacralità che lo contraddistingueva nei tempi passati e soprattutto sotto il regime fascista, è minore il pericolo che l'offesa arrecata a causa o nell'esercizio delle pubbliche funzioni possa alterare in modo grave il processo decisionale del pubblico ufficiale».

²⁷ Hanno sottolineato da subito questo aspetto G. GATTA, *op. cit.*, 163 s. e G. FLORA, *Il redi-vivo oltraggio a pubblico ufficiale: tra nostalgie autoritarie e "diritto penale simbolico"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1450, che fa altresì riferimento, quale elemento che deporrebbe contro la possibilità di invocare anche la tutela del buon andamento della pubblica amministrazione, il duplice nesso temporale e psicologico previsto dall'art. 341 *bis* (la norma prevede che l'offesa sia arrecata al pubblico ufficiale mentre compie un atto del suo ufficio e a causa o nell'esercizio delle sue funzioni).

²⁸ Condivisibili i rilevi sul punto di G. GATTA, *op. cit.*, 161.

nei confronti della persona offesa che dell'ente di appartenenza con effetti estintivi del reato: una 'monetizzazione' del prestigio della pubblica amministrazione che sterilizza la tutela e che ci pare male conciliarsi con le evidenti venature pubblicistiche che dovrebbero contraddistinguere la fattispecie di oltraggio.

Un simbolismo repressivo dunque che rischia tuttavia di mostrarsi tutt'altro che tale per coloro che non potranno pagare il prezzo del prestigio del pubblico ufficiale e dell'amministrazione di appartenenza²⁹.

3. *L'art. 278 del codice penale: dall'offesa al Re all'offesa al Presidente della Repubblica*

E veniamo adesso all'art. 278 c.p.: l'offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica.

Un primo punto che risulta già di interesse è, al di là della collocazione della disposizione all'interno dei delitti contro la personalità dello Stato, l'accostamento operato da taluni, come visto, alle forme di oltraggio³⁰, da altri invece ai delitti di vilipendio³¹.

E ancor più di interesse forse il fatto che uno dei più fieri oppositori dei reati di vilipendio³² non pone in discussione «le ovvie esigenze di tutela che costituiscono la premessa dell'incriminazione; né l'opportunità di incriminare questa specie di aggressioni dell'onore personale più gravemente dei comuni delitti di ingiuria e diffamazione», pur muovendo subito dopo una serie di rilievi alle scelte operate dal legislatore – in punto di esclusione della prova liberatoria rispetto all'art. 278 e di procedibilità su autorizzazione del Ministro della Giustizia –, nonché all'interpretazione della norma da parte della giurisprudenza del tempo³³, tali da far sorgere dubbi consistenti circa la legittimità della permanenza di una incriminazione autonoma di tali fatti.

E in effetti la norma in questione, a ben vedere, dell'oltraggio mutua solo il riferimento all'onore e al prestigio, per il resto distaccandosi da tale figura sia per la sua attitudine a ricomprendere tanto ipotesi di ingiuria che di diffamazione, sia per l'assenza di qualsivoglia legame con l'esercizio delle funzioni.

²⁹ Critiche di segno analogo in G. FLORA, *Il redivivo oltraggio*, cit., 1454 ss.; G. GATTA, *op. cit.*, 177 ss.; R. PASELLA, *Reintroduzione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella e G. Gatta, Milano, 2009, 43 ss. V., ora, M. ROMANO, sub *art. 341 bis c.p.*, in *op. cit.*, 3^a ed., Milano, 2015, 99 ss.

³⁰ V. *supra* n. 1.

³¹ F. PALAZZO, voce *Oltraggio*, cit., 851.

³² C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 137.

³³ C. FIORE, *I reati*, cit., 138.

Dal canto suo la giurisprudenza non ha mancato già in risalenti pronunce di sottolineare la riferibilità all'art. 278 c.p. sia delle offese dirette alla persona nell'esercizio o causa delle funzioni inerenti alla carica, sia di quelle volte a colpirlo nella individualità privata, precisando che le offese «non compiute *contemplatione officii* si ripercuotono in concreto anche sul prestigio della istituzione»³⁴.

La matrice dell'art. 278 c.p., d'altronde, emerge chiaramente laddove si faccia un rapido raffronto con la formulazione vigente sino al 1947: se si eccettua il richiamo ivi contenuto al Re o al Reggente e il più severo trattamento sanzionatorio – da due a sette anni –, vi è perfetta coincidenza tra le due disposizioni. E coincidente è la *ratio* ravvisata a fondamento delle stesse da uno dei più autorevoli commentatori del tempo: «l'interesse che ha lo Stato repubblicano di mantenere alto e inviolato il rispetto dovuto al suo Capo», specificandosi poi che la collocazione dell'art. 278 c.p. tra i delitti contro la personalità dello Stato «deve ricercarsi nella volontà di impedire il pericolo politico, che proverrebbe dal discredito, in cui si lasciasse cadere il Presidente della Repubblica. Il legislatore ha ritenuto, che se la severità particolare della pena non ponesse ai ribelli, ai maldicenti, ai villani, ai pettegoli, ecc., un bavaglio più resistente di quello apprestato dalle sanzioni dei correlativi reati comuni, a poco a poco l'istituzione, la dignità o la funzione, di cui si tratta, perderebbero ogni prestigio nel popolo, si troverebbero malsicure e indebolite, con pericolo per l'attuale costituzione dello Stato». Infine si aggiunge: «l'esperienza dimostra quanto poco valide siano le pene per i reati comuni contro l'onore, e come, allorché c'è di mezzo la passione politica, codesti reati si commettano con la più manifesta indifferenza per le ordinarie sanzioni»³⁵.

Si staglia così la tutela della personalità morale dello Stato, l'esigenza di proteggere «la più alta magistratura dello Stato»³⁶: difficile non vedere in questo una forte componente simbolica³⁷, il rispuntare con prepotenza della logica della tutela dell'istituzione in sé, del suo prestigio astratto, dell'«alone di sacralità di cui si tende a circondare l'organo»³⁸.

E tali profili sono ben presenti nella invero non cospicua serie di precedenti: in pronunce risalenti in cui, nel farsi salvo il diritto di critica delle istituzioni politiche, si teneva a precisare come ciò trovasse «un limite insuperabile nella tutela

³⁴ Cass., sez. I, 19.5.1978, in *Riv. pen.*, 1978, 726.

³⁵ Testualmente V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 9ª ed., vol. IV, Torino, 1949, 404. Per la precedente formulazione riguardante il Re v. l'edizione del Trattato del 1934, vol. IV, 387.

³⁶ E. GALLO-E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 213.

³⁷ Un accenno in M. PELISSERO, *Le offese all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica*, in *Reati contro la personalità dello Stato e l'ordine pubblico*, in Trattato teorico-pratico di diritto penale diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. IV, Torino, 2011, 124.

³⁸ Così, con specifico riferimento ad alcune letture giurisprudenziali dell'art. 278 c.p., C. FIORE, *I reati*, cit., 137, nota 146. Sottolinea parimenti questo aspetto, di recente, L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006, 343.

del prestigio, del decoro e dell'autorità delle istituzioni stesse ed in primo luogo del capo dello Stato, per il quale è riconosciuta dall'art. 278 c.p.»³⁹, ma anche in decisioni, questa volta della Corte costituzionale, più recenti in cui, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, si fa leva sull'eccezionale⁴⁰ rilevanza del bene protetto dalla disposizione in questione; eccezionale rilevanza che se però si getta uno sguardo più ravvicinato alla motivazione dell'ordinanza viene identificata «nel prestigio della stessa istituzione repubblicana e dell'unità nazionale che il Presidente della Repubblica come capo dello Stato è chiamato a rappresentare»⁴¹.

Ed echi analoghi si avvertono nella ricostruzione ad esempio fatta della nozione di offesa al prestigio che, si afferma, ricorrerebbe quando la figura sia posta in una luce tale da «provocare nel lettore una valutazione contrastante con la dignità della carica, da diminuire, in altre parole, la considerazione che gli sarebbe dovuta per la carica, anche senza intaccarne l'onore personale», o allorché si sottolinea come l'interesse primariamente tutelato dalla disposizione nasca «nella posizione di preminenza, quasi simbolica, che è attribuita nel nostro ordinamento costituzionale al Presidente della Repubblica»⁴².

Anche qui peraltro nella, come si diceva, non estesa produzione giurisprudenziale si registrano tentativi più recenti di 'smarcarsi' dal solo prestigio inteso in senso astratto delle istituzioni quale referente di tutela della fattispecie qui in esame, richiamando altresì, sulla scia allora della pronuncia della Corte costituzionale sul c.d. lodo Schifani, «la serenità dello svolgimento delle funzioni» connesse alle cariche⁴³, a dire il vero non proprio una novità se si pensa alla giurisprudenza sopra richiamata in materia di oltraggio a pubblico ufficiale.

Che la serenità nello svolgimento delle funzioni sia un bene di tale spessore da giustificare un delitto punito con la reclusione da uno a cinque anni ci sembra tuttavia quantomeno discutibile: perché la Corte costituzionale nella sentenza sopra citata parla, con espressione ambigua, di «interesse apprezzabile»; perché il lodo Schifani riguardava le più alte cariche dello Stato, tra cui il capo del Governo, rispetto al quale dovremmo allora affermare esistano le medesime ragioni di protezione, laddove invece la scelta del nostro legislatore è stata di segno opposto, avendo da tempo provveduto ad abrogare la omologa fattispecie prevista nel codice.

³⁹ Cass., sez. I, 19.5.1978, cit.

⁴⁰ Per usare qui l'espressione adoperata da Cass., sez. I, 12.2.1996, n. 3069.

⁴¹ Corte cost. ord. n. 163 del 1996.

⁴² P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, 1971, 192 s. Su questi profili v. altresì G. MARCONI, voce *Stato (delitti contro la personalità interna)*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1997, 590.

⁴³ Così Cass., sez. I, 4.2.2004, n. 12625.

In poche parole, il sereno svolgimento delle funzioni non sembra molto avere a che fare con l'art. 278 c.p. che per la sua conformazione, piaccia o meno, resta radicato sulla tutela di un astratto prestigio dell'istituzione.

Anche qui ad ogni modo, come per l'oltraggio, siamo innanzi ad una fattispecie sicuramente problematica, con una oggettività giuridica dai contorni sfocati e con profili di costituzionalità sugli stessi fronti registrati per l'oltraggio, ma con di gran lungo meno successo sia presso i giudici di merito che presso la Corte costituzionale.

Prima di tirare le fila del discorso, vediamo però l'atteggiamento in questi ambiti della Corte europea dei diritti dell'uomo, immancabile interlocutore quando si discute di libertà di manifestazione del pensiero.

4. *La giurisprudenza della Corte EDU tra tutela dei civil servants e libertà di critica delle istituzioni politiche*

L'economia di questo lavoro non consente di affrontare un'analisi a tutto campo della giurisprudenza della Corte europea in materia di oltraggio tenuto conto dei diversi profili che le sue varianti possono sollevare – il riferimento è in particolar modo al tema dell'oltraggio ai titolari di funzioni giudiziarie e all'interferenza con l'art. 6 della Convenzione in punto di 'parità delle armi' tra accusa e difesa e sui suoi riflessi sui limiti apponibili alla libertà di espressione e sulle sanzioni eventualmente inflitte.

Concentreremo piuttosto la nostra attenzione su un precedente della Grande Camera – *Janowski c. Polonia* deciso con sentenza del 21 gennaio 1999 – che rappresenta un *leading case* se si guarda ai costanti richiami operati dalle successive sentenze della Corte EDU.

Il caso potrebbe rispecchiare una classica vicenda 'nostrana' di oltraggio: un giornalista assiste alla richiesta formulata da due agenti municipali ad alcuni venditori ambulanti di spostarsi dalla piazza in cui svolgevano la loro attività e di trasferirsi in altra piazza, in quanto nella prima, in base ad un provvedimento dell'autorità municipale, era stata vietata la vendita.

Il giornalista interviene per far presente ai due agenti che la loro richiesta era priva di fondamento legale, atteso che non vi era alcun provvedimento in tal senso: da qui una discussione che culmina con offese ("deficiente", "idiota") rivolte ai pubblici ufficiali dal giornalista.

Segue l'avvio di un procedimento penale in relazione alla fattispecie interna di oltraggio a pubblico ufficiale che si conclude, dopo una condanna in primo grado alla pena di otto mesi di reclusione e ad una pena pecuniaria, con l'irrogazione solo di quest'ultima.

Qui la Corte europea chiamata a verificare la compatibilità della condanna con la libertà di espressione ai sensi dell'art. 10 della Convenzione fissa alcuni principi destinati, come si accennava, a essere ampiamente ripresi in seguito.

Anzitutto, la Corte sottolinea come la vicenda di specie non presenti rilievo pubblico – non siamo nel campo del dibattito su questioni di interesse generale; non viene in considerazione la libertà di stampa: il giornalista ha agito come privato e non nell'esercizio della sua attività professionale.

Secondo punto, e questo è un *leitmotiv* della giurisprudenza convenzionale, i *civil servants* sono sicuramente soggetti a critiche più ampie rispetto ai privati ma non sono assimilabili a coloro che rivestono funzioni politiche – non si può affermare che costoro si siano consapevolmente esposti allo scrutinio pubblico né si può esigere lo stesso livello di tolleranza rispetto alle critiche nei confronti del loro operato. Da ciò la Corte trae la seguente conseguenza: i *civil servants* devono godere della fiducia dei consociati al riparo da interferenze indebite; può dunque essere necessario proteggerli da attacchi verbali offensivi e illegittimi nell'esercizio delle loro funzioni⁴⁴.

Nell'ipotesi di specie, la Corte tiene a ribadire come non si sia alle prese con l'esigenza di bilanciare l'interesse in questione – che la Corte in avvio riconduce all'esigenza di prevenire disordini – con la libertà di stampa e come la sanzione della reclusione inflitta in primo grado fosse stata poi annullata dalla Corte regionale.

L'esito è quello della non violazione dell'art. 10 della Convenzione.

Dedichiamo adesso qualche considerazione più distesa, in linea con le premesse poste, all'offesa al capo di Stato, anche perché gli accenni appena fatti mettono subito sull'avviso il lettore circa una differenza: l'emergere qui di profili attinenti alla sfera pubblica di discussione e al dibattito politico-istituzionale.

L'esordio non può che essere riservato alle pronunce che hanno interessato la Francia. La prima, anch'essa spesso richiamata nei successivi precedenti, è *Colombani e altri c. Francia* decisa con sentenza del 25 giugno 2002.

La norma in questione era in questo caso quella che puniva l'offesa ai capi di Stato esteri. La vicenda in estrema sintesi riguardava la pubblicazione su *Le Monde* di un articolo relativo a un report commissionato all'OGD (*Geopolitical Drugs Observatory*) in occasione della richiesta di ammissione del Marocco all'Unione europea relativamente alla questione della produzione di cannabis nello Stato e alle misure di contrasto ivi adottate.

L'articolo riportava i dettagli della prima versione del report, rimasta riservata, in cui si menzionavano i nomi delle persone implicate in Marocco nella produzione e nel traffico di cannabis e in cui si dava notizia del coinvolgimento

⁴⁴ Par. 33 Sentenza *Janowski*.

dell'entourage del Re del Marocco con alcuni riferimenti – al suo atteggiamento di tolleranza etc. – da costui ritenuti offensivi.

Su richiesta avanzata dal Re al Ministro degli esteri francese si avvia un procedimento penale che si conclude con la condanna del giornalista autore dell'articolo e del direttore ad una pena pecuniaria in relazione alla fattispecie prevista dalla legge sulla stampa a tutela dell'onorabilità dei capi di Stato esteri.

La Corte europea, chiamata dai giornalisti a scrutinare il caso, attinge a piene mani alla sua giurisprudenza in tema di libertà di stampa: la libertà in questione come pietra angolare della democrazia e il ruolo vitale della stampa di *watchdog* della democrazia, qui con riferimento al fatto che la Corte di primo grado, che si era pronunciata nel senso dell'esclusione della responsabilità, aveva in definitiva ritenuto corretta la pubblicazione dei contenuti del rapporto da parte del giornalista.

Nell'ultima parte della sentenza, la Corte arriva a negare la compatibilità della disposizione penale applicata dai giudici francesi con l'art. 10 della Convenzione. E qui si fonda largamente su una decisione del 2001 del *Tribunal de Grande Instance* di Parigi, allegata dai ricorrenti, in cui si evidenziavano tutta una serie di rilievi critici contro la norma, tra cui l'impossibilità in tal caso di ricorrere all'*exceptio veritatis* e l'interpretazione ad ampio spettro ad essa data nella giurisprudenza interna, che facevano dubitare lo stesso organo giudiziario francese della sua conformità al parametro convenzionale, e ritenere per contro sufficiente allo scopo di tutela le figure comuni di reato.

Il punto di approdo è dunque quello di considerare la norma in questione come una forma di privilegio, legato allo *status* accordato ai capi di Stato esteri, incompatibile con il modo di intendere oggi la politica (*cannot be reconciled with modern practice and political conceptions*).

Esito finale, dunque, di violazione dell'art. 10 cui consegue a livello interno l'abrogazione della disposizione da parte del legislatore francese.

Il cerchio si chiude con la recente sentenza resa nel caso *Eon c. Francia*, deciso il 14 marzo 2013, in cui, avuto qui riguardo all'omologa figura di reato riguardante il Presidente della Repubblica, è stata altresì riscontrata una violazione del parametro convenzionale e, anticipiamo subito, si è registrata a livello interno la medesima reazione: l'abrogazione a stretto giro della fattispecie di reato.

Il caso origina dalle affermazioni indirizzate da un cittadino nei confronti dell'allora Presidente della Repubblica Sarkozy. Durante una visita di quest'ultimo nella città di Laval il sig. Eon espone un cartello in cui apostrofa Sarkozy con l'espressione 'Fottiti, povero coglione', espressione utilizzata dal Presidente francese qualche mese prima nei confronti di un agricoltore che, in occasione della sua partecipazione a una fiera dell'agricoltura, si era rifiutato di stringergli la mano.

Si avvia il procedimento penale nei confronti di Eon che si conclude con la sua condanna per l'ipotesi di offesa al Presidente della Repubblica ad una pena pecuniaria di 30 euro.

Eon decide di ricorrere alla Corte europea e quest'ultima come si è già detto accerta la violazione dell'art. 10.

Deve subito dirsi che in questo caso la Corte europea si muove con molta più circospezione rispetto al caso *Colombani*, evitando di prendere esplicita posizione sulla conformità della norma in sé al parametro convenzionale. La Corte sottolinea difatti come in questo caso, trattandosi di insulti, non si poneva un problema di ricorso all'*exceptio veritatis*, esclusa anche rispetto a questa figura di reato, né vi erano elementi per far valere una eventuale provocazione. Per questo la Corte, pur facendo cenno al fatto che di una speciale misura si tratta, rileva come tale ipotesi non abbia di fatto giocato un particolare ruolo o attribuito un privilegio al capo dello Stato rispetto direttamente al diritto di comunicare informazioni o opinioni che lo riguardino.

È tuttavia molto netta la Corte nel rimarcare come in questo caso si sia in presenza di temi di interesse pubblico e di critica nei confronti di soggetti politici, con i corollari di cui sopra, e dunque si debba assicurare un ampio spazio alla libertà di espressione che peraltro per la Corte qui assumerebbe anche, atteso l'utilizzo delle medesime parole pronunciate in altra occasione da Sarkozy, il tono della satira. Il risultato è che la sanzione applicata, ricordiamo di soli 30 euro, è da ritenere sproporzionata e tale da determinare un *chilling effect*, un effetto di dissuasione dal ricorso alla satira su questi temi.

Per completare questa rapida rassegna pare utile menzionare alcune pronunce riguardanti la Turchia ed una relativa alla Spagna.

Nel primo ambito ricadono una serie di sentenze della Corte europea riguardanti sanzioni, legate ad offese rivolte al Presidente della Repubblica del tempo Demirel, in un caso (*Pakdermili*) di natura civilistica, negli altri (*Güzel e Artun e Güveners* decisi con sentenze rispettivamente del 24 luglio e 26 giugno 2007) di natura penale. In particolare, in quest'ultimo precedente, relativo ad articoli di stampa fortemente critici nei confronti di Demirel ed in cui i giornalisti erano stati condannati alla pena di un anno e quattro mesi di reclusione, poi sospesa per un condannato e convertita in pena pecuniaria per l'altro, la Corte è molto severa nel censurare la tipologia e il *quantum* di pena irrogata, sottolineando come ciò contrasti con i principi elaborati da Strasburgo in punto di sanzioni applicabili ai giornalisti. Prosegue poi evidenziando come le osservazioni svolte con riguardo al caso *Colombani* debbano a maggior ragione valere per la tutela dei capi di Stato interni, non potendosi giustificare al metro della convenzione un privilegio o una

protezione particolare a fronte del diritto di comunicare informazioni e opinioni sul loro conto⁴⁵.

Chiudiamo con il caso *Otegi Mondragon* deciso dalla Corte europea con sentenza del 15 marzo 2011, relativo alla condanna ad un anno di reclusione, con pena sospesa, per oltraggio al Re, in relazione alle dichiarazioni rese da un parlamentare basco in occasione della visita del Re di Spagna nei Paesi Baschi. Il parlamentare, durante una conferenza stampa in risposta alla domanda di un giornalista in merito ad una vicenda che aveva coinvolto militanti baschi, i quali erano stati arrestati e avevano lamentato maltrattamenti durante la detenzione, aveva espresso la sua forte critica per il fatto che il capo del governo basco si fosse fatto fotografare con il Re spagnolo capo supremo dell'esercito e, secondo le parole del parlamentare, "capo dei torturatori, colui che protegge la tortura e che impone il suo regime monarchico al nostro popolo con la tortura e la violenza".

E qui la Corte europea accerta la violazione dell'art. 10 della Convenzione.

L'apparato argomentativo della sentenza è interamente tratto dalla sua giurisprudenza 'classica' in punto di centralità della libertà di espressione in una società democratica, anche con riferimenti puntuali ai precedenti appena richiamati. In particolar modo nelle parti in cui la Corte sottolinea che si è qui alle prese con personaggi politici, con i riflessi già visti circa l'ampiezza del dibattito consentito, nel caso di specie con un'ulteriore sottolineatura del fatto che le affermazioni provenissero da un parlamentare che come tale rappresenta i suoi elettori ed esprime le loro preoccupazioni, i loro interessi. La Corte prende poi atto che il linguaggio adoperato poteva anche presentare toni di provocazione e riconosce che le parole del ricorrente ponevano l'istituzione in una cattiva luce, anche con una caratterizzazione tale da suscitare ostilità, ma senza evocare – e la Corte insiste molto su questo passaggio – l'uso della violenza e senza che fossero qualificabili come discorsi d'odio.

E si giunge alla parte della motivazione ai nostri fini maggiormente densa di significato: quella in cui la Corte si rifà espressamente ai precedenti *Colombani*, *Artun* e *Güvener* e *Pakdermili*.

La Corte affronta qui il nocciolo del problema: ovverosia la previsione di norme che assicurano una particolare protezione alla reputazione dei Capi di Sta-

⁴⁵ Par. 31 sentenza *Artun e Güvener*: «*Tout d'abors, sur le plan législatif, la Cour observe que l'article 158 du code pénal confère au Président de la République un régime du droit commun, le soustrayant à l'offense, tout dépendant de l'interprétation qui pourrait être fait de "l'insulte" ou de "l'injure", au sens de cette disposition... A cet égard, la Cour estime que ce qui a été énoncé dans l'arrêt Colombani et autres c. France, au sujet des chefs d'Etats étrangers, vaut à plus forte raison s'agissant de l'intérêt ne saurait justifier de conférer à ce dernier un privilège ou une protection spéciale vis-à-vis du droit d'informer et d'exprimer des opinions à son sujet. Penser autrement ne saurait se concilier avec la pratique et les conceptions politiques d'aujourd'hui...*».

to. La Corte fa propri i passaggi di *Colombani* e soprattutto richiama i già citati punti della sentenza *Artun e Güvener*, ove si sottolinea con forza come i principi sanciti rispetto ai capi di Stato estero valgano a maggior ragione per i capi di Stato interni. Chiaro anche qui l'approdo: l'interesse a proteggere la reputazione dei capi di Stato non può servire da giustificazione per accordare loro uno *status* particolare o una protezione speciale a fronte del diritto di comunicare informazioni o opinioni.

La Corte precisa infine – aspetto anche questo di ovvio interesse da parte nostra – che il fatto che il Re rivesta una posizione neutrale nel dibattito politico e che agisca come arbitro e simbolo dell'unità dello Stato non può proteggerlo da tutte le critiche nell'esercizio delle sue funzioni o nella sua posizione di rappresentante dello Stato.

5. Conclusioni

È giunto il momento di cercare di dare risposta al quesito di fondo da cui siamo partiti.

Oggetto precipuo delle nostre riflessioni intendeva essere il delitto di offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica; tuttavia, prendendo atto del collegamento ricorrente in dottrina con l'oltraggio a pubblico ufficiale, abbiamo allargato l'orizzonte alle due figure principi della tutela differenziata dell'onore del nostro codice.

La pur rapida analisi svolta ci dice che questo sistema di tutela non gode di buona salute.

Abbiamo visto gli sforzi di dare all'oltraggio una 'sostanza' tale da giustificare una più vigorosa tutela rispetto alla comune ingiuria, e i tentativi non riusciti del legislatore del 2009.

La sopravvivenza di una tale fattispecie in un contesto che si sia definitivamente lasciato alle spalle l'idea di una sorta di supremazia del pubblico ufficiale passa attraverso la valorizzazione di interessi altri rispetto all'onore o al prestigio della figura – diversamente si aprirebbe la via ad una tutela speciale conferita alla persona del pubblico ufficiale, alla protezione peculiare accordata al suo status⁴⁶.

Questi interessi che sono essenzialmente ravvisati in una lettura 'funzionale' del prestigio inteso come efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione faticano a emergere dalla fisionomia dell'attuale art. 341 *bis* c.p., che rimane polarizzato sulla tutela del prestigio del pubblico ufficiale e della pubblica amministrazione di appartenenza.

⁴⁶ F. PALAZZO, voce *Oltraggio*, cit., 851.

Un prestigio, peraltro, che non è preso troppo sul serio dallo stesso legislatore che consente al privato offensore il *commodus discessus* del risarcimento del danno con effetti estintivi e che certo non giustifica la, almeno in linea astratta, severità della pena prevista.

Ma anche se guardiamo all'efficienza della pubblica amministrazione, al profilo dell'espletamento delle funzioni da parte del pubblico ufficiale, ci sembra comunque che quella prevista dall'art. 341 *bis* c.p. sia una risposta non proporzionata al tipo di offesa che viene in gioco.

Del resto, per ravvisare una reale offesa all'andamento della pubblica amministrazione bisogna accentuare profili quali la protezione della stabilità emotiva del pubblico ufficiale o della sua serenità, che non ci pare legittimino una tutela differenziata, e comunque non del tipo di quella prevista dall'art. 341 *bis* c.p.

Finché si rimane alle espressioni maleducate, all'offesa verbale anche gratuita al pubblico ufficiale, al mero disprezzo ci sembrano sufficienti i presidi comuni; allorché realmente sia in pericolo lo svolgimento delle funzioni del pubblico ufficiale e il privato non si limiti a dare sfogo alle sue, per quanto deprecabili, intemperanze verbali, ma dalle parole passi ai fatti, qui interverrà ad assicurare la giusta risposta la figura di resistenza a pubblico ufficiale.

Certo, una tale soluzione oggi richiede una revisione complessiva della tutela penale dell'onore atteso che la possibile – allorché il legislatore eserciti la delega – trasformazione dell'ingiuria in illecito punitivo civile prevista dall'art. 2 della l. n. 67 del 2014 sollecita una riflessione sulla sorte da attribuire alle offese recate in presenza dell'offeso e di più persone – oggi, come noto, rientranti nell'art. 594 c.p., ma domani decriminalizzate non potendo ricadere all'interno della diffamazione *ex art.* 595 c.p.

Eventuale esercizio della delega che dovrebbe mettere in ogni caso in crisi l'attuale assetto di tutela: a un oltraggio punito con la reclusione sino a tre o quattro anni, se aggravato, corrisponde un'ingiuria, anche in presenza di più persone, rientrante nell'inedita categoria dell'illecito punitivo civile, con buona pace della sentenza della Corte costituzionale n. 341 del 1994.

Non nascondiamo certo che la giurisprudenza di Strasburgo, pur riconoscendo maggiore ampiezza di critica rispetto al privato, si muova con cautela quando a venire in rilievo sono i *civil servants*, e abbiamo visto come sia meno incline a spostare l'ago della bilancia a favore della libertà di manifestazione del pensiero di quanto faccia nel caso di uomini politici, valorizzando se del caso profili di tutela di stampo pubblicistico⁴⁷.

Ma va segnalato come solo pochi mesi Frank La Rue, Relatore speciale sulla promozione del diritto alla libertà di opinione e di espressione dell'Onu, nel

⁴⁷ V. il riferimento all'esigenza di prevenire disordini di cui al caso *Janowsky* (v. *supra*).

Rapporto sull'Italia stilato il 29 aprile 2014, e presentato il 10 giugno a Ginevra al Consiglio per i diritti umani dell'Onu⁴⁸, abbia preso una netta posizione contro la nostra fattispecie d'oltraggio, sollecitando la sua abrogazione⁴⁹, con anche riferimenti generali alla non opportunità in una società democratica di una tutela rafforzata dei pubblici ufficiali rispetto ai comuni cittadini.

E veniamo all'art. 278 c.p.: qui il punto di partenza al contrario è proprio la giurisprudenza di Strasburgo.

La libertà di critica nei confronti di istituzioni politiche, il ruolo della stampa di cane da guardia della democrazia, la più ampia libertà dialettica nel confronto *lato sensu* politico, la maggiore esposizione degli uomini politici alle critiche anche aspre, condotte anche con toni esagerati, provocatori, riacquista qui tutta la sua consistenza.

A ben vedere l'offesa al Presidente della Repubblica, non a caso talora etichettata come vilipendio, condivide delle problematiche molto più con quest'ultima tipologia di reati e con le linee argomentative sviluppate dalla giurisprudenza di Strasburgo in tema di diffamazione, che con l'oltraggio.

Non è qui possibile indugiare su tali linee argomentative ma proprio quegli aspetti appena sopra menzionati, in una con l'esigenza di tener conto del *chilling effect*, l'effetto di raggelamento che l'inflizione, ma a ben vedere la stessa previsione, di pene detentive possono avere sull'esercizio futuro dell'attività di critica, tutti capisaldi della giurisprudenza convenzionale in materia di diffamazione a mezzo stampa⁵⁰, sembrano valere appunto anche rispetto all'art. 278 c.p.

Siamo in presenza di una fattispecie sicuramente ad ampio spettro che oltre all'onore punisce le offese al prestigio dell'istituzione e la cui *ratio* è proprio quella di porre al riparo un simbolo da attacchi virulenti e di farlo con modalità ben più vigorose di quelle previste in tema di delitti contro l'onore visto che, come ricordava Manzini, la passione politica può condurre a non pesare bene le parole. Di una fattispecie rispetto alla quale non trova applicazione alcuna l'istituto dell'*exceptio veritatis* né l'istituto della provocazione. Di una fattispecie punita con la reclusione da uno a cinque anni e la cui valenza pubblicistica è ulteriormente scolpita dalla condizione di procedibilità dell'autorizzazione del Ministro della Giustizia.

Breve: una fattispecie pensata per l'oltraggio al Re che è transitata inalterata nel nuovo regime repubblicano.

⁴⁸ Il rapporto, risultato della missione compiuta in Italia dal Relatore speciale Frank La Rue dall'11 al 18 novembre 2013, può essere consultato sul sito del Consiglio per i diritti umani dell'Onu: www.unog.ch.

⁴⁹ V. parr. 28-30 e 74 del rapporto.

⁵⁰ Sia consentito rinviare a A. GULLO, *Diffamazione e legittimazione dell'intervento penale*, Roma, 2013, 57 ss.

Sappiamo bene che già Nuvolone sottolineava come la norma non potesse punire le mere irriverenze e che ad esempio la satira a certe condizioni dovesse essere ammessa. Ed anche come la giurisprudenza più recente si preoccupi di verificare la compatibilità delle affermazioni rivolte al Capo dello Stato con il diritto di critica e spesso con il canone della continenza. Ma lo fa al metro della fattispecie in esame appunto e non a quello solitamente usato rispetto alla critica politica, al dibattito anche aspro, forte.

Eppure la Corte europea ci ricorda che le persone che incarnano le istituzioni non possono essere poste su di un piedistallo, neppure se sono arbitri o simboli dell'unità nazionale – il caso *Otegi* parla chiaro –, ma devono partecipare dei 'costi' dell'essere inseriti nel circuito politico-istituzionale.

Una diversa soluzione, sono sempre i giudici di Strasburgo a ricordarcelo, sarebbe semplicemente contro l'idea di politica dei giorni nostri.

Al legislatore italiano il compito di farsene carico e ripristinare un piano comune di tutela.

La strategia di 'attacco' alla tutela differenziata dell'onore potrebbe forse oggi partire da qui; ed essere peraltro accompagnata da una complessiva rivisitazione dei delitti di ingiuria e diffamazione⁵¹.

⁵¹ Per una proposta di riforma di questo settore della parte speciale sia consentito ancora rinviare ad A. GULLO, *op. cit.*, 200 ss.

CATERINA PAONESSA

NÉ CRITICHE, NÉ SCHERZI SUL QUIRINALE?
BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DELLE “OFFESE ALL’ONORE O
AL PRESTIGIO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA”

SOMMARIO: 1. L’irresistibile *appeal* dell’art. 278 c.p. – 2. La polarizzazione giurisprudenziale sul “prestigio” della carica presidenziale. – 3. La dimensione valoriale delle offese vilipendiose. – 3.1. Vilipendio e “sentimenti”. – 3.2. Vilipendio e “simboli”. – 3.3. Vilipendio e “persone”. – 4. Un esercizio di stile: il carattere “dissacrante” della satira sotto la lente della Convenzione europea. – 5. Politica e “tolleranza”. – 6. Verso una riqualificazione in chiave personalistica delle offese presidenziali?

1. *L’irresistibile appeal dell’art. 278 c.p.*

Nell’ambito dei delitti contro la personalità dello Stato, l’incriminazione delle offese al Presidente della Repubblica, dettata dall’art. 278 c.p., resiste, ancora oggi, quale ultimo baluardo di una tutela “spersonalizzata” dell’onore, che dietro il paravento del rispetto della persona fisica che ricopre la più alta carica dell’ordinamento (o di chi ne fa le veci *ex art. 290-bis c.p.*), si vorrebbe funzionale alla salvaguardia di precipui interessi politici e, segnatamente, dell’identità unitaria nazionale (art. 87 Cost.).

Il *maquillage* linguistico operato dalla legge 11 novembre 1947, n. 1317 (“Modificazioni al codice penale per la parte riguardante i delitti contro le istituzioni costituzionali dello Stato”) ha consentito alla norma che, nella conformazione originaria del Codice Rocco, sanzionava l’“offesa all’onore del Re”, di sopravvivere – a differenza delle offese all’onore del Capo del Governo (art. 282 c.p.), abrogate, per la loro stretta correlazione al precedente regime fascista, già dall’art. 3, comma 1, d.lgs.lt. 14 settembre 1944, n. 288 – nella transizione repubblicana, e di perdurare finanche quando la scure legislativa si è abbattuta, più di recente, su previsioni incriminatrici analoghe, quali le offese indirizzate a capi e rappresentanti di Stati esteri (artt. 297 e 298 c.p., entrambi abrogati dall’art. 18, comma 1, legge 25 giugno 1999, n. 205).

La fattispecie è passata indenne perfino al vaglio della Consulta¹. In quanto “figura criminosa di antica tradizione”, volta “a preservare un valore di rango costituzionale, quale è il prestigio della stessa istituzione repubblicana e della unità nazionale che il Presidente della Repubblica come capo dello Stato è chiamato a rappresentare”, l’art. 278 c.p. – sostengono i giudici costituzionali – si pone al riparo da ogni censura di illegittimità inerente la congruità del trattamento sanzionatorio che lo correda (reclusione da uno a cinque anni); la sanzione comminata, invero, scoglierebbe, anche nel minimo edittale previsto, “il particolare disvalore che assume per l’intera collettività l’offesa all’onore e al prestigio della più alta magistratura dello Stato”².

Proprio la blindatura in chiave pubblicistica della tutela penale assicurata dall’art. 278 c.p. ha permesso a siffatta disposizione normativa di superare le critiche di anacronismo che, immancabilmente, si sono levate contro l’adattamento del *crimen laesae maiestatis* nel nuovo assetto costituzionale. Fin da subito, infatti, sono state segnalate le incongruenze di una fattispecie pensata con riferimento alla persona “sacra e inviolabile” del sovrano (art. 4 dello Statuto Albertino), che assurgeva al trono per diritto ereditario, rispetto alla sistematica dei poteri sancita dalla Costituzione, ove, invece, il mandato presidenziale è elettivo e dipende dal Parlamento (art. 83 Cost.), cui spetta, eventualmente, procedere alla messa in stato di accusa (art. 90 Cost.)³.

Nel mutato quadro costituzionale, la traslitterazione in capo al Presidente della Repubblica di precedenti prerogative regie veniva, di fatto, a contornare di un’aurea di sacralità detta figura istituzionale, mettendola al riparo da ogni attacco che potesse involgere la persona fisica chiamata a rivestire tale ruolo, anche se relativo alla dimensione privata del proprio agire o a fatti antecedenti all’assunzione della carica⁴.

¹ Cfr. Corte cost., 20 maggio 1996, n. 163, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1515 ss., che ha respinto la questione di legittimità sollevata da G.I.P. Pordenone, ord. 30 marzo 1995, n. 401, Fabi, in G.U., 1ª serie speciale, 28 giugno 1995, n. 27, p. 92 ss.

² Così, testualmente, Corte cost., 20 maggio 1996, n. 163, cit.

³ L’incoerenza della previsione legale dell’art. 278 c.p. rispetto alla Costituzione è alla base di una delle prime proposte di modifica in chiave abrogativa della fattispecie; si veda il disegno di legge n. 41, presentato al Senato il 12 luglio 1958, dai senatori Franza e Ferretti, intitolato “Adeguamento di norme penali alle norme costituzionali (artt. 278 e 290 del Codice penale)”, il cui testo e relazione sono reperibili in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 743 ss. In argomento, cfr., altresì, G. MARCONI, *I delitti contro la personalità dello Stato. Profili storico-sistematici*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 293 ss.

⁴ Sull’ampio margine operativo della fattispecie, cfr., per tutti, R. PASCARELLI, *Dei delitti contro il Presidente della Repubblica*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, vol. I, *I delitti contro la personalità dello Stato*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, Utet, 2008, p. 478, nonché M. PELISSERO, *Delitti di opinione*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 124-125.

Eppure, nonostante i dubbi sollevati, non ha trovato spazio alcuno, in sede giudiziaria, il biasimo di aprire le porte, attraverso il disposto dell'art. 278 c.p., ad una tutela penale "privilegiata" *ad personam*; tant'è che le stesse censure sollevate in relazione al principio di pari dignità sociale dei cittadini *ex art. 3 Cost.* non sono riuscite neppure a superare il filtro della non manifesta infondatezza⁵. E ciò appunto – come non si è mancato di rimarcare – per l'ovvia ragione che la norma incriminatrice in esame punirebbe "non già la lesione o beni comuni di ogni persona, ma quella al prestigio della Istituzione, poiché resta, in realtà, offesa per la azione del colpevole la stessa personalità dello Stato, che il Presidente della Repubblica rappresenta"⁶.

Non è superfluo rilevare che questa straordinaria capacità di resistenza dell'art. 278 c.p. è, in parte, collegata anche ad una applicazione della fattispecie, per molto tempo, tutto sommato sporadica. Se si presta mente alla giurisprudenza edita, balza subito in evidenza l'esiguità delle pronunce intervenute in materia, che si collocano temporalmente, per lo più, intorno agli anni Settanta, per poi riprendere, con un salto cronologico di circa un ventennio, a partire dagli anni Novanta. Ma è soprattutto negli ultimi anni che si registra intorno all'incriminazione delle offese al Presidente della Repubblica un maggiore e significativo attivismo giudiziario⁷, parallelamente ad una crescente attenzione massmediatica per via dell'inevitabile clamore suscitato da tali vicende, fin dalla fase propedeutica alla perseguibilità del reato in questione che – come noto – è sottratta alla volontà dell'offeso⁸, la quale, invero, risulta assorbita dalla valutazione del Ministro per la Giustizia, cui spetta l'autorizzazione a procedere *ex art. 313*

⁵ Cfr. già Cass. pen., sez. I, 21 novembre 1969, n. 1511, Castellini, in *Giust. pen.*, 1970, II, c. 257 ss.; ID., 16 gennaio 1978, n. 5844, Graziani, in *Cass. pen.*, 1979, p. 1509 ss., nonché, più di recente, ID., 4 febbraio 2004, n. 12625, Liori, in *Foro it.*, 2004, c. 492 ss.

⁶ Cass. pen., sez. I, 16 gennaio 1978, n. 5844, Graziani, cit.; ID., 21 novembre 1969, n. 1511, Castellini, cit.

⁷ Cfr., al riguardo, la "Relazione del Ministero sull'amministrazione della giustizia sull'amministrazione della giustizia anno 2014", in <http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2015/01/Relazione-sullamministrazione-della-giustizia-anno-2014.pdf>, p. 219, la quale dà conto del fatto che "nel corso del 2014 sono pervenute all'Ufficio 20 nuove richieste di autorizzazioni a procedere, che hanno interessato prevalentemente i reati di offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica e di vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate, di cui agli artt. 278 e 290 c.p."

⁸ A differenza di ciò che accade, ad esempio, in Germania, dove il vilipendio del Presidente Federale ("*Verunglimpfung des Bundespräsidenten*"), ai sensi dell'art. 90, Abs. 4, StGB, può essere perseguito soltanto con la sua autorizzazione ("*Die Tat wird nur mit Ermächtigung des Bundespräsidenten verfolgt*") o, ancora, in Portogallo, dove, infatti, il comma 3 dell'art. 328 c.p., che incrimina l'"offesa all'onore del Presidente della Repubblica" ("*Ofensa à honra do Presidente da República*"), riconosce l'estinzione del procedimento penale "se il Presidente della Repubblica dichiara espressamente di rinunciarvi" ("*O procedimento criminal cessa se o Presidente da República expressamente declarar que dele desiste*").

c.p.⁹. Basta scorrere le cronache giornalistiche degli ultimi anni per imbattersi in segnalazioni di presunte violazioni dell'art. 278 c.p., nella comunicazione di autorizzazioni a procedere concesse o negate, in richieste di rinvio a giudizio, in pronunce di non luogo a procedere e, talvolta, anche in condanne.

Non v'è chi non veda in tutto questo il segno dei tempi, *in primis* la fisiologica conseguenza della maggiore presenza sulla scena politica della figura presidenziale, nonché l'espansione dei luoghi di dibattito e, in generale, di esternazione del proprio pensiero (si pensi – a tacer d'altro – alle potenzialità pervasive della rete internet), che hanno certamente moltiplicato le occasioni di commissione del reato. In tale contesto, va da sé, ad essere messa a dura prova è una delle principali garanzie su cui si fonda un ordinamento autenticamente democratico, ossia il diritto di critica – costituzionalmente protetto dall'art. 21 Cost. – anche nei confronti degli apparati istituzionali, a cui, peraltro, la stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è venuta a riconoscere spazi di operatività sempre più ampi (cfr., *infra*, §§ 4 e 5).

È opportuno, quindi, interrogarsi sul senso e sulla portata attuale della fattispecie incriminatrice, tanto più che da ultimo, come si avrà modo di verificare nel prosieguo (cfr., *infra*, § 6), hanno iniziato a farsi strada, anche nel nostro ordinamento, iniziative legislative volte ad eliminare o, quanto meno, a sdoganare la punibilità degli insulti al Presidente della Repubblica.

2. *La polarizzazione giurisprudenziale sul "prestigio" della carica presidenziale*

Nel linguaggio corrente – si sa – la previsione incriminatrice dell'art. 278 c.p. è spesso indicata come "vilipendio" del Capo dello Stato. L'espressione, nella sua accezione comune, ha un'inequivocabile connotazione negativa, in quanto consiste – come messo ben in evidenza, pur se con riferimento alla diversa ipotesi dell'art. 290 c.p., anche dalla Consulta – nel "tenere a vile, nel ricusare qualsiasi valore etico o sociale o politico all'entità contro cui la manifestazione è diretta sì da negarle prestigio, rispetto, fiducia, in modo idoneo a indurre i destinatari della

⁹ Nel respingere la censura di costituzionalità sollevata, Cass. pen., sez. I, 24 settembre 1976, Mancini, in *Cass. pen.*, 1977, p. 567, ha rilevato che la valutazione di opportunità politica richiesta dall'atto autorizzativo "non può essere compiuta dal Capo dello Stato, il quale non è il protagonista della tensione ideologica, in cui si articola, si sviluppa e si realizza il dialogo politico, anche se ne costituisce il moderatore e ne controlla, quale spettatore essenziale, la legalità costituzionale". Su tale pronuncia cfr., però, le osservazioni critiche di B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica e Ministro della Giustizia di fronte all'autorizzazione a procedere per il reato di offesa al Presidente (art. 278 c.p.)*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3300 ss.

manifestazione [...] al disprezzo delle istituzioni o addirittura ad ingiustificate disobbedienze” e questo “con evidente e inaccettabile turbativa dell’ordinamento politico-sociale, quale è previsto e disciplinato dalla Costituzione vigente”¹⁰.

Già a colpo d’occhio non sfugge la contrapposizione tra la predetta qualificazione vilipendiosa e il dato letterale della norma in esame, là dove, infatti, la presenza della disgiuntiva “o” (offesa all’onore o al prestigio del Presidente della Repubblica) lascerebbe intendere il rifiuto di qualsivoglia selezione nella sfera delle condotte punibili.

Non è certamente un caso se le prime applicazioni giurisprudenziali che hanno interessato il delitto di cui all’art. 278 c.p. siano rifuggite agevolmente – salvo isolate eccezioni¹¹ – da ogni accertamento in merito all’effettiva idoneità della condotta lesiva a pregiudicare l’interesse della collettività al rispetto della massima autorità dello Stato, e si siano orientate a ritenere automaticamente assorbita l’offesa al prestigio della carica presidenziale già nella lesione all’onore. Si è sostenuto, infatti, in modo tranciante, che il Presidente della Repubblica, “stante la particolare dignità della funzione rappresentativa a lui demandata, non può essere offeso nell’onore (che consiste nella estimazione che ogni essere umano gode fra i suoi simili per le sue doti morali e sociali) senza che l’offesa stessa si ripercuota, ledendolo, sul prestigio che, secondo la volontà della legge, espressa con locuzione da taluni ritenuta poco felice, altro non è che quella particolare forma di decoro, che attiene alla dignità della pubblica funzione”¹².

Tale peculiare connotazione del prestigio presidenziale – requisito, in questo modo, di fatto, svalutato nella sua autonomia concettuale – ha contribuito, indubbiamente, ad una dilatazione dei confini operativi della fattispecie di cui

¹⁰ Corte cost., 30 gennaio 1974, n. 20, in *Giur. cost.*, 1974, p. 73 ss.

¹¹ Si veda Cass. pen., sez. I, 18 febbraio 1957, Tonelli, in *Giur. it.*, 1958, II c. 55 ss. che ha annullato con rinvio la precedente condanna per la pubblicazione di un articolo nel quale l’autore, nell’attaccare due Ministri, sollecitando l’apertura di un’inchiesta e la pubblicazione dei dati ad essa relativi, concludeva: “La verità deve essere conosciuta tutta ed intera, o pretende il Pacciardi che si creda sulla parola di un uomo come lui, che operò contro la propria Patria? Questo potrà bastare a De Gasperi e allo stesso Capo dello Stato, da lui coinvolti in una stessa responsabilità, ma non basta certamente agli italiani in genere e ai combattenti in modo speciale”. In particolare, ad avviso della Suprema Corte, nel caso di specie, era mancata, da parte dei giudici di merito, un’accurata analisi dell’intero articolo che ne consentisse di desumere la sua “attitudine lesiva”.

¹² Cfr. Ass. App., sez. II, 28 ottobre 1965, Libertini, in *Riv. pen.*, 1966, II, p. 949 ss., poi confermata da Cass. pen., sez. I, 8 giugno 1966, n. 1019, Libertini, in *Cass. pen.*, 1967, p. 536 ss., relativa alla pubblicazione, sul giornale “Mondo Nuovo”, di una fotografia a corredo di un articolo (“Nel pantano del centrismo”), nel quale venivano stigmatizzati i contrasti all’epoca esistenti tra varie correnti della Democrazia Cristiana; nello specifico, la fotografia, raffigurante il Presidente della Repubblica Antonio Segni nell’atto di baciare la guancia dell’onorevole Amintore Fanfani – che, per l’autore, intendeva dimostrare i rapporti di amicizia e tradimento tra gli esponenti del predetto partito – è stata ritenuta “univocamente ingiuriosa”, in quanto seguita da una didascalia esplicatrice in cui erano riportate le parole “il bacio di Giuda”.

all'art. 278 c.p. Il collegamento delle offese al Presidente della Repubblica con l'esercizio delle funzioni inerenti alla carica rivestita, infatti, non è stato considerato dirimente ai fini dell'integrazione della violazione in questione. Anzi, muovendo proprio dall'assunto che la lesione arrecata alla sfera morale individuale del Capo dello Stato assuma, *in re ipsa*, una coloritura pubblicistica¹³, si è generalmente ritenuto irrilevante accertare la natura e le modalità di estrinsecazione delle offese rivolte alla figura presidenziale. Invero – sostiene la giurisprudenza – pure per le offese dirette alla persona privata e per quelle riguardanti fatti pregressi rispetto all'assunzione dell'importante ruolo costituzionale, “è indubbia” la lesione “al decoro della persona investita dell'augusta funzione”¹⁴, dal momento che “le offese non compiute ‘*contemplatione officii*’ si ripercuotono in concreto anche sul prestigio dell'Istituzione”¹⁵.

Un'accezione così lata del prestigio – com'è intuibile – fa scivolare la soglia della rilevanza penale della fattispecie verso la mancanza di rispetto per la più alta carica dello Stato, sì che qualsivoglia offesa, che non si concreti nella semplice mancanza di reverenza, già di per sé, è in grado di minare l'autorevolezza e, comunque, di inficiare il giudizio di adeguatezza della persona all'eminente ruolo istituzionale¹⁶. In tale contesto, assume, del resto, una modesta funzione selettiva

¹³ E. GALLO, E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, Pàtron, 1984, p. 213, icasticamente rilevano che, per quanto “nell'offesa rimanga coinvolto anche l'onore privato della persona che rappresenta l'Istituzione, in realtà si tratta di un interesse solo occasionalmente protetto”, dal momento che ciò verso cui “è direttamente predisposta la tutela è, pur sempre, infatti, l'interesse politico dello Stato al rispetto del prestigio di questa altissima Istituzione, che è la prima magistratura del Paese”. Sull'attrazione della tutela dell'onorabilità della persona nell'onorabilità dello Stato, cfr., più di recente, L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 341 ss.

¹⁴ Cass. pen., sez. I, 8 giugno 1966, n. 1019, Libertini, cit.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. I, 21 novembre 1969, n. 1511, Castellini, cit., che ha riconosciuto la violazione dell'art. 278 c.p. nella definizione, in alcuni opuscoli e in esposti diretti a varie autorità, del Presidente della Repubblica Antonio Segni quale “traditore della Patria”, nonché, in due lettere indirizzate al Presidente del Senato e della Camera, come “delinquente e fuorilegge”. Analogamente, cfr. Cass. pen., sez. I, 16 gennaio 1978, n. 5844, Graziani, cit., relativa alla pubblicazione sul settimanale “Servire il Popolo” di un articolo (“Giovanni Leone il reazionario”), ove si gettavano pesanti ombre sull'onestà e sull'integrità morale dell'allora Presidente della Repubblica, affermandosi che egli “controllava, tramite il suo studio legale, il mercato ortofrutticolo di Napoli, dominato dalla mafia” e che “di tenore simile” era la sua opera “nel campo delle baronie universitarie”, in quanto “oltre a tenere lui stesso cattedra di procedura penale, guadagnando milioni e facendosi vedere raramente, ha le mani in pasta a Napoli, a Roma e a Siena”; a ciò si aggiungevano, poi, “le speculazioni sulle aree fabbricabili”, posto che si sarebbe fatto “costruire un tronco di strada statale per favorire le proprie proprietà”.

¹⁶ Il prestigio implica un rapporto di proporzione tra la persona e la dignità della carica; così P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, Cedam, 1971, pp. 191-192; G. MARCONI, *Presidente della Repubblica (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 250 e, da ultimo, R. PASCARELLI, *Dei delitti contro il Presidente della Repubblica*, cit., p. 480.

la precisazione che le offese rivolte al Capo dello Stato, per poter rilevare ai fini dell'art. 278 c.p., debbano di per sé integrare gli estremi di altre fattispecie incriminatrici, quali, segnatamente l'ingiuria e la diffamazione (artt. 594 e 595 c.p.), nonché l'oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341 c.p., abrogato dall'art. 18, comma 1, legge 25 giugno 1999, n. 205, ma riproposto – seppure con ampie modifiche – nell'art. 341-bis c.p., per effetto dell'art. 1, comma 8, legge 24 luglio 2009, n. 94)¹⁷. Tale circostanza, infatti, consente certamente di escludere dal novero dei mezzi attraverso i quali può estrinsecarsi l'offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica “le mere indelicatezze, ancorché compiute di proposito, le semplici omissioni implicanti irriverenza e le ripulse formalmente non ingiuriose”¹⁸, ma non risolve ancora la questione del problematico temperamento con la libertà di manifestazione del pensiero, specialmente nelle sue declinazioni più controverse del diritto di critica e di satira, che finiscono per restare in ombra.

Tra le pieghe della tutela dell'unità ordinamentale si annida, dunque, il rischio di una compressione – eccessiva, se non addirittura ingiustificata – della libertà di espressione, intesa quale fondamentale e irrinunciabile strumento di estrinsecazione e di irradiazione della personalità umana. È chiaro che le difficoltà ermeneutiche si riducono fortemente se, in accordo con parte della dottrina e della giurisprudenza, si individua *tout court* nelle condotte vilipendiose un limite paralizzante del diritto di opinione¹⁹.

¹⁷ Cfr., limitatamente alla manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, 5ª ediz., Bologna, Zanichelli, 2012, p. 108. Per una ulteriore dilatazione, cfr. G. MAGGIORE, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, tomo I, 4ª ediz. agg., Bologna, Zanichelli, 1960, p. 70 che include nell'art. 278 c.p. anche le lesioni e le minacce lievissime, “che ledono più la persona morale che quella fisica”, impostazione questa ripresa anche da L. GALTERIO, *Personalità dello Stato*, I, *I delitti contro la personalità dello Stato*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, Treccani, 1990, p. 15; cfr., altresì, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 5ª ediz. agg. da P. Nuvolone e G.D. Pisapia, vol. IV, *I delitti contro la personalità dello Stato*, a cura di P. Nuvolone, Torino, Utet, 1981, pp. 450-451 e 453, che ricomprende nella nozione di “offesa” anche “ogni altro delitto che implichi offesa all'onore o al prestigio della persona tutelata, purché tale offesa non sia considerata elemento costitutivo o circostanza aggravante di un delitto contro un diverso bene giuridico (reato complesso)”; analogamente, cfr. G. MARCONI, *Presidente della Repubblica (reati contro il)*, cit., p. 249.

¹⁸ Così Cass. pen., sez. I, 14 febbraio 1952, P.M. c. Bufi, in *Giust. pen.*, 1952, II, c. 909. Per una più ampia specificazione delle esclusioni, cfr., in dottrina, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 452.

¹⁹ Cfr. P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 166 ss. e, con particolare riguardo all'art. 278 c.p., p. 191 ss.; G. ZUCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Legge penale e libertà del pensiero. III Convegno di diritto penale – Bressanone 1965*, Padova, Cedam, 1965, pp. 100-101. In giurisprudenza, cfr., Ass. App., sez. II, 28 ottobre 1965, Libertini, cit., e Cass. pen., sez. I, 16 gennaio 1978, n. 5844, Graziani, cit., che esplicitamente hanno ravvisato per il diritto di critica, come pubblica manifestazione del pensiero, un limite insuperabile – oltre che nelle specifiche norme del codice penale che tutelano l'onore, il decoro, la reputazione dei privati (artt. 594 e 595 c.p.) e dei pubblici ufficiali (ora art. 341-bis c.p.) – parimenti, “in modo del tutto singolare ed eccezionale”, anche nella tutela dell'onore e del prestigio del Presidente della

Il risvolto liberticida di siffatta impostazione, però, in un contesto che eleva a vessillo il pluralismo, impone di vagliare più approfonditamente la dimensione assiologica che si cela dietro alle offese al Capo dello Stato, anche in rapporto alle diverse qualificazioni giuridiche che, nel nostro ordinamento, incriminano il vilipendio, al fine di verificarne, appunto, l'attualità delle ragioni di tutela.

3. *La dimensione valoriale delle offese vilipendiose*

C'è un sottile *trait d'union* che lega tra loro, a prescindere dalla collocazione sistematica, le diverse fattispecie di vilipendio contemplate dal codice penale, alle quali – come si è detto – è affiancato, in certa misura, il delitto di cui all'art. 278 c.p. Si tratta, invero, di ipotesi in cui l'oggetto della tutela penale – a differenza dell'ingiuria e della diffamazione ex artt. 594 e 595 c.p. – travalica l'entità materiale o immateriale che nominalmente identifica la destinazione delle espressioni o degli atteggiamenti lesivi per assestarsi sulla protezione di beni superindividuali.

Tale aspetto ben si coglie nella duplice caratterizzazione – temporale e spirituale – che il vilipendio assume nel nostro ordinamento. Da un lato, infatti, detta incriminazione – attraverso la punibilità delle offese alla Repubblica, alle istituzioni costituzionali (Assemblee legislative, Governo, Corte costituzionale, ordine giudiziario), alle forze armate e di liberazione (art. 290 c.p.), nonché di quelle rivolte alla nazione italiana (art. 291 c.p.), alla bandiera o ad altro emblema dello Stato (art. 292 c.p.) – appare servente all'esigenza di tutelare la sovrastruttura statale, il c.d. Stato-apparato; dall'altro lato, essa – tramite le fattispecie volte a reprimere le offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone (art. 403 c.p.) o cose (art. 404 c.p.), e le ipotesi di vilipendio di tombe (art. 408 c.p.) e di cadavere (art. 410 c.p.) – risulta funzionale alla salvaguardia di sentimenti generalmente riconosciuti in seno al c.d. Stato-comunità.

In tutti i casi anzidetti, l'intervento punitivo assume come referente per la tutela l'individuo non *uti singulis*, bensì in quanto radicato in un determinato contesto sociale. Nell'ambito delle citate previsioni incriminatrici, infatti, la sensibilità individuale si dissolve nella riconosciuta prevalenza della sensibilità collettiva.

Repubblica ex art. 278 c.p.; cfr., altresì, Cass. pen., sez. I. 20 novembre 1996, n. 9880, Gelli, in *Riv. pen.*, 1997, p. 190 ss., relativa alla pubblicazione, sul periodico "Il Piave", di un articolo ("Ma Scalfaro è davvero cattolico?"), nel quale si metteva in dubbio la legittimità dell'operato del Presidente Oscar Luigi Scalfaro all'epoca in cui svolgeva le funzioni di P.M. presso la Corte di Assise Speciale Antifascista di Novara, secondo cui il diritto di critica non può mai sfociare "nell'affermazione di fatti non veri oltremodo lesivi del prestigio e dell'onore del Presidente della Repubblica, che non può essere considerato alla stregua di un normale uomo politico di parte, ma come figura *super partes* nella quale si identifica il momento unitario dello Stato".

Anche là dove l'incriminazione è strutturata ponendo al centro le aggressioni alla persona fisica – si pensi alle offese arrecate ad una confessione religiosa mediante vilipendio di chi la professa *ex art. 403 c.p.* – la vittima è di fatto estromessa dalla tutela; ciò che conta non è tanto il pregiudizio subito da chi è direttamente offeso, quanto, piuttosto, la compromissione del bene che il legislatore ha individuato, di volta in volta, quale elemento di aggregazione della collettività.

È proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, però, che viene a spezzarsi il *fil rouge* cui si è fatto cenno all'inizio, atteso che la tutela degli interessi collettivi che fa da sfondo alla repressione delle variegate condotte di vilipendio non sempre disvela – come si vedrà a breve – un'autentica fisionomia assiologica, tale da giustificare, in ogni caso, l'incondizionata prevalenza nel bilanciamento con la libertà costituzionale dell'art. 21 Cost.

3.1. Vilipendio e “sentimenti”

La stretta compenetrazione del vilipendio con l'assetto valoriale sancito dalla Costituzione si coglie in modo pregnante soprattutto con riguardo alla tutela penale della religione. Il riconoscimento costituzionale della libertà di fede (art. 19 Cost.), seguito dalla progressiva laicizzazione delle fattispecie incriminatrici poste a presidio di tale fondamentale garanzia, hanno contribuito, infatti, ad elevare a valore ordinamentale la pluralità e l'eguaglianza delle confessioni religiose, in luogo dell'unica – quella cattolica – religione di Stato²⁰. È incontrovertibile, pertanto, che il sentimento religioso, su cui è incardinato l'intervento punitivo, rappresenta l'astrazione di precipi valori di identificazione culturale ampiamente condivisi, quanto meno, tra gli aderenti al medesimo credo. Si tratta, tuttavia, pur sempre di fattori coagulanti, che, stante la loro intrinseca connotazione “parcellare”, necessitano di essere composti sul piano giuridico, di talché, inevitabilmente, anche la fondamentale garanzia che assicura la libera manifestazione del pensiero può subire un significativo condizionamento in ragione di tale precario equilibrio.

Nella prospettiva in esame, in particolare, la repressione penale delle condotte vilipendiose di cui agli artt. 403 e 404 c.p. mira specificamente a canalizzare, attraverso l'argine apposto alla libertà di espressione, proprio la latente conflittualità sociale che è insita nella diversità fideistica, fisiologicamente non unitaria. La

²⁰ Per tutti, cfr. M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 493 ss. e, già prima, ID., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, *ivi*, 1981, p. 477 ss.; F. PALAZZO, *Laicità del diritto penale e democrazia “sostanziale”*, in *Quad. cost.*, 2010, f. 2, p. 437 ss.; P. SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstita tutela penale del fattore religioso nell'ordinamento italiano*, in *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Risicato, E. La Rosa, Torino, Giappichelli, 2009, p. 70 ss., nonché ID., *Religione*, in *Diritto penale. I dizionari sistematici*, a cura di F. Giunta, Milano, Il Sole-24 ore, 2008, p. 602 ss.

flessione garantistica che, in questo modo, si viene a realizzare altro non è se non l'esito del bilanciamento di valori di libertà che la stessa Carta fondamentale prevede e pone sullo stesso piano.

Al riguardo, invero, non passa inosservata la circostanza che, per un verso, l'art. 19 Cost., per altro verso, la stessa norma che fonda la libertà di manifestazione del pensiero, ossia l'art. 21 Cost., siano accomunate dal medesimo limite espresso del "buon costume"²¹. Al di là della specifica correlazione del termine con il comune senso del pudore e, quindi, con la sfera della moralità sessuale, è acquisito che il richiamo normativo extragiuridico sia "diretto a significare un valore riferibile alla collettività in generale", nel senso che, pur nella sua relatività storica, esso denota le condizioni essenziali che sono "indispensabili per assicurare, sotto il profilo considerato, una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone (art. 2 della Costituzione)"²². Il riferimento costituzionale, in altri termini, introduce una limitazione alla libera manifestazione del pensiero (e anche alla libera professione di fede) nella misura in cui detta garanzia collide non con percezioni valoriali solipsistiche, bensì con un assetto valoriale – conforme a Costituzione – radicato e socialmente condiviso. Ciò spiega, del resto, perché l'apposizione del predetto limite non scatta sulla base della mera divergenza di opinioni su tematiche religiose, ma richiede che la disparità di vedute sia tale da mettere in crisi una data realtà valoriale²³.

²¹ Su tale limite, cfr. M. MANETTI, *I limiti oggettivi. (Segue): Il limite del buon costume*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero, Rapporti civili, Art. 21*, a cura di A. Pace, M. Manetti, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 2006, p. 204 ss.; A. VALASTRO, *Art. 21*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. I, *Artt. 1-54*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, p. 465 ss.; F. GAMBINI, *Art. 21*, in *Commentario breve alla Costituzione*, 2^a ediz., a cura di S. Bartole, R. Bin, Padova, Cedam, 2008, p. 166 ss.

²² Corte cost., 27 luglio 1992, n. 368, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2935 ss., con nota di R. ORRU, *La "pubblicità" della condotta come "requisito essenziale" della nozione del buon costume ex art. 21 Cost. e come "vincolo" all'attività interpretativa dei giudici*, *ivi*, p. 3566 ss.; F. RAMACCI, *Libertà "reale" e "svalutazione" del buon costume*, *ivi*, p. 3563 ss. In dottrina, v., inoltre, diffusamente, G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, Cedam, 1984, p. 67 ss.

²³ Corte cost., 8 luglio 1975, n. 188, in *Giur. cost.*, 1975, p. 1508 ss. evidenza che il vilipendio "non si confonde né con la discussione su temi religiosi, così a livello scientifico come a livello divulgativo, né con la critica e la confutazione pur se vivacemente polemica; né con l'espressione di radicale dissenso da ogni concezione richiamantesi a valori religiosi trascendenti, in nome di ideologie immanentistiche o positivistiche od altre che siano"; costituiscono, invece, vilipendio e sono "pertanto esclusi dalla garanzia dell'art. 21 (e dell'art. 19), la contumelia, lo scherno, l'offesa, per dir così, fine a sé stessa, che costituisce ad un tempo ingiuria al credente (e perciò lesione della sua personalità) e oltraggio ai valori etici di cui si sostanzia ed alimenta il fenomeno religioso, oggettivamente riguardato".

Considerazioni analoghe attingono l'ambito normativo di tutela del sentimento di pietà per i defunti che si estrinseca, per ciò che più interessa, nella punibilità del vilipendio di tombe (art. 408 c.p.) e di cadavere (art. 410 c.p.). Anche in questo caso, infatti, è innegabile la correlazione del ricorso a meccanismi punitivi con l'esigenza di tutelare un sentimento socialmente diffuso, qual è, segnatamente, il rispetto che si deve alla persona nella sua proiezione ultraesistenziale. In tale ipotesi soltanto in apparenza la tutela penale è incentrata sulla *res*; quest'ultima, infatti, non rileva, come tale, nella sua materialità, bensì per la sua valenza simbolica, in quanto presidio di un sentimento "universale"²⁴, che si salda al rispetto di tradizioni ancestrali e di valori etici aconfessionali, che prescindono, cioè, dall'adesione a un determinato credo religioso.

Com'è evidente, pur nella loro trasfigurazione superindividuale, *religio* e *pietas* non smarriscono il legame con la persona²⁵; essi, in particolare, in quanto espressione di stati affettivi che attecchiscono nel profondo dell'animo umano, condividono la medesima matrice intimistica della libertà espressiva. È, dunque, uno scontro tra pari libertà morali quello che il vilipendio è chiamato, in questi casi, non senza difficoltà, a governare ed è qui, pertanto, che il bilanciamento tra opposti – ma paritari – interessi gioca un ruolo fondamentale.

3.2. Vilipendio e "simboli"

Su una linea diametralmente opposta si pongono, invece, le fattispecie che, attraverso la minaccia della sanzione penale, mirano a presidiare l'apparato organizzativo statale e gli elementi che ne attestano la riconoscibilità sul piano politico (artt. 290-292 c.p.). Il disprezzo delle istituzioni sembra assurgere qui, infatti, a disvalore in sé, indipendentemente dal fatto che al simbolo colpito (Repubblica, istituzioni costituzionali, forze armate, Nazione italiana, bandiera, emblemi dello Stato) sia effettivamente associato un comune sentire.

Il dato si evince chiaramente dall'oggetto su cui cade la tutela penale. A venire in rilievo, infatti, sono, segnatamente, entità "impersonali", quali gli organi statali, considerati "nella loro esistenza soggettiva" e per la loro "qualità e dignità, astrazione fatta dall'effettivo esercizio della funzione"²⁶, nonché elementi di pretesa unificazione spirituale di un popolo, i quali, in realtà, a ben guardare, o non trovano – come nel caso della nazione italiana – un avvallo costituzionalmente significati-

²⁴ Così, G. FIANDACA, *Pietà dei defunti (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, Treccani, 1990, p. 1.

²⁵ F. BACCO, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 824.

²⁶ G. MAGGIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 79-80.

vo²⁷, oppure, comunque, prescindono – si pensi, ad esempio, alla bandiera – da ogni verifica di affezione in concreto²⁸.

Indubbiamente, le fattispecie in esame riflettono il portato della particolare concezione dello Stato – quella fascista – invalsa all’epoca del varo dell’attuale codice penale²⁹, protesa, come noto, a instillare e rinsaldare, anche attraverso il sistema penale, una vera e propria coscienza nazionale³⁰. Con il codice Rocco, invero, si sviluppa fino al parossismo quell’ansia agglutinante di cui si è fatto portatore, già nel periodo post-unitario, il codice penale liberale del 1889³¹, segnata-mente attraverso l’incriminazione del vilipendio del Parlamento e delle istituzioni costituzionali (artt. 123 e 126 c.p. Zanardelli), fattispecie che – come non si è mancato di rilevare – contribuivano ad “imporre artificialmente una sorta di culto dell’apparato statale sottraendone l’alta forza morale all’urto delle opinioni contrarie”³². Ebbene, siffatta tendenza diventa ancora più manifesta nel nuovo codice, come sembra attestare, infatti, non solo l’inserimento di referenti terminologici prima sconosciuti (emblematico è il *novum* dell’art. 291 c.p. che si richiama alla “nazione”), ma, più in generale, tutta la classe dei delitti ricompresi sotto la comune cornice della “personalità dello Stato” – sostitutiva del precedente richiamo alla “sicurezza” – non a torto considerata alla stregua di una “metafora volta ad esprimere, in forma mistificata [...] l’idea di una volontà politica supe-

²⁷ T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 40 rileva che “la Costituzione si riferisce alla ‘Nazione’ (non individuata come italiana) soltanto come matrice del ‘patrimonio storico e artistico’ che la Repubblica tutela (art. 9, 2° comma, Cost.), mentre non si rinvia in essa alcuna traccia di una eventuale, peculiare dignità della nazione italiana rispetto alle altre nazioni”; anzi, non manca nel testo costituzionale la valorizzazione delle minoranze, attraverso l’“enunciazione particolarmente vasta e minuziosa del principio di uguaglianza (art. 3, 1° comma, Cost.)”, nonché la specifica tutela apprestata dall’art. 6 Cost. Cfr., altresì, ID., *Stato (reati contro la personalità dello)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 830.

²⁸ Ad attestazione di ciò si consideri che la giurisprudenza ha ritenuto configurabile il vilipendio alla bandiera (art. 292 c.p.) pure in assenza della *res*, per il valore simbolico da essa rivestito, come, peraltro, riconosciuto implicitamente già da Corte cost., 23 novembre 2000, n. 531, in *Giur. cost.*, 2000, p. 4165 ss.; così, Cass. pen., sez. I, 29 ottobre 2003, n. 48902, Galli, in *Ced. rv.* 226460, con nota di R. PASCARELLI, *Vilipendio alla bandiera: configurabile anche in assenza della res*, in *Ind. pen.*, 2005, p. 689 ss., nonché ID., 4 maggio 2011, n. 23690, Klotz, in *Ced. rv.* 250445, riguardante un manifesto di propaganda politica in cui era raffigurata una scopa di saggina che spazzava via la bandiera italiana. In dottrina, cfr., altresì, F. GIUNTA, *Verso un rinnovato romanticismo penale? I reati in materia di religione e il problema della tutela dei sentimenti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, Jovene, 2011, p. 1556.

²⁹ F. DEAN, *Personalità interna dello Stato (delitti contro la)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino, Utet, 1968, p. 1099.

³⁰ *Amplius*, cfr. G. MARCONI, *I delitti contro la personalità dello Stato*, cit., p. 180 ss.

³¹ R. MESSINA, *Introduzione allo studio dei delitti contro la personalità interna dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 57.

³² G. MARCONI, *I delitti contro la personalità dello Stato*, cit., p. 146.

riore contraddetta da comportamenti essenzialmente concepiti come sintomi di disobbedienza”³³.

Com'è evidente, nelle ipotesi prese in considerazione, la tutela penale non mira a salvaguardare l'affezione per la Patria, quale sentimento diffuso e pienamente riconoscibile nella sua identità, ma è essa stessa, piuttosto, strumento di affermazione e di emersione di tale dimensione valoriale. Rispetto alle previsioni incriminatrici anzidette, invero, il patriottismo, non assurge a valore esistente da assicurare e proteggere, bensì si configura alla stregua di una idealità verso cui tendere³⁴.

Difficile non vedere qui il retaggio di un lontano passato. Se, infatti, la limitazione della libertà espressiva poteva rinvenire una qualche giustificazione in correlazione alle finalità etiche di uno stato autoritario, continuare oggi a riconoscerne la soccombenza o, comunque, la forte compressione in tale settore rischia di minare alla base la quintessenza della democrazia che è, invero, l'aperto confronto dialettico, anche con le istituzioni.

Ben si comprende allora la necessità – sottolineata da attenta dottrina³⁵ – di interpretare il vilipendio “in modo da salvaguardare la sostanza della libertà, anche nella valenza critica che ne costituisce il tratto politicamente essenziale”, tanto più che, rispetto a questi casi, la dimensione assiologica che pure non si manca di evocare³⁶, assume, in realtà, come si è visto, contorni assai evanescenti.

3.3. Vilipendio e “persone”

Rispetto alle considerazioni fin qui svolte, si tratta di capire se e in che termini venga ad assumere una sua specificità la tutela apprestata alla “persona” del Capo dello Stato dall'art. 278 c.p.

Uno spazio autonomo per tale fattispecie incriminatrice parrebbe, in effetti, essere ritagliato da quella voce dottrinale che, pur nell'ambito di una critica serrata indirizzata alle fattispecie di vilipendio politico, riconosce l'irrinunciabilità della punibilità delle offese al Presidente della Repubblica in ragione del “sistema di

³³ Così, T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., p. 11.

³⁴ Chiare, in tal senso, già le parole di G. MAGGIORE, *Diritto penale*, cit., p. 82, il quale, a proposito della “nazione”, osservava che si trattava di un concetto “storico-politico”, presupposto “di un certo tipo di Stato qual è lo Stato nazionale uscito dal travaglio politico del secolo XIX; più che una realtà [...] è una volontà, una tendenza, una esigenza ideale”.

³⁵ D. PULITANO, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, Esi, 2006, pp. 247-248.

³⁶ Il prestigio dello Stato, dei suoi emblemi e delle sue istituzioni vengono annoverati quali valori costituzionalmente protetti che implicitamente limitano la libertà di manifestazione del pensiero; *ex plurimis*, in tema di vilipendio della bandiera, cfr. Cass. pen., sez. I, 14 giugno 1988, n. 6822, Paris, in *Ced. rv.* 181275, nonché Id., 15 giugno 2007, n. 25523, Bossi, in *Ced. rv.* 237179.

tutela differenziato dell'onore individuale, in rapporto alla qualifica³⁷, previsto nel nostro ordinamento. La sopravvivenza del delitto in esame sarebbe correlata, in altri termini, a quella dell'oltraggio, articolato, oggi, nella triplice configurazione dell'oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341-*bis* c.p.), a un corpo politico, amministrativo o giudiziario (art. 342 c.p.) e a magistrato in udienza (art. 343 c.p.), che compartiscono con l'art. 278 c.p. la medesima condotta incriminatrice, ossia l'offesa dell'onore o del prestigio delle figure anzidette. In siffatto contesto l'offesa al Presidente della Repubblica si connoterebbe, addirittura, per un *quid pluris* – l'“eccezionale rilevanza del bene protetto dalla norma in considerazione che ha riguardo, direttamente, alla prima carica istituzionale dello Stato italiano” – che confermerebbe, pertanto, l'opportunità di una tutela autonoma³⁸.

Per quanto suggestiva, l'impostazione summenzionata stempera nel rapporto tra fattispecie la problematicità della punibilità degli insulti al Capo dello Stato, la quale determina, di riflesso, una contrazione della libertà di manifestazione del pensiero. A ben guardare, sotto questo profilo, la previsione delittuosa disciplinata dall'art. 278 c.p. non si differenzia in modo significativo dalle ipotesi di vilipendio politico in precedenza analizzate. Si è osservato, infatti, che la ragione della collocazione sistematica della norma tra i delitti contro la personalità dello Stato “deve ricercarsi nella volontà di impedire il pericolo politico, che proverrebbe dal discredito, in cui si lasciasse cadere il Presidente della Repubblica”³⁹; la *voluntas* legislativa andrebbe ricercata, in pratica, nel fatto che “se la severità particolare della pena non ponesse ai ribelli, ai maldicenti, ai villani, ai pettegoli, ecc., un bavaglio più resistente di quello apprestato dalle sanzioni dei correlativi reati comuni, a poco a poco, l'istituzione, la dignità, la funzione, di cui si tratta, perderebbero ogni prestigio nel popolo, si troverebbero malsicure e indebolite, con pericolo per l'attuale costituzione dello Stato”⁴⁰. A riecheggiare qui, in fondo, è la medesima *ratio* di tutela ravvisata a fondamento dell'antecedente art. 122 del codice Zanardelli, volto a punire, nei riguardi del sovrano, “il rispetto, il decoro, la maestà della istituzione [...] anche contro i più piccoli attacchi, che, se ripetuti impunemente, potrebbero scemare quel prestigio che è indispensabile, in una monarchia specialmente, in chi [...] deve essere la rappresentanza visibile, tangi-

³⁷ T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici*, cit., pp. 39-40.

³⁸ Sul punto, cfr. Cass. pen., sez. I, 12 febbraio 1996, n. 3069, Barone, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1377 (s.m.) e, per esteso, in *Dejure*, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 278 c.p. sotto il profilo della irragionevolezza della sanzione, per sproporzione rispetto a quella stabilita per i delitti di ingiuria e di oltraggio a pubblico ufficiale.

³⁹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 448; analogamente cfr. E. GALLO, E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 214, secondo cui “poiché la malevolenza dei denigratori per temperamento o per mestiere non conosce remore, è opportuno tentare di moderare il malvezzo di un inutile e ingiusto discredito attraverso l'ammonimento della norma penale”.

⁴⁰ Così, ancora, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 448.

bile e brillante del potere”⁴¹. Nel caso dell’art. 278 c.p., l’oggetto della tutela penale si radicherebbe, dunque, nel senso dell’appartenenza statale che si esprimerebbe proprio attraverso l’identificazione con la figura presidenziale, il cui prestigio, conseguentemente, non può, né deve, essere messo in discussione.

Se ciò poteva avere una qualche valenza rispetto all’epoca storica in cui è stato varato l’attuale codice penale, assai difficilmente essa può dirsi attuale nell’evoluzione che ha progressivamente subito l’ordinamento costituzionale, sempre più caratterizzato da spinte centrifughe, non solo nell’assetto interno, attraverso la decentralizzazione dei poteri, ma anche all’esterno, in ragione della continua erosione degli spazi di sovranità nazionale ad opera della sovrastruttura dell’Unione europea, tendenze, queste, ora specificamente riconosciute dalla Costituzione (art. 117 Cost.).

Anche l’apertura – per la verità rimasta isolata – della giurisprudenza verso l’identificazione, per le offese al Presidente della Repubblica, di un bene giuridico diverso dal prestigio dell’istituzione, si rivela, in realtà, come uno schema di facciata. Si è sostenuto, infatti, che nella norma dell’art. 278 c.p. sarebbe riconoscibile la finalità di assicurare “la serenità dello svolgimento delle funzioni” connesse alla carica presidenziale⁴². Per questa via si è cercato, dunque, di incardinare la tutela penale del vilipendio al Capo dello Stato su un bene più tangibile dell’astratto riferimento al prestigio, con ciò avvicinando la fattispecie in esame all’oltraggio. Sennonché, riferita alla figura del Presidente della Repubblica, l’assicurazione dell’imperturbato svolgimento del suo *officium* denota una formula vuota, in assenza di quelle specifiche connotazioni strutturali rinvenibili, segnatamente, nell’oltraggio, quali la pubblicità dell’offesa, nonché l’attualità dell’esercizio delle funzioni e che pure si riscontrano, in altri ordinamenti stranieri⁴³, nella configurazione di analoghe autonome fattispecie.

⁴¹ AA.VV., *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il codice unico del Regno d’Italia*, a cura di P. Cogliolo, vol. II, parte I, Milano, Vallardi, 1895, p. 190.

⁴² In questa direzione si è orientata Cass. pen., sez. I, 4 febbraio 2004, n. 12625, Liori, in *Foro it.*, 2004, II, c. 492 ss., relativa alla pubblicazione sul quotidiano “L’Unione Sarda” del 10 maggio 1998 di un articolo (“Ma chi può sapere se non lui?”), nel quale, a commento di un intervento del Presidente Oscar Luigi Scalfaro ad una cerimonia commemorativa di Aldo Moro, si apostrofava il Capo dello Stato come “antipatico” e con espressioni – per come riportate dai giudici di legittimità – quali “l’averne detta ‘una delle sue’, il lanciare messaggi mafiosi, il ‘non stare a fare nulla nel posto occupato’, l’insinuazione della sua responsabilità morale della morte di Aldo Moro”.

⁴³ Si consideri, a titolo esemplificativo, in Germania, l’art. 90, *Abs.* 1, StGB (“chiunque pubblicamente, in una adunanza o tramite la diffusione di scritti, vilipende il Presidente Federale è punito con la pena della reclusione da tre mesi a cinque anni”); in Grecia, l’art. 168, par. 2, c.p. (“chiunque offende l’onore del Presidente della Repubblica o di chi esercita i poteri del Presidente della Repubblica, o lo diffami pubblicamente o in sua presenza è punito con la pena della reclusione non inferiore a tre mesi”), fermo restando che, in base al successivo par. 3, “il reato non può essere perseguito decorso un lasso di tempo di sei mesi”; in Polonia, l’art. 135, par. 2, c.p. (“chiunque pubbli-

4. *Un esercizio di stile: il carattere “dissacrante” della satira sotto la lente della Convenzione europea*

C'è un punto, in particolare, intorno al quale sembrano annodarsi i fili della matassa: si tratta dell'apprezzamento valutativo espresso nelle forme della satira, ambito rispetto al quale, infatti, durano fatica a trovare applicazione gli ordinari criteri che, per il tramite del diritto di cronaca e di critica, consentono di bilanciare, secondo l'opinione prevalente, in modo equilibrato, le opposte esigenze della libertà di manifestazione del pensiero e della tutela dell'onore.

La satira, invero, prescinde dalla verità del fatto; essa, piuttosto, è ancorata al ruolo che riveste la persona che costituisce il bersaglio di scherni e allusioni ironiche o umoristiche. Difficile poi dire che possa applicarsi a tale modalità espressiva il requisito della continenza, posto che, ontologicamente, le manifestazioni satiriche si avvalgono di un linguaggio pungente, non di rado affine al turpiloquio, nonché di associazioni di idee che possono avere implicazioni anche volgari.

In tensione soprattutto con il delitto di diffamazione si è osservato che la satira, pur sottratta agli usuali schemi razionali di verifica critica, nondimeno sottostà, al pari di ogni altra manifestazione del pensiero, al rispetto dei valori fondamentali, che, dunque, non possono essere superati esponendo la persona, oltre al ludibrio della sua immagine pubblica, al disprezzo⁴⁴. All'evidenza, l'identificazione di tale limite è strettamente connesso al bene giuridico dell'onore individuale che presidia, difatti, la fattispecie sopra richiamata; esso stride, però, con la struttura dell'art. 278 c.p. in esame, che, come si è detto, surclassa la reputazione della per-

camente offende il Presidente della Repubblica polacca è punito con la pena della reclusione fino a tre anni”), norma, peraltro, di recente ritenuta costituzionalmente legittima (cfr. la sentenza della Corte costituzionale polacca del 6 luglio 2011, consultabile, in lingua inglese, al link http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/P_12_09_en.pdf); in Portogallo, l'art. 328 c.p. che, in relazione all'ingiuria e alla diffamazione prevista dal primo comma (“Chiunque ingiuria o diffama il Presidente della Repubblica o chi a norma della Costituzione lo sostituisce è punito con la pena della reclusione fino a tre anni o con la multa”), valorizza, al secondo comma, il requisito della pubblicità come circostanza aggravante (“Se l'ingiuria o la diffamazione sono fatte mediante parole profferite pubblicamente, la pubblicazione di scritti o disegni, o con qualsiasi mezzo tecnico di comunicazione al pubblico, l'agente è punito con la pena della reclusione da sei mesi a tre anni o con la multa non inferiore a sessanta giorni”); in Slovenia, l'art. 163, par. 1, c.p., collocato – vale la pena segnalarlo – tra i delitti comuni “contro l'onore e la reputazione” (“Chiunque commette pubblicamente i reati di cui agli articoli da 158 a 162 di questo codice [ingiuria, diffamazione, calunnia] contro la Repubblica di Slovenia o contro il Presidente della Repubblica in relazione allo svolgimento delle sue funzioni è punito con la pena pecuniaria o con la pena della reclusione fino a un anno”).

⁴⁴ Cass. pen., sez. V, 23 maggio 2013, n. 37706, P.C. in proc. Rumiz, in *Ced rv.* 257255; ID., 12 ottobre 2004, n. 42643, Giuliani, in *Ced rv.* 230066; ID., 2 dicembre 1999, n. 2128, Vespa, in *Ced rv.* 215475; ID., 20 ottobre 1998, n. 13563, Senesi, in *Ced rv.* 212994. *Amplius*, in dottrina, A. PACE, *I singoli limiti oggettivi: il limite dell'onore e della reputazione. Il problema della satira. Il diritto all'identità personale. Il diritto all'oblio*, in *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 123-127.

sona fisica in favore del prestigio istituzionale, cui, pertanto, va rapportata la liceità della manifestazione satirica.

L'aspetto è stato attenzionato, di recente, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione ad una previsione incriminatrice parzialmente assimilabile a quella interna dell'offesa al Presidente della Repubblica. Il riferimento è, segnatamente, al delitto di "*offense au Président de la République*", punito in Francia, all'epoca dei fatti di causa, dall'art. 26 della legge 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa⁴⁵, e in virtù del quale un cittadino era stato condannato, alla simbolica pena della multa di trenta euro, per aver sollevato, durante il passaggio del corteo presidenziale nella città di Laval, un cartello sul quale appariva la scritta "*Casse toi pov'con!*" (traducibile come "fottiti, povero idiota!")⁴⁶. I giudici europei, in particolare, non hanno esitato a qualificare detta condotta come una critica espressa "nelle modalità dell'impertinenza satirica"⁴⁷; la frase, invero, proveniente da un soggetto con un passato di attivista politico, riprendeva le parole – che avevano avuto un'amplissima risonanza mediatica, anche in chiave umoristica – dello stesso presidente francese Nicholas Sarkozy, il quale, in questi termini, si era rivolto poco tempo prima, in occasione della visita al Salone dell'Agricoltura, ad un agricoltore che si era rifiutato di stringergli la mano.

La vicenda ha offerto alla Corte di Strasburgo l'abbrivio per richiamare la sua pregressa giurisprudenza in materia, orientata ad un atteggiamento prudenziale quando si tratta di accertare l'ingerenza dell'autorità pubblica nella libertà di espressione assicurata dall'art. 10 CEDU e, segnatamente, nel diritto ad esprimersi per mezzo della satira, che "per l'esagerazione e la deformazione della realtà che la caratterizzano, mira naturalmente a provocare e agitare"⁴⁸.

Nello specifico, in conformità ai limiti posti dal § 2 dell'art. 10 CEDU, detta ingerenza è consentita soltanto se "prevista dalla legge" e se "necessaria" nel contesto di una società democratica per attendere il legittimo obiettivo perseguito. Il riferimento, secondo la peculiare lettura datane in sede europea, allude alla rispondenza della limitazione della libertà espressiva ad un "bisogno sociale imperativo" ("*besoin social impérieux*"), il cui apprezzamento, in ultima istanza, spetta alla

⁴⁵ La fattispecie incriminatrice è stata abrogata dall'art. 21 della legge 5 agosto 2013, n. 211, recante "diverse disposizioni di modifica nel campo della giustizia in esecuzione del diritto dell'Unione europea e degli impegni internazionali della Francia".

⁴⁶ Così, I. GITTARDI, *Vilipendio al Presidente della Repubblica e libertà di espressione alla luce della Convenzione europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 giugno 2013, p. 1.

⁴⁷ Corte eur. dir. uomo, sez. V, 14 marzo 2013, Eon c. Francia, in <http://budoc.echr.coe.int>, § 60.

⁴⁸ Corte eur. dir. uomo, sez. V, 14 marzo 2013, Eon c. Francia, cit., § 60; cfr., altresì, ID., sez. II, 20 ottobre 2009, Alves da Silva c. Portogallo, in <http://budoc.echr.coe.int>, § 27; ID., sez. I, 25 gennaio 2007, Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, *ivi*, § 33.

Corte di Strasburgo, che deve verificarne, altresì, la “proporzionalità” rispetto allo scopo⁴⁹.

È proprio sulla scorta di tali parametri che, nel caso in esame, la Corte europea è pervenuta a riconoscere la violazione dell’art. 10 CEDU, atteso che – come rilevato espressamente – “sanzionare penalmente comportamenti come quello che ha avuto il ricorrente può avere effetti dissuasivi sugli interventi satirici che riguardano soggetti pubblici”, i quali, nondimeno, “svolgono un ruolo molto importante nel libero dibattito delle questioni di interesse generale senza cui non vi è alcuna società democratica”⁵⁰. Nella specie, dunque, “il ricorso alla sanzione penale da parte delle autorità competenti”, non solo risultava “sproporzionato rispetto allo scopo perseguito”, ma “neppure era [da ritenersi] necessario in una società democratica”⁵¹.

Com’è evidente, i giudici di Strasburgo non hanno puntato direttamente il dito sulla compatibilità convenzionale della contestata norma francese, pur mettendone di fatto in discussione il fondamento punitivo. La decisione europea – è noto – ha carattere “particolare”, in quanto concerne la violazione della Convenzione che il ricorrente assume essersi verificata nel caso concreto. È in relazione a tale implicito assunto, dunque, che la Corte ha avuto buon gioco nell’affermare, sulla base di rilievi più o meno condivisibili, che non risultava necessario verificare la conformità alla Convenzione della qualificazione penale francese, poiché essa “non ha prodotto alcun effetto particolare” sul ricorrente – che, difatti, avendo formulato un insulto al Presidente, non avrebbe potuto beneficiare né della scusante della provocazione, né dell’*exceptio veritatis* – “né ha conferito privilegi al Capo dello Stato rispetto al diritto di informazione e di espressione di opinioni a suo riguardo”⁵².

Così intesa, si riduce l’apparente distanza tra la pronuncia in esame e quella che ha dato àdito al più coraggioso intervento della Corte di Strasburgo nell’*affaire* Colombani⁵³, i cui principi sono stati pure evocati nella *dissenting opinion* di uno dei giudici europei⁵⁴. Detta pronuncia, invero, si è spinta a soste-

⁴⁹ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 7 novembre 2006, Mamère c. France, in <http://budoc.echr.coe.int>, § 19.

⁵⁰ Corte eur. dir. uomo, sez. V, 14 marzo 2013, Eon c. Francia, cit., § 61 e, ugualmente, ID., sez. II, 20 ottobre 2009, Alves da Silva c. Portogallo, cit., § 29.

⁵¹ Corte eur. dir. uomo, sez. V, 14 marzo 2013, Eon c. Francia, cit., § 62.

⁵² Corte eur. dir. uomo, sez. V, 14 marzo 2013, Eon c. Francia, cit., § 55.

⁵³ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 25 giugno 2002, Colombani e altri c. Francia, in <http://budoc.echr.coe.int>.

⁵⁴ Si tratta dell’opinione del giudice Ann Power-Forde nella citata vicenda *Eon c. Francia*, la quale, oltre a non concordare – analogamente al giudice Ganna Yudkivska – sul mancato riconoscimento di un indennizzo al ricorrente (la Corte aveva ritenuto di per sé sufficiente, quale equa soddisfazione, la constatazione della violazione), ha rilevato che, nella specie, si sarebbero dovuti

nere, senza mezzi termini, il carattere privilegiato, “inconciliabile con la prassi e le concezioni politiche odierne”, di altra norma francese – il delitto di “*offense publique à chef d’Etat étranger*” previsto dall’art. 6 della legge 29 luglio 1881 – in ragione delle peculiarità del caso concreto⁵⁵, posto che la violazione imputata non aveva permesso ai ricorrenti di dimostrare la verità delle allegazioni riportate in un articolo ritenuto offensivo nei confronti del re del Marocco.

Al di là delle specificità giurisprudenziali appena evidenziate, un dato resta, comunque, fermo. Alla base del recente intervento europeo vi è l’ampio riconoscimento riservato nel contesto della CEDU alla libertà espressiva, segnatamente nel settore dove tale garanzia riveste la massima importanza, ossia l’ambito “dei discorsi e dei dibattiti politici”⁵⁶. Da ciò discendono significative implicazioni pratiche, *in primis* precisi limiti nell’enucleazione di fattispecie incriminatrici restrittive della critica – e della satira – politica, di cui non si può non tenere conto anche nell’interpretazione delle norme nazionali. Su tale aspetto conviene, pertanto, soffermarsi.

5. Politica e “tolleranza”

Muovendo dall’esigenza di trovare un valido punto di equilibrio con la protezione della reputazione, egualmente garantita dalla Convenzione europea, in quanto riflesso del diritto al rispetto della vita privata (art. 8 CEDU), la Corte di Strasburgo viene a tutelare in modo specifico le critiche rivolte ai detentori del potere politico. In considerazione della dimensione pubblica dell’agire politico, come tale inevitabilmente esposto al controllo dell’opinione pubblica⁵⁷, si richie-

applicare gli stessi principi espressi nella sentenza *Colombani*. In entrambi i casi – sostiene il giudice Power-Forde – l’obiettivo delle infrazioni penali era quello di “conferire ai capi di Stato uno *status* giuridico speciale ‘sottraendoli alle critiche solo per la loro funzione o stato’, senza considerare [l’]interesse [della critica]”; si trattava, pertanto, di un “privilegio” inconciliabile “con la prassi e le concezioni politiche di oggi”, per cui “quale che sia l’interesse evidente, per ogni Stato, di assicurare il rispetto del suo capo o mantenere relazioni amichevoli con i leader di altri paesi, ‘questo privilegio oltrepassa ciò che è necessario per il raggiungimento di tale obiettivo’”, non rispondendo “ad alcun ‘bisogno sociale imperativo’ suscettibile di giustificare una tale restrizione”.

⁵⁵ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 25 giugno 2002, *Colombani* e altri c. Francia, cit., §§ 68-69.

⁵⁶ Corte eur. dir. uomo, sez. V, 14 marzo 2013, *Eon* c. Francia, cit., § 59; cfr. altresì, ID., 23 aprile 1992, *Castells* c. Spagna, in <http://budoc.echr.coe.int>, § 42.

⁵⁷ Si è osservato, in particolare, che “i limiti alla critica ammissibile sono più ampi nei confronti di un uomo politico, preso di mira per questa qualità, piuttosto che nei confronti di un privato: a differenza del secondo, il primo si espone inevitabilmente e consapevolmente a un attento controllo delle sue azioni sia da parte dei giornalisti, sia da parte di tutti i cittadini”; così, *ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, sez. V, 14 marzo 2013, *Eon* c. Francia, cit., § 59; ID., sez. plen., 8 luglio 1986, *Lingens* c. Austria, in <http://budoc.echr.coe.int>, § 42.

de, infatti, ai soggetti che operano in tale ambito una maggiore “tolleranza”⁵⁸, specialmente a fronte dell’esteriorizzazione di dichiarazioni che, di per sé, sono suscettibili di determinare critiche⁵⁹.

L’assunto si riflette sul piano del bilanciamento degli opposti interessi in gioco, posto che – come non si è mancato di rilevare – la reputazione del politico deve essere adeguatamente contemperata con l’interesse alla libera discussione su questioni politiche, nel senso che le stesse eccezioni alla libertà di manifestazione del pensiero, necessariamente, abbisognano di essere interpretate restrittivamente⁶⁰. In questa prospettiva, in particolare, l’esigenza di proteggere la reputazione del Capo dello Stato non potrebbe mai giustificare – ad avviso dei giudici europei – il conferimento a quest’ultimo di un privilegio o di una tutela speciale rispetto al diritto di informazione e di manifestazione di opinioni sul suo conto⁶¹.

Sulla scorta di tale *acquis*, non sono mancate sollecitazioni dirette ad una radicale revisione della fattispecie che incrimina, nell’ordinamento interno, le offese all’onore e al prestigio del Capo dello Stato⁶², peraltro fatte proprie anche da alcune recenti proposte di modifica legislativa ad oggi in discussione, orientate, in

⁵⁸ Cfr., Corte eur. dir. uomo, sez. I, 27 maggio 2004, Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonia, § 40; ID., sez. IV, 28 settembre 2000, Lopes Gomes da Silva c. Portogallo, § 30, entrambe consultabili sul sito <http://hudoc.echr.coe.int>, nonché ID., sez. plen., 8 luglio 1986, Lingens c. Austria, cit., § 42.

⁵⁹ Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 26 giugno 2007, Artun e GÜvener c. Turchia, in <http://hudoc.echr.coe.int>, § 26.

⁶⁰ Così, ancora, Corte eur. dir. uomo, sez. plen., 8 luglio 1986, Lingens c. Austria, cit., § 42.

⁶¹ Cfr., specificamente, Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 26 giugno 2007, Artun e GÜvener c. Turchia, cit., § 31, che, nel riconoscere la violazione dell’art. 10 CEDU da parte dell’art. 158 del codice penale turco, vigente all’epoca dei fatti e che puniva le offese al Presidente della Repubblica, ha ritenuto applicabili i medesimi principi di diritto del citato *affaire* Colombani, in quanto ciò che è stato ivi affermato con riferimento ai capi di Stato stranieri “vale a maggior ragione quando si tratta dell’interesse di uno Stato a proteggere la reputazione del proprio capo”. Cfr., altresì, Corte eur. dir. uomo, sez. III, 15 marzo 2011, Mondragon c. Spagna, in <http://hudoc.echr.coe.int>, §§ 55-56, che, in relazione all’art. 490, comma 3, del codice penale spagnolo, concernente l’incriminazione delle offese al re, ha operato un’ulteriore estensione di tali principi pure nel caso di una monarchia, come quella spagnola, dove il re occupa un ruolo del tutto peculiare; si è osservato, infatti che “la circostanza che il re rivesta una posizione di neutralità nel dibattito politico, una posizione di arbitro e di simbolo dell’Unità dello Stato, non può metterlo al riparo da ogni critica nell’esercizio delle sue funzioni ufficiali o – come nel caso di specie – in quanto rappresentante dello Stato, che egli simboleggia, soprattutto da parte di quanti contestano legittimamente le strutture costituzionali dello Stato, compreso il suo regime monarchico”.

⁶² Cfr., al riguardo, i §§ 44-47 del parere della “Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto” (c.d. Commissione di Venezia) sulla legislazione italiana relativa alla diffamazione (n. 715/2013), adottato nel corso della 97^a sessione plenaria tenutasi a Venezia il 6 e 7 dicembre 2013, nonché la copiosa giurisprudenza ivi richiamata; il documento è consultabile al link [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)038-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)038-e).

alcuni casi, verso l'abrogazione del delitto⁶³, in altri casi a mitigarne il trattamento sanzionatorio, invero rigoroso, posto che si prevede la reclusione fino a cinque anni (cfr., *infra*, § 6)⁶⁴.

Quale sarà la sorte dell'art. 278 c.p., è, comunque, innegabile che l'elaborazione giurisprudenziale di matrice sovranazionale finisce, di fatto, per condizionarne l'interpretazione entro i confini interni. Sotto questo profilo si rivela interessante la soluzione praticata in una recente pronuncia di merito che, proprio valorizzando la giurisprudenza maturata sull'art. 10, § 2, CEDU, piuttosto che invocare la scriminante dell'esercizio del diritto *ex art.* 51 c.p., ha ritenuto di dover propendere per una "valutazione unitaria" della condotta offensiva dell'onore e del prestigio del Presidente della Repubblica, che non releghi l'espressione del pensiero politico "ad una categoria meramente accidentale", a meno di non voler dare spazio a contraddizioni nell'ordinamento; invero – si è osservato – "la finalità politica dell'espressione complessiva che contiene l'offesa non può [...] essere penalmente stigmatizzata dall'ordinamento [...] che, per la sua essenza democratica, non può far altro che riconoscere la libertà di manifestazione del pensiero e, in principal modo, del pensiero politico"⁶⁵.

⁶³ Così il disegno di legge n. S. 667 ("Abrogazione dell'articolo 278 del codice penale, in materia di offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica"), di iniziativa del senatore Lello Ciampolillo e altri (M5S), presentato al Senato il 17 maggio 2013; il disegno di legge n. S. 1421 ("Abrogazione dell'articolo 278 del codice penale in materia di offese all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica"), di iniziativa del senatore Maurizio Gasparri (FI-PDL), presentato al Senato il 1° aprile 2014, nonché la proposta di legge n. C. 2544 ("Abrogazione dell'articolo 278 e modifica all'art. 595 del codice penale, in materia di offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica"), di iniziativa dell'onorevole Ignazio Larussa (FDI-AN), presentata alla Camera il 15 luglio 2014. Merita segnalare che nella direzione dell'abrogazione si sono orientati anche altri Stati europei; oltre alla Francia (cfr. *retro*, nt. 45), già nel 1998, nella Repubblica ceca, è stata abrogata la previsione incriminatrice della diffamazione del Presidente della Repubblica; in Slovacchia la legge n. 421/2002 ha abrogato l'art. 103 c.p., che incriminava, con la pena della reclusione fino a due anni, la "diffamazione pubblica del Presidente della Repubblica"; a Cipro, la legge n. 84(I)/2003 ha abrogato l'art. 46A c.p. che incriminava, con la reclusione fino a tre anni, l'offesa all'onore del capo dello Stato; da ultimo, la legge n. 23/2012 ha abrogato in Albania – paese candidato all'ingresso nell'Unione europea – l'art. 241 c.p. che incriminava, con la pena pecuniaria o la reclusione fino a tre anni, "l'ingiuria intenzionale nei confronti del Presidente della Repubblica".

⁶⁴ Si veda, al riguardo, la proposta di legge n. C. 1030 ("Modifica dell'articolo 278 del codice penale, in materia di offese all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica"), di iniziativa dell'onorevole Sergio Boccadutri e altri (SEL), presentata alla Camera il 22 maggio 2013.

⁶⁵ Trib. Rovigo, G.U.P. dott. Pietro Mondaini, 3 giugno 2014, n. 157, inedita, relativa all'offesa rivolta al Presidente Giorgio Napolitano ("noi i sacrifici li stiamo già facendo perché non abbiamo scelta, capito testa di c***o?"), inserita in un "tread" su un *social network* (Facebook), la quale prendeva le mosse da una precedente dichiarazione del Capo dello Stato con cui si richiama tutti al sacrificio per uscire dall'attuale crisi economica, e rispetto alla quale, secondo il giudice, l'imputata aveva inteso esprimere il proprio disappunto, non potendosi certamente ritenere la sua

Nella prospettiva, in esame, dunque, dovrebbe attribuirsi rilevanza penale unicamente “a tutti quei fatti di vilipendio che sono avulsi da ogni rapporto finalistico (o, se vogliamo, funzionale) con la manifestazione del pensiero politico di ciascun cittadino”; per converso, l’operatività della fattispecie di cui all’art. 278 c.p. dovrebbe essere relegata “a quei fatti che si pongono solo come contrasto aprioristico, immotivato (ivi compresa la presenza di motivazioni solo formali e irrilevanti politicamente) e, quindi, sostanzialmente, eversivo delle istituzioni che non consentono di individuarvi alcun valore democratico”⁶⁶.

L’idea di “tolleranza” ampiamente propugnata dai giudici di Strasburgo – merita peraltro sottolineare – non è del tutto sconosciuta ai giudici interni. Detto criterio, invero, compare espressamente proprio in una delle prime pronunce intervenute a seguito dell’allineamento dell’art. 278 c.p. all’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, e riguardante una delle vicende più eclatanti di applicazione del delitto in esame. Ci si riferisce alla pubblicazione sul settimanale “Candido”, di una vignetta dal titolo “Al Quirinale”, la quale raffigurava – con la sottostante didascalia “I corazzieri” – due filari di bottiglie di vino di marca “Nebbiolo” con lo stemma e la dicitura “Poderi del Senatore Luigi Einaudi in Dogliani (Piemonte)” e, sullo sfondo, una piccola figura di uomo con bastone, che, nelle intenzioni del caricaturista (Giovannino Guareschi) avrebbe dovuto impersonificare proprio l’allora Presidente della Repubblica.

Come noto, la Cassazione ha riconosciuto un carattere offensivo alla predetta vignetta⁶⁷. Diversa, però, era stata la valutazione dei giudici di merito⁶⁸, i quali, in-

esternazione strumentale e oppositrice dell’Istituzione presidenziale (o della persona fisica che la esprime); si trattava, in altri termini, di un pensiero politico, ancorché espresso in maniera non articolata ed apodittica.

⁶⁶ Così, ancora, Trib. Rovigo, G.U.P. dott. Pietro Mondaini, 3 giugno 2014, n. 157, cit., secondo cui, alla “mera e gratuita ricusazione dell’istituzione posta a vilta” possono assimilarsi: “1) lo strumentale, arbitrario e impertinente riferimento a posizioni politiche formulate solo per dare una parvenza di pensiero politico quando il fine dell’espressione è semplicemente e solo l’esposizione a vilta dell’istituzione; 2) l’espressione di disvalori costituzionali (quali, a titolo di esempio, quelli razzisti, eversivi, sovversivi, antinazionali, etc.”.

⁶⁷ Cass. pen., sez. I, 3 marzo 1952, n. 269, Guareschi, in *Giur. compl. cass. pen.*, 1952, p. 247, invero, ha rilevato che “se è lecito esporre, in relazione a dati di fatto veri, dei propri apprezzamenti, è certo, peraltro, che tali apprezzamenti non devono essere offensivi, in specie quando trattasi del Presidente della Repubblica”.

⁶⁸ Trib. Milano, 4 dicembre 1950, Guareschi e Manzoni, in *Riv. pen.*, 1951, p. 94 ss., con nota adesiva di A. BATTAGLIA, *Le offese al Capo dello Stato: offese o “lesa reverenza”?*, *ivi*, p. 103 ss., il quale non esita a sottolineare “la sconsideratezza con cui il Ministro di Grazia e di Giustizia ha concesso l’autorizzazione a procedere per un delitto di offesa al Capo dello Stato, contro un giornale umoristico, per una vignetta che poteva, al massimo, definirsi *irriverente*, ma che non era certo offensiva del Presidente Einaudi” (corsi nel testo). In merito alla pronuncia anzidetta, cfr., altresì, i motivi di appello del Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Milano (dott. Giuseppe

vero, a seguito di un ampio *excursus* sulla struttura dell'art. 278 c.p., nonché sulla rilevanza sociale dello “*ius narrandi*” in forma scherzosa, erano giunti ad una sentenza di proscioglimento (“perché il fatto non costituisce reato”). Oltre a rilevare l'inidoneità offensiva della vignetta incriminata a minare il prestigio presidenziale (che, peraltro, si riferiva ad un fatto vero, ossia ad una lecita attività produttiva dell'allora Presidente della Repubblica) e l'assenza dell'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie, i giudici milanesi hanno valorizzato, *ad abundantiam*, un terzo argomento in favore dell'assoluzione.

Si è osservato, infatti, che, nella specie, opererebbe come “causa oggettiva di giustificazione” il criterio della “tolleranza”, rimesso alla “estrema ponderata prudenza dal giudice”. Nella lettura datane dalla pronuncia milanese, in particolare, il termine assumerebbe un duplice significato. Sotto un primo profilo strettamente giuridico, invero, la tolleranza identificherebbe “una specie di consuetudine integrativa della norma penale [...] Essa varrebbe a escludere l'antigiuridicità penale escludendo cioè che possa essere considerata penalmente illecita una azione a cui dalla consuetudine è riconosciuta una facoltà giuridica (“*ius*” come “*facultas agendi*”)”. Sotto un secondo profilo non strettamente giuridico, la tolleranza potrebbe, comunque, “costituire una specie di correttivo umano all'eccessivo formalismo della legge” e servire, in tal senso “a smussare le eventuali angolosità del formalismo giuridico in relazione alla fattispecie concreta, venendo per così dire a creare quasi una specie di ‘zona di relazione intermedia’ tra i limiti della sfera di esercizio dello ‘*ius narrandi*’ in forma scherzosa e quelli della protezione penale di determinati beni giuridici (onore, prestigio)”⁶⁹.

Che i giudici di Milano avessero lo sguardo più lungo di Strasburgo?

Certo è che se si fossero seguite quelle sollecitazioni, date ora per consolidate in conformità ad input di matrice sovranazionale, probabilmente la paradossale vicenda di Giovannino Guareschi avrebbe potuto avere un epilogo differente e, magari, anche lui stesso avrebbe avuto un motivo – senz'altro ben diverso⁷⁰ – per brindare.

Giudice) e del Procuratore aggiunto presso il Tribunale di Milano (dott. Carmelo Spagnolo), entrambi pubblicati in *Riv. pen.*, 1951, rispettivamente a p. 230 ss. e p. 236 ss.

⁶⁹ Ancora Trib. Milano, 4 dicembre 1950, Guareschi e Manzoni, cit., che, comunque, in chiusura, non esita a lanciare l'invito “ad essere moderati ed avveduti nel commentare fatti del giorno sia pure sotto la veste lecita dell'umorismo e della satira, a seguire quindi un criterio di buon gusto e opportunità nel senso che è oggi più che mai opportuno che le istituzioni fondamentali della vigente Costituzione italiana siano risparmiate dagli strali”.

⁷⁰ Si allude al brindisi fatto per l'ingresso di Guareschi in carcere dal poeta Eugenio Montale, dal pittore Gianfilippo Usellini e dal dirigente della RAI Sergio Pugliese; cfr. <http://www.giovaninoguareschi.com/ta-pum/motu.htm>.

6. *Verso una riqualificazione in chiave personalistica delle offese presidenziali?*

La massimizzazione della libertà politica, anche grazie agli apporti della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha ridotto drasticamente lo spazio per la repressione delle condotte offensive rivolte al Presidente della Repubblica. Resta inteso in ogni caso che, pure a salvare la fattispecie nei termini in cui si è detto, l'attuale concreta configurazione del delitto di cui all'art. 278 c.p. appare, senza dubbio, "troppo" sul piano punitivo.

La cifra della dismisura è dettata, principalmente, ma non solo, dal problema commisurativo. Di sicuro la cornice edittale, da uno a cinque anni, è indice di una gravità non del tutto coerente con le fattispecie, pure se aggravate, poste a presidio dell'onorabilità individuale (ingiuria e diffamazione), e neppure con quelle che incriminano l'oltraggio. Si tratta di una tutela smodata anche in rapporto alle diverse – e più affini – ipotesi di vilipendio politico, tutte ancorate oggi unicamente alla comminazione di una sanzione di natura pecuniaria. Senza contare, poi, che la severità del trattamento sanzionatorio ha significative ricadute di ordine pratico. Invero, i limiti edittali della previsione incriminatrice in esame consentono, a norma dell'art. 280 c.p.p., l'applicabilità di misure cautelari personali, tra cui anche la custodia cautelare in carcere, nonché, ai sensi dell'art. 381 c.p.p., l'arresto facoltativo in flagranza; ancora, per le offese al Presidente della Repubblica non è possibile chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova *ex art. 168-bis* e ss. c.p.

Pure nel contesto europeo, il disposto dell'art. 278 c.p. si segnala in termini di rigidità; ad esso, infatti, sono assimilabili soltanto l'art. 299 del codice penale turco, che, nella versione modificata del 2005, riprende, per la verità, proprio la struttura della norma italiana, ivi compresa la perseguibilità del reato dietro l'autorizzazione del Ministro della giustizia, disponendo, per chi offende il Presidente della Repubblica, la pena della reclusione "da uno a quattro anni", incrementabile di un sesto se il fatto è commesso "pubblicamente", nonché talune ipotesi di "lesa maestà" ancora operative nelle attuali monarchie europee⁷¹. Non-

⁷¹ Il riferimento è, segnatamente, all'art. 111 del codice penale olandese, che sanziona l'"oltraggio doloso al re" con la pena della reclusione fino a cinque anni o con "la pena pecuniaria della quarta categoria" (cioè fino a 25.000 euro); all'art. 101, par. 2, del codice penale norvegese che, per le offese al re (o al reggente), prevede la pena della reclusione fino a cinque anni, per quanto poi il successivo art. 103 subordini la perseguibilità del reato ad un ordine del re o, comunque, al suo consenso; al capitolo 18, par. 2, del codice penale svedese, secondo cui la diffamazione e le offese al re o a un membro della famiglia reale o contro chi, in qualità di reggente, assolve le funzioni di capo dello Stato, sono punite "con la pena della reclusione fino a quattro anni, nel caso in cui la pena massima sarebbe stata altrimenti sei mesi di reclusione, e fino a sei anni di reclusione, nel caso in cui la pena sarebbe stata altrimenti superiore a sei mesi ma inferiore a quattro anni".

stante la coincidenza del limite massimo edittale (fino a cinque anni), risulta, invece, nel complesso, meno grave la norma tedesca che incrimina il “vilipendio del Presidente Federale” (“*Verunglimpfung des Bundespräsidenten*”); in questo caso, infatti, non solo la condotta offensiva risulta più circoscritta, in quanto deve essere realizzata “pubblicamente, in una riunione o tramite la diffusione di scritti” (“*Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften den Bundespräsidenten verunglimpft*”, art. 90, *Abs.* 1, StGB), ma è prevista, altresì, in modo espresso la possibilità per il giudice di mitigare, discrezionalmente, la pena – di regola, appunto, la reclusione da tre mesi a cinque anni – nei casi meno gravi (“*In minder schweren Fällen kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern*”, art. 90, *Abs.* 2, StGB), fermo restando che – come già ricordato – il reato in questione è perseguibile soltanto con l’autorizzazione dello stesso Presidente Federale (“*Die Tat wird nur mit Ermächtigung des Bundespräsidenten verfolgt*”, art. 90, *Abs.* 4, StGB).

Sotto questo profilo, pertanto, si possono senz’altro apprezzare gli sforzi compiuti nell’attuale legislatura, orientati a mitigare, in una prospettiva de *jure condendo*, il trattamento sanzionatorio dell’art. 278 c.p. Il riferimento è, segnatamente, al testo del disegno di legge AA. SS. n. 667 e n. 1421-A varato, di recente, dalla Commissione giustizia del Senato, il quale ha rivisto – apportandovi significative modifiche in sede emendativa – l’originario impianto di due iniziative legislative (A.S. n. 667 a firma del senatore Lello Ciampolillo, presentato il 17 maggio 2013 e A.S. n. 1421 a firma del senatore Maurizio Gasparri, presentato il 1° aprile 2014), formalmente distinte, ma, in realtà, identiche nel contenuto, posto che entrambe prevedevano un intervento di riforma consistente nella sola *abolitio criminis*⁷².

Il testo normativo in questione, invece, si è mosso in una direzione diversa. Invero, collegandosi idealmente agli interventi già operati dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85 sulle ipotesi di vilipendio, ha previsto la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria (multa da euro 5.000 a 20.000 euro), pur senza rinunciare del tutto ad essa. La sanzione detentiva, infatti, torna in auge se l’offesa consiste nell’attribuzione di un fatto determinato⁷³, ma con un compasso edittale inferiore di quello attuale, in quanto essa passa, nel suo limite massimo, da cinque a due anni e, nel suo limite minimo, da un anno a quindici giorni (ai sensi dell’art. 23 c.p.)⁷⁴.

⁷² Il testo del citato disegno di legge è reperibile al link <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/-BGT/00826231.pdf>.

⁷³ Sulle problematicità di tale concetto, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, 4ª ediz., Padova, Cedam, 2011, p. 213 ss.

⁷⁴ Nelle more della pubblicazione del presente lavoro, il disegno di legge AA. SS. n. 667 e n. 1421-A è stato approvato dal Senato il 4 giugno 2015 e trasmesso per l’esame all’altro ramo del Parlamento; cfr. http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0031670.pdf. Il testo adottato dal Senato si avvicina, in parte, a quello di un’altra iniziativa legislativa; si tratta della citata proposta di legge n. C. 1030, presentata alla Camera dall’onorevole Sergio Boccadutri il 22 maggio

Nessun intervento di modifica, però, è stato correlativamente effettuato sul disposto dell'art. 313 c.p. Conseguentemente, anche a seguito dell'eventuale riforma del delitto in esame, il Presidente della Repubblica, a fronte di offese a lui rivolte, continuerebbe a "subire" il processo penale, non potendo interferire nel meccanismo dell'autorizzazione all'autorità giudiziaria ad esercitare l'azione penale che si risolve, in pratica, in una valutazione discrezionale dell'interesse leso preliminare a quella che sarà compiuta in sede giurisdizionale. L'apprezzamento in questione, invero, è riservato all'esecutivo e, quindi, alla decisione politica della maggioranza, cui spetta, infatti, stabilire insindacabilmente se calare o meno l'arbitro *super partes* istituzionale nell'agone processuale.

L'esigenza di salvaguardare l'autonomia e l'indipendenza costituzionalmente riconosciuta all'organo presidenziale sarebbe stata forse meglio salvaguardata con un coinvolgimento nella decisione del soggetto stesso che ha subito la lesione, se non configurando – come pure si è prospettato – la richiesta di autorizzazione a procedere alla stregua di un atto di iniziativa presidenziale, rispetto al quale la controfirma ministeriale *ex art. 89 c.p.* assolve una funzione di controllo esterno, almeno condizionandola alla previa acquisizione del consenso del Presidente della Repubblica⁷⁵. In questo modo, del resto, si avvicinerrebbe la perseguibilità del reato alla previsione dell'art. 290 c.p. che, in effetti, attribuisce il potere di concedere l'autorizzazione a procedere direttamente all'organo leso (Assemblea costituente, Assemblee legislative o una di queste e, a seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 313, comma 3, c.p. nella parte in cui ciò non era previsto⁷⁶, anche Corte costituzionale).

2013, la quale si propone di mantenere l'attuale fattispecie di reato, prevedendo una pena pecuniaria (multa da euro 5.000 a euro 30.000) e la reclusione da uno a tre anni nel caso in cui il colpevole sia un pubblico ufficiale o se il reato sia stato compiuto durante una manifestazione politica svolta in un luogo pubblico o aperto al pubblico (cfr., per il testo, http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/-pdf/17PDL0012490.pdf).

⁷⁵ Per queste ipotesi ricostruttive, cfr., *amplius*, B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica e Ministro della Giustizia di fronte all'autorizzazione a procedere per il reato di offesa al Presidente (art. 278 c.p.)*, cit., p. 3302 ss. e, segnatamente, p. 3305, là dove, muovendo da una rilettura dell'art. 278 c.p. come reato a presidio dell'indipendenza dell'organo presidenziale, osserva che "l'autorizzazione a procedere potrebbe a sua volta rappresentare un ulteriore strumento dell'indipendenza del Capo dello Stato, consentendogli di apprezzare preventivamente la effettiva lesività dell'offesa che si riflette sulle funzioni e che ne minaccia l'esercizio imparziale [...] L'autorizzazione non sarebbe lo strumento che garantisce al Presidente il privilegio di sottrarsi, con decisione politica insindacabile, alla esposizione pubblica nel processo penale, bensì il mezzo che riserva all'organo minacciato nell'esercizio indipendente delle sue funzioni la definizione della *soglia di tollerabilità delle offese*" (corsivi nel testo).

⁷⁶ Corte cost., 17 febbraio 1969, n. 15, in *Giur. cost.*, 1969, p. 90 ss., con nota di F. MODUGNO, *Corollari del principio di "legittimità costituzionale" e sentenze "sostitutive" della Corte*, *ivi*, p. 91 ss.

Sul fronte riformatore rimane poi un ulteriore nodo da sciogliere. Ad oggi, infatti, non valgono rispetto alle offese presidenziali le esimenti della reciprocità e della provocazione che, in effetti, l'art. 599 c.p. riserva unicamente all'ingiuria e la diffamazione. Ma, soprattutto, non opera la prova liberatoria di cui all'art. 596, comma 3, c.p., anch'essa limitata soltanto ai due anzidetti delitti contro l'onore. Se, effettivamente, dovesse avere seguito la riformulazione della fattispecie nel senso di una valutazione differenziata, e più grave, delle offese che consistono nell'attribuzione di un "fatto determinato" al Presidente della Repubblica, siffatta esclusione difficilmente risulterebbe giustificabile in termini di ragionevolezza⁷⁷. Da qui l'opportunità di una sua estensione anche all'art. 278 c.p., sulla scorta, peraltro, di quella indicazione che, già qualche tempo fa⁷⁸, ha lanciato la Suprema Corte di cassazione, secondo cui, infatti, spetta al legislatore delineare le fattispecie astratte e, quindi, eventualmente rimuovere l'impossibilità di dedurre una certa tipologia di fatti a propria difesa che discende da una specifica previsione legale e non dalle modalità di esercizio della difesa nel processo.

⁷⁷ Sulla sottrazione dell'art. 278 c.p. alla disciplina dell'*exceptio veritatis*, cfr. già le osservazioni critiche di C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, Cedam, 1972, p. 138.

⁷⁸ Cass. pen., sez. I, 4 febbraio 2004, n. 12625, Liori, cit.

PAOLO VERONESI

L'OFFESA ALL'ONORE E AL PRESTIGIO DEL CAPO DELLO STATO:
SUI CHIAROSCURI DI UNA NORMATIVA
E DI UNA GIURISPRUDENZA DA RICALIBRARE

SOMMARIO: 1. L'“offesa all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica” nel più ampio quadro dei reati c.d. “di opinione”. – 2. La vera sostanza dell'“onore” e del “prestigio” di un organo monocratico *ex art. 278 c.p.*: la forza di un'endiadi. – 3. Due recenti vicende (tra conferme e problemi). – 4. Segue: un inciso sulla responsabilità del Presidente “che offende”. – 5. Un'“autorizzazione a procedere” che lascia perplessi”. – 6. L'inutile nostalgia per i Presidenti “di una volta”.

1. *L'“offesa all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica” nel più ampio quadro dei reati c.d. “di opinione”*

Diciamo così: il tenore testuale dell'art. 278 c.p. consente d'impostarne la corretta interpretazione adeguatrice senza dover affrontare il nodo della dubbia compatibilità costituzionale dei cosiddetti “reati di opinione” o il discusso tema del “diritto penale simbolico”.

L'elemento materiale dei reati ascrivibili alle categorie cui s'è appena fatto cenno è costituito infatti «dall'espressione di un'opinione, di un giudizio o di un sentimento, i quali... – al contrario, ad esempio, dei reati di ingiuria o diffamazione – non si giustificano con la necessità di salvaguardare l'onore, la reputazione o un diverso diritto fondamentale di un altro individuo»¹, bensì per l'obiettivo di proteggere un'idea, un simbolo o un “fattore d'integrazione” della collettività². Nel caso dell'offesa all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica – ecco la tesi – siamo invece (in buonissima parte) al di fuori di un simile quadro. Come meglio si dirà, l'art. 278 c.p. non punisce infatti la semplice manifestazione di un'idea o di una critica, sia pur disgustosa e variamente lesiva dell'“ordine pubblico ideale”, dell'“immagine” di un fondamentale organo statale o di uno specifico “simbolo” della comunità politica³. Esso sanziona invece quelle affermazioni

¹ V., ad esempio, E. LAMARQUE, *I reati di opinione*, in A.A.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino 2011, 141.

² Molto chiara, in tal senso, la sent. n. 231/2000, sul vilipendio della bandiera (punto 2 del *Considerato in diritto*).

³ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova 1992, 413.

che si traducono *anche* (e pressoché *inevitabilmente*) in un *vulnus* all'onore e alla reputazione della *singola* persona fisica che ricopre l'ufficio in discorso. In simili evenienze, la libertà di manifestazione del pensiero incrocia insomma un suo tipico e indiscutibile "limite implicito", finalizzato alla tutela di un bene costituzionalmente rilevante; lo stesso interesse che innerva, del resto, anche i reati di ingiuria e di diffamazione⁴. Non è poi del tutto priva di rilievo la circostanza per cui l'offesa si rivolge a una carica "visceralmente" monocratica: ma di questo si dirà meglio più avanti.

È pertanto vero che – com'è stato detto – il reato *de quo* sembrerebbe tutelare l'onore e il prestigio del Capo dello Stato non tanto come beni propri della persona fisica che ricopre la carica, bensì in riferimento alla (più eterea) personalità morale dell'istituzione. Tuttavia, nel medesimo contesto è stato altresì (e contraddittoriamente) aggiunto che un'offesa, per rientrare tra i comportamenti vietati *ex art. 278 c.p.*, dev'essere comunque «già di per sé preveduta come reato da altre norme incriminatrici»; e ciò varrebbe, ad esempio, per i delitti di ingiuria, diffamazione, o per qualunque altro delitto «che implichi l'offesa all'onore e al prestigio del soggetto passivo»⁵. Anche da queste considerazioni emerge perciò come le due facce di tale reato – in virtù della peculiare fisionomia dell'organo in discorso – siano indissolubilmente connesse: si ritornerà più oltre su questo punto.

In teoria, parrebbe invece decisamente più arduo giustificare la punibilità delle offese rivolte a un (troppo) generico "prestigio" presidenziale, posto che – com'è stato sottolineato – una delle preoccupazioni della democrazia «è la tutela della critica, non del prestigio, o della reverenza delle istituzioni»⁶: la libertà di pensiero – stante la sua natura squisitamente "individualistica" – non può infatti essere in alcun modo "funzionalizzata", "incanalata" o "strumentalizzata"⁷. Se intesa in senso ampio e indistinto, la "tutela del prestigio" (anche del Capo dello Stato) corre insomma il rischio di diventare un pericoloso *passe-partout* liberticida.

La Consulta – *sia pur in casi diversi da quello in esame*⁸ – non ha tuttavia esitato a ritenere legittime le varie fattispecie di "reato politico" fondate su quest'ultimo valore. Essa ne ha peraltro riletto le originarie ragioni di fondo, ricalibrandone sensibilmente la portata; ha così (di norma) adottato sentenze interpretative di rigetto che – sul punto – "ritagliano" i significati costituzionalmente compatibili delle varie fattispecie ereditate dal ventennio. Le sue decisioni non hanno tuttavia sempre

⁴ A. PACE, *Problematica*, cit., 389, 391.

⁵ Tra i tanti v. T. PADOVANI, *Codice penale*, t. 1, Milano 2011, 1869 e 1870.

⁶ P. BARILE, *Il "vilipendio" è da abolire*, in *Temi* 1969, 539.

⁷ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, 7 ss.

⁸ Si pensi al reato di cui all'art. 290 c.p. (Vilipendio della Repubblica, delle Istituzioni costituzionali e delle Forze armate) e alla relativa sent. n. 20/1974.

convinto: per molti commentatori essa avrebbe anzi “salvato” ciò che sarebbe stato bene espungere *in toto*. Ma tant'è: nulla l'ha mai fatta deflettere dal suo percorso rigorosamente “selettivo”; ciò non va quindi, in nessun modo, sottovalutato.

Così, anche quando le sentenze di cui sopra si sono appellate, *sic et simpliciter*, al “prestigio delle istituzioni” – annoverato senza indugi tra i beni costituzionalmente protetti – è però «sempre il pericolo di violenza che viene espressamente o implicitamente invocato, come minaccia all'ordine democratico e al godimento dei diritti costituzionali dei cittadini». Un pericolo – va detto – che è stato tuttavolta frequentemente “anticipato”, oltre che inteso spesso in un senso eccessivamente “astratto”, venendo agganciato alla generica eccitazione «di uno stato d'animo incline alla disubbidienza»⁹ o a una troppo teorica «esigenza di prevenire... turbamenti della sicurezza pubblica»¹⁰. La Corte ha però sostenuto che, «in vista dell'essenzialità dei compiti» affidati a taluni organi e istituzioni, è del tutto legittimo tutelarne penalmente il «prestigio» e proteggerli con più forza dal vilipendio, «anche perché non resti pregiudicato l'espletamento» delle rilevanti funzioni che questi sono chiamati a svolgere¹¹. Essa ritiene insomma che simili preoccupazioni poggino su basi costituzionalmente giustificate.

A questo proposito, la Corte ha in pratica affermato che sussiste una perfetta identità tra le condotte in tutto e per tutto “vilipendiose” e le offese destinate a intaccare il “prestigio delle istituzioni”¹². Anche nell'ipotesi dell'art. 278 c.p. – che al “prestigio” e non al “vilipendio” espressamente si riferisce – la lesione va pertanto punita solo se davvero debordante «nel tenere a vile, nel ricusare qualsiasi valore etico o sociale o politico all'entità contro cui la manifestazione [del pensiero] è diretta sì da negarle ogni prestigio, fiducia, in modo da indurre i destinatari della manifestazione... al disprezzo delle istituzioni o addirittura ad ingiustificate disobbedienze»; con ciò provocando un'«evidente e inaccettabile turbativa dell'ordinamento politico-sociale, quale è previsto e disciplinato dalla Costituzione vigente»¹³. Sono invece sempre consentite le «critiche, con forme ed

⁹ A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del pensiero – art. 21 Cost.*, Bologna-Roma 2006, 255.

¹⁰ V., ad esempio, le sentt. n. 19/1962 e n. 65/1970, che in tal modo limitano la libertà di manifestazione del pensiero.

¹¹ Così nella sent. n. 20/1974, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹² Si v., ad esempio (e ancora), la sent. n. 20/1974, nella quale la Corte identifica l'offesa al prestigio con il vero e proprio vilipendio (la *quaestio* esaminata nella sentenza si rifaceva proprio all'art. 290 c.p., che al vilipendio allude). Chiarissima è anche la sent. n. 199/1972, in cui si afferma che rientrano nelle facoltà di critica le «manifestazioni suscettibili di offendere il prestigio delle pubbliche autorità, fino a quando non varchino la soglia oltre la quale ricadono nel vilipendio» (punto 2 del *Considerato in diritto*).

¹³ V. ancora la sent. n. 20/1974, punto 5 del *Considerato in diritto*. Più di recente, un'identica definizione è richiamata anche nella sent. n. 531/2000.

espressioni anche severe, alle istituzioni vigenti e tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto quello funzionale (al caso attraverso le persone e gli organi che ne sono esponenti)», e così «propugnarne tutti i mutamenti che si ritengano necessari», ma senza mai “dare il là” ad atteggiamenti di puro vilipendio, finalizzati – in potenza – a rendere inoperanti fondamentali organi o poteri¹⁴.

Come anticipato, un margine assai sottile – ed è certo un problema di non poco conto – separa le classi di comportamento vietate o ammesse sulla base di simili definizioni. A molti non sembra infatti credibile ragionare di un “pericolo concreto” allorché sia in gioco solo la potenziale creazione di un già evocato “stato d’animo incline alla disobbedienza”, assunto come mero, «*eventuale* presupposto di futuri *probabili* comportamenti violenti»: in questi casi – sostengono – parrebbe incriminato nulla più che il contenuto del messaggio¹⁵.

“Contesto per contesto” saranno dunque i giudici ad accertare se il confine tra il lecito e l’illecito sia stato effettivamente superato, oppure se la critica anche “spinta” abbia in realtà ceduto il passo all’offesa e al vilipendio: con tutte le prevedibili *querelles* interpretative che il difficile dosaggio di simili fattispecie suscitano¹⁶. È infatti chiaro che un tale quadro normativo sembra fatto apposta per solleticare le predilezioni soggettive di ciascun operatore, esaltare la sua formazione politico-culturale, fomentare altalenanti applicazioni della legge¹⁷. Questi problemi – obiettano altri – sono peraltro nell’ordine delle cose e derivano da ineliminabili “zone grigie” dell’ordinamento, rinvenendosi anche in molte altre fattispecie¹⁸ (*in primis* – guarda caso – proprio nei reati presidenziali di “alto tradimento” e “attentato alla Costituzione”, previsti ma non definiti all’art. 90 Cost.)¹⁹. Un tale “braccio di ferro” è evidentemente destinato a perpetuarsi, con buone ragioni da entrambe le parti.

Come che sia – ed è ciò che più conta – l’atteggiamento sostanzialmente “conservatore” della giurisprudenza costituzionale sul tema *de quo* non ha serbato sorprese in passato né pare annunciarle per il futuro. Forse è pertanto realistico concludere che, su questi temi, *la nostra Costituzione* – sulla scia, a dire il vero, di

¹⁴ A. PACE, *Problematica*, cit., 405. Molto chiara, in tal senso, la sent. n. 20/1974, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili*, cit., 256 s.

¹⁶ Così A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili*, cit., 259.

¹⁷ E. LAMARQUE, *I reati di opinione*, cit., 161-163, che fornisce alcuni validi esempi.

¹⁸ In questo senso – proprio con riguardo all’art. 278 c.p. – v. Cass. pen., sez. I, 4 febbraio 2004 (dep. 16 marzo 2004), n. 12625.

¹⁹ Sul punto v., ad esempio, G. ZAGREBELSKY, voce *Procedimento d’accusa*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 905, il quale ragiona – al proposito – di «un compito non forse creativo ma concretizzatore da parte degli organi che intervengono nel procedimento d’accusa e poi di giudizio».

moltissime altre²⁰ – *ammette scelte legislative alquanto variegate*: da quelle pro-pense a creare una vera e propria “democrazia protetta ma non troppo” (la Corte ha infatti evitato di dare eccessiva pregnanza all’art. 54, comma 1, Cost.)²¹, a opzioni assai più liberali nei loro effetti (e tendenti cioè a ridurre di molto o addirittura ad azzerare lo spazio riservato a simili reati). In materia, la Costituzione sembra perciò tollerare, da un lato, la forgiatura di fattispecie del tutto autonome – come già avviene nel nostro ordinamento (anche nel caso dell’art. 278) – ovvero, all’opposto, il mantenimento dei soli reati tesi a proteggere le persone che ricoprono le singole cariche (eventualmente corredate da aggravanti o da sanzioni specifiche). Entro certi limiti – e momento storico per momento storico – spetterà quindi al legislatore verificare fino a qual punto lo stato di salute e il tasso d’integrazione del Paese tolleri circoscritte “chiusure” o più nette “aperture”; purché ovviamente si rimanga all’interno del compasso delle scelte compatibili con la Costituzione.

Chiamata dunque a esprimersi sul minimo edittale stabilito proprio dall’art. 278 c.p., la Corte si è liberata della relativa *quaestio* ribadendo che la norma «mira a preservare un valore di rango costituzionale, quale è il prestigio della stessa istituzione repubblicana e della unità nazionale che il Presidente della Repubblica come capo dello Stato è chiamato a rappresentare, sicché ben si giustifica la previsione di un trattamento sanzionatorio che adeguatamente scolpisca, anche nel minimo edittale, il particolare disvalore che assume per la intera collettività l’offesa all’onore e al prestigio della più alta magistratura dello Stato»²²: è ancora ed evidentemente il valore simbolico della carica, oltre che il generico timore di disubbidienze, disfunzioni diffuse e “crolli di sistema” a imporsi – nell’ottica, cioè, di una democrazia “quasi” protetta – senza tuttavia che ciò paia escludere a priori altre opzioni legislative di ben diverso segno (se solo s’imponessero).

Residua tuttavia un dubbio assai serio: in uno Stato di diritto la reclusione dovrebbe configurare un’*extrema ratio* cui ricorrere quando non s’intravedano altri strumenti utili alla bisogna²³: è davvero questo il caso? Esige ancora questi rimedi lo stato di salute della Repubblica italiana? La risposta può essere davvero sconcertante²⁴.

²⁰ Lo rileva anche la Corte, nella sent. n. 313/1995, punto 4 del *Considerato in diritto*. Ad esempio, il reato di “*offense au Président de la République*” è previsto anche in Francia, ed è stato altresì ritenuto compatibile con l’art. 10 Cedu dalla sentenza della Corte Edu, sez. V, 14 marzo 2013, ric. n. 26118/10, Eon c. Francia.

²¹ Lo osservano A. PACE, M. MANETTI, *Rapporti civili*, cit., 260.

²² Cfr. l’ord. n. 163/1996 (di manifesta infondatezza).

²³ A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre? I discorsi d’odio e la libertà d’espressione nel diritto costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it (15 luglio 2013), 12

²⁴ Ma si veda ora il disegno di legge A.S. n. 667, approvato, nelle more di pubblicazione del presente lavoro, dal Senato il 4 giugno 2015 (e attualmente all’esame della Camera), che opportunamente sostituisce la reclusione con una multa da 5.000 a 20.000 euro (salvo che l’offesa non

2. *La vera sostanza dell'“onore” e del “prestigio” di un organo monocratico ex art. 278 c.p.: la forza di un'endiadi*

Detto ciò – e come già si anticipava in apertura – esiste un “*surplus* di legittimazione” per il reato di cui all'art. 278 c.p. rispetto agli altri (controversi) illeciti collocabili nella sua stessa “famiglia” allargata.

La prima delle ragioni che più solidamente giustificano la legittimità della previsione *de qua* s'incunea proprio tra le righe dell'appena citata ordinanza n. 163/1996. E' infatti estremamente significativo che la Corte abbia qui menzionato l'offesa all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica come se queste espressioni dessero vita – appunto – a un'endiadi indissolubile. Non è dunque casuale che la Corte utilizzi, al riguardo, la congiunzione “e” in luogo della disgiuntiva “o” (la quale compare invece nell'art. 278 c.p.). Il reato in discorso dunque si consuma – sembra suggerire la Corte – nel momento in cui venga generata un'offesa simultanea all'onore e al prestigio del Capo dello Stato, ossia laddove venga usata strumentalmente la prima al fine d'intaccare il secondo bene tutelato, o s'aggredisca il secondo violando però anche l'onore della persona offesa²⁵. Così concepito – e come si suggeriva in apertura – il reato di cui all'art. 278 supera più agevolmente eventuali dubbi di legittimità: i valori che questa previsione intende proteggere sono infatti talmente immersi l'uno nell'altro che imporne una più netta distinzione sarebbe meramente retorico; l'interprete deve quindi coglierne la sostanza comune e irrelata²⁶.

A prescindere quindi dai persistenti (e giustificati) dubbi sulla tipologia della sanzione prescelta e sulla forbice edittale stabilita per il reato in discorso, ciò che davvero caratterizza l'art. 278 c.p. (rispetto ad altre fattispecie apparentemente analoghe) è insomma l'opportunità di proteggere da espressioni di disprezzo, di scherno, umilianti, ingiuriose e diffamatorie, il titolare *monocratico* di una carica che appare essenziale per il corretto funzionamento della forma di governo (specie – e non è affatto secondario – nei suoi momenti di crisi più acuta). Chiunque agisce offendendo l'onore e il prestigio del Presidente della Repubblica incide cioè, e innanzi tutto, su “una persona”, colpendone la dignità. L'obiettivo (o il risultato) dell'azione del reo è però quello di raggiungere anche altri traguardi; di “utilizzare” cioè la persona – *rectius*: una *specifica* persona, in

consista nell'attribuzione di un fatto determinato, nel qual caso si prevede la reclusione fino a due anni).

²⁵ G. MARCONI, voce *Presidente della Repubblica (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 249 s. e A. PACE, *Problematica*, cit., 405.

²⁶ S. ANTONELLI, *Le immunità del Presidente della Repubblica italiana*, Milano 1971, 115 e 146.

ragione della *specifica* funzione che svolge e dell'istituzione che incarna – per produrre conseguenze di più ampio raggio.

Da queste circostanze affiora dunque un innegabile «*quid pluris* che differenzia l'onore e il prestigio del Presidente della Repubblica dall'onore e prestigio di ogni singolo individuo»²⁷. La reale e tangibile offesa al Capo dello Stato non configura insomma solo «un'aggressione simbolica», né realizza – a ben vedere – un'insidia all'onore e alla reputazione di una persona esattamente come le altre; essa si nutre infatti dell'ambizione di attentare *contemporaneamente* al “sereno svolgimento delle funzioni” attribuite al suo peculiare “bersaglio”²⁸, generando la sua perdita di credibilità e di autorevolezza nei confronti dei destinatari dei delicati compiti che svolge²⁹ oltre che dell'intera cittadinanza.

Tale operazione è peraltro destinata a un più agevole successo proprio alla luce della natura rigorosamente monocratica della carica³⁰. Del resto, è la stessa Corte EDU ad aver affermato che la libertà di critica dev'essere più ampia se rivolta a un intero Governo che non a singoli uomini politici (com'è, nel nostro caso, *il Presidente*)³¹. Dal canto suo, la Consulta ha analogamente sottolineato «la specificità della posizione del Capo dello Stato»; un organo «collocato dalla Costituzione al di fuori dei tre tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche», il quale dispone di competenze che incidono sugli altri poteri, «allo scopo di salvaguardare, a un tempo, sia la loro separazione, che il loro equilibrio». Aggiungendo altresì che «tale *singolare caratteristica della posizione del Presidente* si riflette sulla natura delle sue attribuzioni, che lo differenziano dagli altri organi costituzionali»³². Ciò evidentemente giustifica la scelta legislativa di tutelarlo in modi assai più solidi di quanto non avvenga allorché l'offesa sia rivolta a un privato cittadino.

Chi davvero attenta all'onore e al prestigio del Presidente – sfociando nel vilipendio – si prefigge dunque di attaccare la persona per annullare o indebolire anche il «presupposto su cui si fonda il ruolo di controllo e garanzia del Presidente»³³; colpire insomma l'anello potenzialmente debole e immediatamente percepibile della forma di governo (incarnato com'è in un individuo) per mettere sabbia negli in-

²⁷ B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica e Ministro della giustizia di fronte all'autorizzazione a procedere per il reato di offesa al Presidente (art. 278 c.p.)*, in *Giur. cost.* 1996, 3304.

²⁸ Un interesse, quest'ultimo, ritenuto del tutto “apprezzabile” nelle sentt. n. 24/2004 e n. 262/2009.

²⁹ B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica*, cit., 3304.

³⁰ S. ANTONELLI, *Le immunità del Presidente*, cit., 115.

³¹ V., ad esempio, le sentenze Castells c. Spagna, 23 aprile 1992, n. 11798/85 (punto 46) e Sürek e Özdenir c. Turchia, 8 luglio 1999, n. 23927/94 e n. 24277/94 (punto 60).

³² Così nella sent. n. 1/2013, punto 8.2 del *Considerato in diritto*. Corsivi non testuali.

³³ B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica*, cit., 3305.

granaggi dell'intero sistema di cui esso – specie in determinate contingenze storiche – costituisce il perno³⁴.

Esistono quindi fondate ragioni per diversificare sensibilmente il trattamento penale dell'offesa all'onore e al prestigio del Capo dello Stato da quella rivolta alle Assemblee parlamentari, alle Forze armate, alla bandiera o ad altro emblema dello Stato. Come appena evidenziato, il Presidente della Repubblica è sostanzialmente “uno” e “solo”; in quanto tale esso appare quindi assai più vulnerabile. Egli è inoltre, e innanzi tutto, “una persona”, fatta oggetto di attacchi che sarebbero comunque penalmente punibili anche se diretti ad “altre persone”, ma che, nel caso, divengono ancor più gravi per gli effetti complessivi che gli autori strumentalmente si prefiggono o determinano. Di contro, l'aggressione a una religione o a un simbolo (come la bandiera, un emblema di Stato ecc.) non offende direttamente persone ma principalmente idee³⁵, mentre quella genericamente rivolta a un'Assemblea elettiva o alle Forze Armate è destinata a stemperarsi pressoché naturalmente nella complessa e articolata composizione delle realtà coinvolte; non sarebbe quindi illogico differenziare (anche notevolmente) le discipline di queste ipotesi. Né è sovrapponibile l'offesa recata alla Consulta e quella rivolta al Presidente: non solo in ragione del carattere non monocratico della prima, ma perché profondamente diverso è il loro ruolo. Il Presidente non è infatti un organo giurisdizionale “esterno” al sistema politico, il quale esaurisce il proprio compito nelle pronunce che di volta in volta è chiamato (del tutto eventualmente) ad adottare, bensì il continuo garante dei rapporti tra gli organi che formano i pilastri della forma di governo; colui che costantemente vigila sulla correttezza costituzionale degli atti e dei comportamenti dei diversi poteri dello Stato, attivandoli o reindirizzandoli quando indispensabile; il soggetto che incarna inoltre «un'istanza d'integrazione della comunità politica intorno ai valori costituzionali», e che costantemente «trasmette i contenuti di valore della Costituzione quale sede e condizione d'efficienza dei percorsi di unificazione», anche opponendosi – sempre da solo – «alle forze politiche egemoni e dei più influenti blocchi di potere quando questi si collochino fuori del tracciato costituzionale»³⁶. Egli è insomma la “chiave di volta” ma anche lo snodo più debole della “topografia dei poteri” di cui si ragionerà nel paragrafo finale: non già un attore *tout court* della politica bensì colui che vigila – a prescindere dai contenuti – che quest'ultima si dispieghi rispettando l'unità oltre che il pluralismo *della e nella* Costituzione. Non

³⁴ Da ciò deriva la piana «improponibilità» di analogie tra questa fattispecie e i delitti di oltraggio e di ingiuria: Cass. pen., sez. I, 12 febbraio 1996 (dep. 26 marzo 1996), n. 3069.

³⁵ Sulla difesa del reato di vilipendio alla bandiera v. la sent. n. 531/2000, punto 2 del *Considerato in diritto*.

³⁶ G. SCACCIA, *Il Presidente della Repubblica fra evoluzione e trasformazione*, Modena 2015, 20, 22, 24.

a caso è l'unica personalità cui il cerimoniale consente di non chinare il capo davanti alla bandiera (la quale, al contrario, s'inchina al suo cospetto)³⁷; perché la bandiera è solo un simbolo di ciò che lui (anche fisicamente) impersona e deve realizzare in concreto.

Se poi il Presidente “esonda” non mancano certo gli strumenti per reagire: lo si può fare oggetto di rilievi critici anche aspri e generalizzati, promuovere nei suoi confronti conflitti di attribuzione e finanche procedere alla sua messa in stato d'accusa. Senza tuttavia mai gettare il “bambino” (l'istituzione) con l'eventuale “acqua sporca” (l'improprio comportamento del titolare *pro tempore* della carica), e senza mai varcare il confine che separa la critica (magari implacabile) con il vilipendio (che ha sempre altri obiettivi).

3. *Due recenti vicende (tra conferme e problemi)*

Alla luce di quanto appena detto, appaiono quindi assai meno “eretiche” le due recenti vicende che – ai sensi dell'art. 278 c.p. – hanno interessato il sen. Francesco Storace e ventidue “commentatori” del blog riconducibile al Movimento 5 Stelle: il primo condannato in via definitiva a sei mesi di reclusione (con sospensione della pena); i secondi fatti oggetto di un'indagine per la quale l'allora Ministro della Giustizia (Rosanna Cancellieri) ha concesso l'autorizzazione a procedere alla Procura di Nocera Inferiore.

E' sufficiente ripercorrere i tratti della fattispecie che ha visto protagonista il sen. Storace – previa la necessaria autorizzazione a procedere rilasciata dall'allora Guardasigilli Mastella – per rendersi immediatamente conto che le affermazioni e i comportamenti offensivi in oggetto sarebbero risultati perseguibili anche se destinati a un comune cittadino³⁸. Lo lascia chiaramente intendere la stessa Corte costituzionale risolvendo il conflitto sollevato dal Tribunale di Roma avverso la delibera con cui il Senato tentò di sostenere l'insindacabilità delle dichiarazioni rese dal senatore. Nella sentenza n. 313/2013 – ribadendo la sua nota teoria del “nesso funzionale” – la Corte riscontra pertanto che le affermazioni dedotte in giudizio non solo non presentavano «alcuna attinenza con atti funzionalmente tipici riferibili allo stesso parlamentare» – collocandosi perciò del tutto al di fuori dell'art. 68, comma 1, Cost. – ma che, «nella specie, le espressioni utilizzate dal sen. Storace nei confronti del Presidente della Repubblica», evidenziavano «una indubbia eccentricità rispetto a ciò che possa intendersi per “opinione”».

³⁷ G. SCACCIA, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 49.

³⁸ Un'impietosa ricostruzione è in A. FILIPPINI, *La vicenda Storace-Montalcini-Napolitano: una cronaca*, in www.costituzionalismo.it (fasc. 3/2007).

Un tratto del tutto analogo presenta anche la vicenda che vede coinvolta la squadra dei ventidue commentatori pentastellati. È stato così fatto (giustamente) osservare che tra le centinaia di commenti offensivi postati sul loro blog nell'occasione "sotto i riflettori", ben più di ventidue parevano quelli probabilmente lesivi dell'onore e del prestigio del Capo dello Stato; e «si tratta comunque di affermazioni che sarebbero penalmente rilevanti qualunque fosse il soggetto passivo del reato, perché integranti gli estremi dei reati di ingiuria o di diffamazione, e per i quali risulterebbe difficile configurare la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto di critica o di satira politica»³⁹.

Questi episodi sollecitano comunque il riscontro di due "problemi" e riflettono un'ennesima "conferma". La "conferma" è da ricercarsi nel fatto che – come sopra ipotizzato – il delitto di cui all'art. 278 c.p., a differenza di altri della stessa genia, presenta ampie zone di contatto con altri reati della cui legittimità non si dubita; esso ingloba inoltre "onore" e "prestigio" in un *unicum* indistinguibile. I "problemi" si annidano invece – da un lato – nel richiamo all'art. 313 c.p., in base al quale non si può procedere per il reato di cui all'art. 278 senza l'autorizzazione del Ministro della giustizia (e non già del Presidente offeso): è una questione che va attentamente esaminata, dando luogo a un evidente dubbio di costituzionalità. Dall'altro, occorre chiedersi se, essendo onore, prestigio e reputazione così inestricabilmente fusi nella previsione dell'art. 278, sia davvero lecito escludere – in questa fattispecie, e sulla scia (va detto) di quanto previsto anche in altri ordinamenti – la c.d. *exceptio veritatis*. Non converrebbe – *rectius*: non sarebbe costituzionalmente indispensabile – prevedere un'opportuna estensione di tale istituto anche nell'ipotesi *de qua*?

4. *Segue: un inciso sulla responsabilità del Presidente "che offende"*

Da simili vicende emerge però anche l'esigenza di evitare false impressioni sempre all'erta: non esiste un'effettiva sperequazione tra il trattamento delle offese rivolte al Presidente e quello riservato al Capo dello Stato che offende.

In primo luogo, va sottolineato che l'art. 90 Cost., sancendo l'irresponsabilità del Presidente per gli «atti compiuti nell'esercizio delle funzioni», non copre affatto ogni suo "eccesso". Interpretazioni e applicazioni giurisprudenziali orientate in questo senso sono ormai un ricordo del passato. Nella sent. n. 154/2004 – sulla scia di una corposa dottrina – la Corte ha infatti bocciato l'idea per cui tutti gli atti extrafunzionali del Capo dello Stato dovrebbero ritenersi coperti dall'irresponsabilità so-

³⁹ A. GITTARDI, *Vilipendio al Presidente della Repubblica e libertà di espressione alla luce della Convenzione europea*, in *www.penalecontemporaneo.it* (19 giugno 2013), 6.

lo perché posti in essere durante il mandato; analogamente, essa ha rifiutato l'idea per cui una del tutto generica connessione alla carica (o una mera contestualità rispetto al compiersi di momenti ufficiali) sarebbe sufficiente a far scattare la garanzia per qualsivoglia azione o "esternazione" presidenziali.

L'irresponsabilità del Presidente sorge invece al compimento di atti funzionali o nei confronti di espressioni del pensiero *strettamente connesse* alla funzione. Sono tali tutti gli atti per i quali è richiesta la controfirma *ex art. 89 Cost.*, ovvero le esternazioni e le prese di posizione inscindibilmente legate ai compiti istituzionali del Presidente (in quanto siano cioè «dichiarazioni strumentali e accessorie» rispetto all'esercizio di funzioni comunque tipiche). Per il Presidente può inoltre ribadirsi quanto la stessa Corte costituzionale ha sottolineato in più d'una delle sue sentenze *ex art. 68, comma 1, Cost.*: è tutto da provare che le eventuali minacce e le offese personali da lui eventualmente pronunciate, anche nell'esercizio o a difesa delle prerogative presidenziali, costituiscano opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni (e perciò immuni)⁴⁰.

Si tratta – com'è chiaro – dell'ennesima applicazione (riveduta e adattata) della teoria del "nesso funzionale", costantemente praticata dalla Corte per circoscrivere le insindacabilità parlamentari di cui all'art. 68, comma 1⁴¹ e le irresponsabilità ministeriali *ex art. 96 Cost.*⁴². Per tutto quanto va collocato all'esterno di questo circuito – afferma la Corte – il Capo dello Stato risponde insomma come se fosse un qualunque cittadino; né potrà giustificarsi asserendo che le sue dichiarazioni erano «volte a difendere la persona fisica del titolare della carica», tutelarne il prestigio o la "legittimazione"⁴³. Pertanto, anche la critica politica formulata dal Presidente, «pur potendo contemplare toni aspri o di disapprovazione, più pungenti ed incisivi rispetto a quelli comunemente adoperati nei rapporti interpersonali fra privati cittadini, comunque non deve trasmodare nell'attacco personale e nella pura contumelia e non deve ledere il diritto altrui all'integrità morale»⁴⁴: prova ne siano i "punti di diritto" sanciti nelle sentenze della Cass. civ., sez. III, 6-27 giugno 2000, n. 8733 e n. 8734 (a coronamento del noto "caso Cossiga")⁴⁵. Chi si sentisse offeso può insomma attivare le sedi giurisdizionali e trovare anche soddisfazione, come testimoniano i precedenti appena evocati.

⁴⁰ V., ad esempio, le sentt. n. 421/2002 e n. 51/2002.

⁴¹ Un inattaccabile filone giurisprudenziale che prende abbrivio dalle sentt. n. 10 e n. 11/2000.

⁴² Da ultimo v. la sent. n. 29/2014.

⁴³ Sent. n. 154/2004, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2010 (ud. 2 dicembre 2009), n. 4325, che conferma la condanna al risarcimento dei danni morali comminata all'ex Presidente Cossiga.

⁴⁵ Su tale vicenda (e sui suoi esiti sfavorevoli all'ex Presidente) v. da ultimo – e per tutti – A. SPERTI, *La responsabilità del Presidente della Repubblica*, Torino 2010, 93 ss.; A. GIGLIOTTI, *La responsabilità del Capo dello Stato per gli atti extrafunzionali*, Milano 2012, 143 ss. e M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato*, Milano 2012, 99 ss.

5. Un'“autorizzazione a procedere” che lascia perplessi

Come già accennato, l'“autorizzazione a procedere” del Ministro della giustizia è assolutamente indispensabile per perseguire chi si macchia del reato di cui all'art. 278 c.p. (e di altri analoghi illeciti): l'art. 313 c.p., a tal proposito, non lascia scampo.

Tale istituto stimola tuttavia fondati sospetti di opportunità e – ciò che più conta – d'incostituzionalità, anche se la sua *ratio* è stata comunque più volte giustificata: è infatti certo che l'onore e il prestigio delle istituzioni può talvolta essere meglio tutelato non curandosi troppo di certi accusatori e di certi strali⁴⁶. Il clamore del processo penale potrebbe infatti risolversi in un danno più grave dell'offesa subita⁴⁷; d'altro canto – come già teorizzato da un tal Goebbels – ripetere indefessamente una menzogna è strategia utile a trasformarla in “verità”.

In un simile quadro, l'“autorizzazione a procedere attiva” del Ministro della giustizia⁴⁸ costituisce insomma il punto di confluenza tra due interessi collidenti: quello punitivo dello Stato al cospetto di un determinato illecito, e quello vantato da soggetti predeterminati a non perseguire, talvolta, il reato stesso⁴⁹. E' la tutela delle istituzioni a costituire insomma l'*humus* di questi reati; è sempre l'idonea protezione delle stesse a consigliare un'attenta selezione della loro perseguibilità/procedibilità⁵⁰. «L'istituto dell'autorizzazione a procedere mira» insomma «a sancire la prevalenza del secondo» interesse «sul primo, basandosi sulla considerazione che l'interesse di alcuni ben determinati soggetti» (tra i quali il Presidente della Repubblica) «deve essere ritenuto prevalente, per motivi di opportunità volta a volta da valutare»⁵¹.

Mutatis mutandis, l'autorizzazione a procedere è dunque un istituto che trae alimento dallo stesso terreno da cui sorge il “segreto di Stato”⁵². La relativa decisione non può quindi essere oggetto – per sua stessa natura – di nessuna impugnazione⁵³; essendo un atto politico libero nei fini (e non semplicemente discre-

⁴⁶ P.A. CAPOTOSTI, *Ordinamento costituzionale e autorizzazione a procedere per i reati di vilipendio politico*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano 1977, 67.

⁴⁷ Così nella sent. n. 22/1959.

⁴⁸ Sulle c.d. autorizzazioni a procedere “attive” (previste, cioè, in virtù del ruolo pubblico dell'offeso del reato) e “passive” (giustificate dal ruolo ugualmente pubblico dell'imputato) v., per tutti, B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica*, cit., 3288.

⁴⁹ P. CAVALERI, *L'autorizzazione a procedere ex art. 313, comma 3, c.p. nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.* 1971, I, 2072.

⁵⁰ Sul dibattito circa la natura dell'autorizzazione a procedere *ex art.* 313 c.p. v. M. GULLINO, *Le condizioni di procedibilità: compatibilità con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Diritto & formazione* 2002, 1240 s.

⁵¹ P. CAVALERI, *L'autorizzazione a procedere*, cit., 2072.

⁵² B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica*, cit., 3294.

⁵³ E. CASSETTA, voce *Autorizzazione a procedere*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 522.

zionale)⁵⁴, nessun limite oggettivo ne traccia e ne circoscrive i suoi più specifici criteri di applicazione⁵⁵.

Da tali caratteri scaturisce però anche il naturale timore di abusi, assieme alla fondata eventualità che il suo utilizzo venga piegato a un esercizio del tutto partigiano⁵⁶: per quanto concerne il reato di cui all'art. 278 c.p., concedere l'autorizzazione potrebbe quindi evidenziare una particolare suscettibilità per le offese pronunciate nei confronti di "quel" Capo dello Stato, così come – all'opposto – la contraria volontà che queste siano opportunamente ripetute e portate all'attenzione dell'opinione pubblica per meglio indebolirlo. La copertura ministeriale potrebbe perciò garantire gli "amici politici" del Guardasigilli e dello stesso Esecutivo (allorché attacchino un Presidente della Repubblica poco malleabile e sgradito), proteggere interessi particolari e creare ingiustificate disparità di trattamento, oppure – al contrario – fungere da "spada di Damocle" per i più fieri avversari di un autentico "amico" della linea politica governativa⁵⁷. Volta per volta si potrebbe insomma brandire il bastone o la carota. La prassi è infatti – sostiene qualcuno – nel segno di un rilascio di tali autorizzazioni per ragioni squisitamente politiche e non già istituzionali; operazioni caratterizzate insomma – secondo le circostanze – dallo scopo d'intaccare la credibilità delle forze politiche vicine agli organi vilipesi o dall'intento di stigmatizzare coloro che hanno sferrato l'attacco⁵⁸.

Si tratta di "corto-circuiti" che hanno spesso suggerito la soppressione dell'istituto (già da tempo ritenuto un vero e proprio «relictto storico»⁵⁹), o – quanto meno – di sottoporlo a una robusta revisione critica⁶⁰. Da essi sarebbe inoltre sorta la prassi – non si sa se davvero in vigore – tendente a concepire l'autorizzazione come un "atto complesso" (subordinato cioè anche all'assenso presidenziale)⁶¹. Né è mancato chi ha (paradossalmente) proposto di utilizzarne la struttura per azzerare – attraverso una tacita convenzione tra poteri – «le incriminazioni degli anacronistici e, per certi versi, incostituzionali reati di vilipendio politico, mediante l'uso assolutamente generalizzato e indiscriminato del potere di rifiuto di autorizzazione al procedimento»⁶².

⁵⁴ Cfr. Cass. pen., sez. I, 28 settembre 2010 (dep. 23 dicembre 2010), n. 45074.

⁵⁵ V. ONIDA, *Autorizzazione a procedere e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.* 1971, 742.

⁵⁶ Tra i tanti, v. P.A. CAPOTOSTI, *Ordinamento costituzionale*, cit., 87.

⁵⁷ V., per tutti, M. MIDIRI, voce *Autorizzazione a procedere*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, 1997, 5.

⁵⁸ Ancora P.A. CAPOTOSTI, *Ordinamento costituzionale*, cit., 87.

⁵⁹ S. GRASSI, *L'autorizzazione a procedere per il vilipendio della Corte costituzionale. Una sentenza "creativa" o una sentenza "pregiudicante"?*, in *Mon. dei trib.* 1969, 759.

⁶⁰ A. PIZZORUSSO, *Scricchiolii sempre più forti dell'istituto dell'autorizzazione e procedere*, in *Giur. cost.* 1973, 100. Sulla riforma del reato *in itinere*, v. *supra* nota 24.

⁶¹ B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica*, cit., 3303.

⁶² P.A. CAPOTOSTI, *Ordinamento costituzionale*, cit., 87.

La linea seguita dalla Corte costituzionale è comunque di tutt'altro tenore. Essa ha infatti più volte difeso l'esistenza dell'autorizzazione, senza tuttavia dare prova di una convincente «ricchezza d'analisi»⁶³. La Consulta si è inoltre rifatta alla *ratio* originaria di tale istituto per plasmarne talune messe a punto: per salvarlo dunque, non già per affossarlo.

È quanto è avvenuto nella sentenza n. 15/1969, la sola che – sin qui – abbia prodotto un vero e proprio “cambio di verso” nella titolarità del potere di concedere l'autorizzazione *de qua*. In tale pronuncia la Corte ha infatti dichiarato l'illegittimità dell'art. 313, comma 3, c.p., nella parte in cui – con riguardo al reato di vilipendio della Corte costituzionale – esso attribuiva una simile prerogativa al Ministro anziché alla Corte costituzionale stessa.

Dopo l'avallo acritico dell'istituto, posto in essere dalla sentenza n. 22/1959, la sentenza n. 15/1969 fece insomma presagire una sua funzione da «apripista» per un ulteriore e radicale «processo di distribuzione del potere di autorizzazione»⁶⁴. Non è stato così: simili auspici hanno infatti cozzato contro il solido argine edificato dalla successiva sentenza n. 142/1973.

La Corte ha dunque sin qui respinto tutte le *quaestiones* di legittimità sull'art. 313 c.p. che ne denunciavano il contrasto con il principio di uguaglianza⁶⁵, con il principio del giudice naturale, con l'indipendenza della funzione giurisdizionale, con la riserva di giurisdizione⁶⁶, con il diritto di difesa⁶⁷, con i principi di legalità delle pene e dell'obbligatorietà dell'azione penale⁶⁸: non ha convinto tutti, ma questo è – ancora una volta – il costante *trend* delle sue pronunce⁶⁹. Né la Corte si è pronunciata sul merito della censura riguardante la mancata previsione di un termine per l'esercizio del potere autorizzatorio del Ministro (che concede a quest'ultimo la possibilità di mantenere nel limbo tali processi); la decisione d'inammissibilità della *quaestio* che sollevava il problema non ha tuttavia nasco-

⁶³ P.A. CAPOTOSTI, *Ordinamento costituzionale*, cit., 72.

⁶⁴ P. CAVALERI, *Autonomia e indipendenza della Magistratura: ancora un “no” della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1973, 2073, che cita altresì le previsioni di A. PIZZORUSSO, *Scricchiolii sempre più forti*, cit., 99.

⁶⁵ Di un'uguaglianza che si riduce così a un'eguale sottoposizione all'arbitrio del Ministro ha ragionato V. ONIDA, *Autorizzazione a procedere*, cit., 736.

⁶⁶ In quanto il potere del Guardasigilli non sarebbe comunque assimilabile a un'azione penale, né agirebbe sul suo libero esercizio: sentt. n. 17 e n. 142/1973.

⁶⁷ Perché non esisterebbe, nel caso, un diritto dell'indiziato a essere sottoposto al processo penale: sentt. n. 17/1973.

⁶⁸ Perché l'ordinamento può legittimamente stabilire che l'azione penale venga esercitata solo in presenza di determinate condizioni: sentt. n. 22/1959.

⁶⁹ B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica*, cit., 3296. Per una rassegna ragionata v. anche M. MIDIRI, voce *Autorizzazione a procedere*, cit., 5.

sto l'«opportunità che il legislatore intervenga a regolare una situazione così anomala»⁷⁰.

È peraltro essenziale – com'è esplicitato a chiare lettere nella citata sentenza n. 15/1969 – che la disciplina in discorso “indovini” il soggetto davvero competente a esprimersi sull'autorizzazione. Se è insomma valido il principio che fa da nerbo alla decisione contenuta nella pronuncia del 1969, va da sé che – di norma – i titolari del potere di autorizzare dovrebbero essere i veri portatori dell'interesse protetto, ai quali soli spetterebbe compiere tutte le valutazioni del caso.

In tale ottica, quanto impedisce alla Corte di seguire la logica della sentenza n. 15/1969 anche nel caso affrontato nella successiva decisione n. 142/1973 (e in altre sue pronunce), è dunque la specifica natura e la peculiare fisionomia del potere coinvolto nella *quaestio*. Nella circostanza ha influito insomma l'idea che il C.S.M. non sia un organo propriamente costituzionale, oltre che l'obbiettiva difficoltà di assumerlo come il vero rappresentante dell'ordine giudiziario, il definitivo titolare dell'interesse a tutelarne il prestigio e il vero “padrone” della conseguente scelta di attivarsi in tal senso⁷¹.

Questi argomenti, peraltro non privi di smaccate incongruenze – davvero il Ministro della giustizia garantisce l'adozione di scelte tese sempre e soltanto a tutelare l'ordine giudiziario? – non sono però affatto spendibili sul ben diverso fronte dell'art. 278 c.p. Con riguardo all'autorizzazione a procedere per le offese all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica, vale infatti (alla lettera) quanto la Corte ha nettamente sancito nella sentenza n. 15/1969: assegnando al Ministro, anziché allo stesso Capo dello Stato, il potere di decidere sull'autorizzazione di cui all'art. 313 c.p., tale norma si pone in netto contrasto con la posizione d'indipendenza e d'autonomia del Presidente, quale risulta dalle disposizioni costituzionali che ne disciplinano il ruolo, i poteri e le funzioni. Anche perché i rapporti tra Capo dello Stato e Governo potrebbero essere tutt'altro che idilliaci. Né si comprende perché tale “valutazione di opportunità” debba essere riconosciuta alla Corte (con riguardo alla tutela di se stessa) e non già all'altro organo di garanzia costituzionale previsto dal nostro ordinamento. Più che «una semplice disarmonia nel sistema costituzionale», questa disparità di trattamento si pone dunque, più propriamente, «in contrasto con esso»⁷². Il Presidente può quindi autonomamente decidere di promuovere “laceranti” conflitti

⁷⁰ Sent. n. 228/1985.

⁷¹ B. PEZZINI, *Presidente della Repubblica*, cit., 3298. Si schiera pertanto (sostanzialmente) a favore della pronuncia S. BARTOLE, *In tema di autorizzazione a procedere per vilipendio dell'ordine giudiziario*, in *Giur. cost.* 1973, 1416 ss.

⁷² Così, testualmente, nella sentenza n. 15/1969.

di attribuzioni tra poteri dello Stato⁷³ o di resistere strenuamente in essi, ma diviene un *minus habens* allorché si tratti di valutare se sia opportuno procedere o no nei confronti di chi ne offende l'onore e il prestigio; può liberamente agire in giudizio o essere chiamato a rispondere degli illeciti commessi al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni, ma è irrimediabilmente posto sotto tutela allorché venga in gioco la protezione della funzione che riveste (oltre che di se stesso in quanto Capo dello Stato). In simili asimmetrie si coglie che qualcosa evidentemente non funziona.

6. *L'inutile nostalgia per i Presidenti "di una volta"*

Che il conto non torni è del resto confermato dalla sempre più evidente natura dell'organo protetto dall'art. 278 c.p.: una questione assai complessa alla quale si può qui soltanto accennare. Sin dalle prime Presidenze repubblicane è parso infatti chiaro che classificare la carica in discorso secondo la dicotomia "organo di garanzia/organo d'indirizzo politico" sembra assolutamente riduttivo⁷⁴. Suggestiva – in tal senso – è la nota metafora che vede il Presidente della Repubblica titolare di poteri "a fisarmonica": a seconda del momento, della forza dei partiti politici, del più o meno condiviso rispetto delle regole costituzionali e dei tentativi di forzatura del "sistema", i margini d'intervento del Presidente tendono evidentemente ad aumentare o ad azzerarsi, a suscitare contrasti o accomodamenti⁷⁵. Se è insomma senz'altro vero che lo «spazio topologico della forma di governo parlamentare è quello che unisce tre punti – i tre organi politici: Parlamento, Governo, Presidenza della Repubblica», è anche vero che la forma di tale triangolo può opportunamente espandersi o contrarsi purché non perda la sua natura di figura chiusa a tre vertici e tre lati. E' quanto è accaduto nella forma di governo italiana: governi e parlamenti deboli, delegittimati, inerti o impropriamente attivi hanno prodotto Presidenti forti che hanno agito a protezione del sistema costituzionale; governi forti hanno invece ridimensionato i poteri d'intervento del Capo dello Stato (almeno sin quando non hanno tentato di forzare le soglie del legittimo)⁷⁶. Ciò è avvenuto senza che il triangolo di cui sopra sia stato sin qui lacerato, e spesso (non sempre) ciò è accaduto proprio grazie al saggio esercizio dei poteri di

⁷³ Si pensi ai recenti conflitti sul "potere di grazia" (sent. n. 200/2006) e sull'utilizzabilità delle intercettazioni casuali del Capo dello Stato (sent. n. 1/2013).

⁷⁴ A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Quad. cost.* 2013, 287.

⁷⁵ Per una rapida ma efficace sintesi dell'azione delle varie Presidenze v. G. PASQUINO, *L'elasticità della Presidenza della Repubblica*, in *Quad. cost.* 2013, 111 ss.

⁷⁶ R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia delle forme di governo*, in *Quad. cost.* 2013, 8 s.

“chiusura” del Capo dello Stato: il modello, nella sua “elasticità” (e tra alti e bassi), ha quindi sinora tenuto.

Insomma, l’idea di un Presidente-notaio non regge più (né, a dire il vero, ha mai retto). Al Capo dello Stato è richiesto invece un impegno sempre più attivo a fronte di comportamenti, atteggiamenti e atti palesemente in contrasto con la Costituzione, oppure per reagire alle emergenze e alle evidenti inadeguatezze del sistema politico (che proprio i Presidenti hanno dovuto spesso riportare in carreggiata); e così per dare un qualche appoggio – anche grazie alla sua immediata riconoscibilità – a istituzioni e poteri che sembrano via via assumere atteggiamenti sempre più “liquidi”. Anche da questo punto di vista pare quindi davvero incongruo sottrarre al Presidente il potere di esprimersi sull’autorizzazione a procedere per il reato di cui all’art. 278 c.p.: una valutazione che attiene addirittura alla cornice dell’istituzione che incarna – e all’effettività dei poteri che potrà poi esercitare – deve spettare all’organo che quelle prerogative dovrà eventualmente far valere, magari proprio per sopperire all’inadeguatezza o alla malafede di chi (paradossalmente) l’istituto *de quo* rende invece padrone del suo “destino”.

Diritto vivente
*Il luogo pubblico e
aperto al pubblico “virtuale”*

GIULIA CHECCACCI

FACEBOOK COME UN LUOGO PUBBLICO:
UN CASO DI “ANALOGIA DIGITALE” IN MALAM PARTEM

1. *Il caso: Facebook da mezzo a luogo del reato*

Chiamata a giudicare la configurabilità o meno del reato di molestie – a sfondo sessuale – commesse tramite l'utilizzo di Facebook, in una recente sentenza la Corte di Cassazione ha affermato che il social network costituisce un “*luogo pubblico o aperto al pubblico*” dal momento che esso si presenta come un “*‘luogo’ virtuale aperto all'accesso di chiunque utilizzi la rete [...] una sorta di agorà virtuale. Una ‘piazza immateriale’ che consente un numero indeterminato di ‘accessi’ e di visioni, resa possibile da un'evoluzione scientifica, che certo il legislatore non era arrivato ad immaginare*”¹.

Come noto, l'art. 660 c.p. punisce la condotta molesta solo se realizzata “*in luogo pubblico o aperto al pubblico*” o, in alternativa, se attuata “*col mezzo del telefono*”. Con riferimento ai nuovi strumenti informatici, era proprio su quest'ultima modalità di condotta che si era concentrata, fino ad ora, l'attenzione della giurisprudenza – e anche quella dei Giudici di secondo grado: da quando, infatti, il telefono ha smesso di essere utilizzato soltanto per la funzione per cui era nato, ovvero quella di telefonare, le differenze fra la tradizionale chiamata o messaggio telefonico e i messaggi vocali e testuali veicolati attraverso le nuove applicazioni digitali, inglobate all'interno del dispositivo, si sono notevolmente assottigliate, seppur non del tutto annullate. Così, in alcune pronunce era stata ammessa la configurabilità delle molestie anche se a mezzo internet, in altre – più correttamente – era stata esclusa².

Nel caso di specie, però, si è scelto di seguire un diverso percorso argomentativo, offrendo per la prima volta un'interpretazione del sintagma “*luogo pubblico*”

¹ Cass. pen., sez. I, 11 luglio 2014 – 12 settembre 2014, n. 37596, in *Dejure*.

² A proposito dell'invio di messaggi di posta elettronica, la Cassazione ne ha affermato, in un caso, l'irriducibilità al mezzo del telefono (v. Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2010 – 30 giugno 2010, n. 24510, in *Ced rv.* 247558). In un altro, invece, ha ritenuto integrata la fattispecie di molestie con la ricezione di *e-mail* su un telefono che, con modalità sincrona, consente di segnalarne l'arrivo con un avvertimento acustico. Così, Cass. pen., sez. I, 27 settembre 2011, n. 36779, in *Ced rv.* 250807. Per un commento critico all'ampliamento del “*mezzo del telefono*” anche ai nuovi strumenti informatici, cfr. G. MARTIELLO, *Il caso della molestia “telefonica” tra evoluzione tecnologica e primato della legalità*, in *Gius. pen.*, 2011, 1, p. 47 e s.

o aperto al pubblico” smaterializzata. L’innovatività della decisione è evidente, specie se si tiene conto delle precedenti pronunce con le quali la giurisprudenza aveva cercato – più o meno condivisibilmente – di chiarire la natura ai sensi della legge penale del social network più utilizzato del momento.

Esso, infatti, era stato considerato in alcune sentenze alla stregua di un tradizionale mezzo di comunicazione – e, quindi, da includere nel generico divieto di “non comunicare con persone diverse dai familiari conviventi” previsto per chi si trova agli arresti domiciliari dall’art. 276, comma 1, c.p.p.³, oppure utilizzabile per la commissione dei reati di atti persecutori o di adescamento di minorenni⁴.

In altre, era stato qualificato come uno strumento di diffusione di materiale illecito, idoneo ad integrare, ad esempio, il delitto aggravato di pornografia minorile⁵.

In altre ancora, era stato equiparato ad un “mezzo di pubblicità” ex art. 595, comma 3, c.p., idoneo a fondare la responsabilità del soggetto agente per diffamazione aggravata, valorizzandone la potenziale capacità di raggiungere un numero apprezzabile, se non addirittura illimitato, di persone.

A prescindere dal merito di ogni decisione, appare evidente il dato comune delle pronunce richiamate e il dato differenziale rispetto a quella in commento: se fino ad ora Facebook è sempre stato chiamato in causa come mezzo, come strumento attraverso il quale commettere il reato, nella sentenza in oggetto, esso diventa l’elemento di contesto, il *locus nel* quale la fattispecie viene ad esistenza.

La soluzione proposta dalla Corte è indubbiamente suggestiva e meritevole di attenzione, soprattutto in virtù della potenziale esportabilità del principio ad una casistica ben più ampia. Da un lato, infatti, l’art. 660 c.p. non è l’unica disposizione codicistica a prevedere come elemento della fattispecie il “luogo pubblico o aperto al pubblico”; dall’altro, la riflessione elaborata in sentenza soltanto con riferimento a Facebook vale *a fortiori* per tutti gli altri social network, specialmente quelli che permettono un accesso più libero e con meno restrizioni, come ad esempio Twitter, e vale ancora di più per internet in generale. Anzi, nella logica della Suprema Corte, il web dovrebbe costituire il luogo pubblico per eccellenza, garantendo libertà di accesso e di navigazione alla mera condizione di possedere una postazione informatica.

³ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 2011 – 31 gennaio 2012, n. 4064, in *Dejure*.

⁴ Cfr. Trib. Bassano del Grappa, G.I.P., 20 dicembre 2012 e Corte Appello di Venezia, sez. III, 20 giugno 2013, consultabili al sito www.penalecontemporaneo.it.

⁵ V. Cass. pen., sez. III, 12 marzo 2015 – 20 aprile 2015, n. 16340 in *Dejure*, secondo la quale “Ai fini dell’integrazione del reato di pornografia minorile di cui all’art. 600 *ter* c.p. è necessario che la condotta del soggetto agente abbia una consistenza tale da implicare il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto, sì che esulano dall’area applicativa della norma solo quelle ipotesi in cui la produzione pornografica sia destinata a restare nella sfera strettamente privata dell’autore. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto integrati gli estremi della diffusione nell’inserimento di materiale pedopornografico all’interno del social network Facebook)”.

2. La rilevanza penale del luogo virtuale alla luce del bene giuridico tutelato

La motivazione della Corte è sintetica e – forse per la consapevolezza dell’ormai intervenuta prescrizione – non si spinge oltre un semplicistico condensato di valutazioni sociologiche e statistiche molto simili a quelle che si trovano nella relativa pagina di Wikipedia. Non c’è dubbio, infatti, che Facebook per la sua inarrestabile diffusione, per la facilità con cui permette di interagire con altri utenti e diffondere idee, messaggi e notizie ad una rapidità impressionante sia il legittimo erede dell’antica agorà. Anche Facebook, infatti, svolge le medesime due funzioni che erano riservate alla piazza greca e che trovavano riflesso nei due verbi che da essa traevano la loro radice: da un lato, quella di fungere da spazio di aggregazione, dove socializzare, discutere e, in generale, prendere parte alla vita pubblica e politica (ἀγορεύω, *agoreúō*: orare, parlare in pubblico); dall’altro quella di costituire uno spazio commerciale dove vendere e scambiare beni (ἀγοράζω, *agorázō*: andare al mercato, comprare). Del resto, è storia recente quella di interi movimenti politici creatisi sul web o quella di vere e proprie rivoluzioni totalmente organizzate *online*. Da un punto di vista sociologico, dunque, appare impossibile negare la sua riconducibilità alla “sfera pubblica” di Habermasiana memoria: nel mondo sempre più digitale e digitalizzato, internet costituisce ormai l’infrastruttura di riferimento della nostra vita sociale, economica, culturale e financo affettiva.

In questa prospettiva, non sembra ragionevole negare al luogo virtuale una rilevanza penale.

Da un lato, il dato testuale non frappone alcun ostacolo all’estensione del significato oltre quello materiale. Come affermato giustamente dalla sentenza, “*la lettera della legge non impedisce di escludere dalla nozione di luogo*” la sua dimensione virtuale, intendendosi con esso qualunque parte di spazio, idealmente o materialmente determinato. Parimenti, appare indubbio il suo essere “*aperto al pubblico*”: a prescindere dalle preferenze dell’utente, che può liberamente decidere se aprire il suo profilo soltanto ai propri amici o conoscenti o a chiunque faccia parte del social network, Facebook è accessibile a tutti quelli che, maggiori degli anni 13, decidono, in poche mosse e gratuitamente, di aprire un account⁶. “*Aper-to al pubblico*”, dunque, e non “*pubblico*”, proprio in virtù della necessità di possedere per accedervi determinati requisiti (es. l’età) e determinate credenziali

⁶ La situazione è più complessa nel caso di profilo privato, anche se restano comunque spazi di apertura ad un numero indeterminato di soggetti. Si pensi, ad esempio, ai gruppi o alle c.d. pagine, dove anche con le più restrittive opzioni di privacy è possibile dialogare ed entrare in contatto con utenti sconosciuti. Si tratta, ad ogni modo, di profili di fatto, che non incidono sulle considerazioni più generali in merito alla equiparabilità dei social network ad uno spazio pubblico.

(nome utente e password), sottoposte al vaglio degli amministratori del network, ovvero coloro che esercitano un diritto sul luogo stesso⁷.

Dall'altro, la dimensione virtuale dell'agire collettivo è percepita come oggettivamente esistente e essenziale dai consociati, tanto che non si pone neppure un problema di certezza, declinata nell'accezione della prevedibilità del significato delle norme: se è vero, come è vero, che il significato di un termine può essere compreso soltanto con riferimento ad un determinato contesto sociale, storico e culturale, lo spazio digitale è ormai percepito a tutti gli effetti come un luogo reale tanto quanto quello materiale.

Simili considerazioni, però, non bastano da sole a legittimare l'ingresso incondizionato dello spazio virtuale nel campo del diritto penale. La possibilità di equiparare Facebook – e quindi la rete – ad un luogo (aperto al) pubblico, senza incorrere in una vera e propria operazione analogica, richiede il vaglio anche sotto un altro profilo, diverso da quello della mera matrice letterale.

Il significato delle norme, infatti, non deriva soltanto dalla somma dei significati dei termini che le compongono: all'interno dell'invalicabile confine tracciato dal dato testuale, i *significanti* assumono un *significato* anche in relazione al fine che la disposizione intende raggiungere e al sistema entro il quale essa si colloca.

Da questa prospettiva, per testare la bontà dell'operazione ermeneutica non basta verificare la corrispondenza dell'espressione "*luogo pubblico o aperto al pubblico*" a tutti i possibili significati che essa può avere nel nostro linguaggio; occorre anche verificarne la tenuta con riferimento all'interesse tutelato dalla norma. Pur presentando ampi margini di opinabilità, ancora più ampi quando si tratta di contravvenzioni e non di delitti, la dimensione teleologica non può certo essere estromessa. Specialmente quando, come nel caso di specie, occorre valutare se una situazione di fatto (l'avvento della rete), che non poteva certo essere prevista al momento dell'entrata in vigore della disposizione, cada comunque nel suo campo d'applicazione.

La verifica del rispetto del dato testuale, dunque, è sì una precondizione necessaria, ma non sufficiente nei casi in cui il termine letterale può assumere contenuti di senso molto diversi l'uno dall'altro, come avviene, ad esempio, nel caso del termine "luogo": la consistenza materiale o virtuale della parola, infatti, ne muta notevolmente il significato. Del resto, anche la Corte, pur convinta del rispetto della lettera della legge, iscrive la parola *luogo* fra virgolette quando inte-

⁷ Cfr. Cass. pen., sez. III, 5 dicembre 2013 – 19 febbraio 2014, n. 7769, in *Ced* rv. 258974, la quale, recependo la costante giurisprudenza di legittimità, definisce luogo aperto al pubblico "quel luogo al quale ciascuno può accedere in determinati momenti, oppure osservando determinate condizioni, poste da chi esercita un diritto sul luogo stesso, ovvero quello al quale può accedere una categoria di persone che abbia determinati requisiti".

sa come spazio virtuale, quasi a sottolineare la particolarità di tale accezione rispetto a quella ordinaria materiale.

In breve, appurata la mancanza di ostacoli testuali, occorre verificare anche la corrispondenza con l'interesse protetto dalla norma, il quale costituisce l'elemento mobile, la linfa vitale, che ne orienta il processo di crescita e ne determina i percorsi evolutivi⁸.

3. *Reati ad ambientazione eventualmente virtuale e reati ad ambientazione materiale vincolata*

Come anticipato, la contestualizzazione del reato in un luogo pubblico o aperto al pubblico è una condizione richiesta dal codice penale in numerose fattispecie. Anche la decisione in commento ne richiama alcune, ma la citazione riguarda soltanto il numero dell'articolo ed è funzionale ad offrire una nozione unitaria di tale locuzione così come è stata elaborata dalla giurisprudenza.

Ad un'osservazione più attenta, però, emerge subito il dato comune che caratterizza le fattispecie localizzate in uno spazio pubblico: si tratta, infatti, di disposizioni poste prevalentemente a tutela di beni pubblicistici, quali, ad esempio, l'ordine pubblico, la sicurezza, il buon costume o il sentimento religioso. Se questo è il minimo comune denominatore, e ferma restando la definizione di luogo pubblico o aperto al pubblico offerta dalla costante giurisprudenza, tale sintagma, tuttavia, assume un ruolo significativamente diverso a seconda della struttura e della finalità della norma che viene via via in considerazione.

Se, infatti, in alcune fattispecie il luogo pubblico o aperto al pubblico concorre a fondare il disvalore della condotta in virtù del suo fungere da cassa di risonanza dell'offesa, in altre – di gran lunga meno numerose – disegna i confini materiali all'interno dei quali quel determinato comportamento può assumere una rilevanza penale.

In altre parole, è possibile distinguere fra reati *ad ambientazione eventualmente virtuale*, ossia astrattamente realizzabili sia *online* che *offline*, e reati *ad ambientazione materiale vincolata*, ovvero necessariamente ambientati in uno spazio fisico concreto.

Al primo gruppo di reati, appartengono tutte quelle fattispecie che ben potrebbero essere commesse sia nella dimensione materiale, che in quella virtuale: in esse, di fatto, il luogo pubblico o aperto al pubblico è un *mezzo*, assume un valore *strumentale*, senza che rilevino le sue coordinate spaziali. Ciò che importa è la sua po-

⁸ Sebbene pronunciata in materia civile, si esprime così efficacemente Cass. civ., Sez. Un., 21 giugno 2011 – 11 luglio 2011, n. 15144, in *Ced* rv. 617905.

tenziale capacità di diffondere un messaggio, di rendere maggiormente visibile un comportamento, senza che faccia alcuna differenza la virtualità o meno del contesto. La definizione di luogo come ricomprensente anche l'accezione di spazio virtuale, dunque, in queste ipotesi, si concretizzerebbe in un'interpretazione estensiva, pacificamente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Tali considerazioni valgono anche con riferimento a quelle fattispecie che, pur non richiamando espressamente "*il luogo pubblico o aperto al pubblico*", prevedono comunque che il fatto sia stato commesso "*pubblicamente*". Ci si riferisce, ad esempio, ai reati di istigazione o apologia di reato (art. 414 c.p.) o all'offesa alle confessioni religiose (art. 403 e art. 404 c.p.). Del resto, è lo stesso art. 266 c.p., che punisce l'istigazione di militari a disobbedire alle leggi, ad affermare che "*il reato si considera avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso [...] in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone*".

In questa prospettiva, appare astrattamente ipotizzabile la punibilità di condotte poste in essere a mezzo Facebook, o più in generale a mezzo internet, che istighino a commettere un reato (art. 414 c.p.), che vilipendano la bandiera dello Stato (art. 299 c.p.) o una confessione religiosa (art. 404 c.p.), che costituiscano manifestazioni sediziose (art. 654 c.p.), che riproducano atti osceni (art. 527 c.p.) oppure che offrano in vendita scritte, disegni o qualsiasi altro oggetto che offende la pubblica decenza (art. 725 c.p.). In tutte queste ipotesi, infatti, l'interesse tutelato dalla norma risulta parimenti compromesso a prescindere che la condotta sia tenuta in una pubblica via o nella realtà virtuale della rete. Anzi, proprio perché ciò che rileva è la comunicabilità del comportamento antigiuridico a più persone, potenzialmente illimitate, internet e i social network appaiono ancora più dannosi del tradizionale luogo pubblico o aperto al pubblico.

Vi sono, tuttavia, altre fattispecie in cui la medesima locuzione "*luogo pubblico o aperto al pubblico*" assume, per la peculiarità dell'interesse protetto, una dimensione necessariamente "terrena". Appare logicamente impossibile, infatti, la realizzazione via internet dei reati di somministrazione di bevande alcoliche a minori o infermi di mente (art. 689 c.p.) o di determinazione in altri dello stato di ubriachezza (art. 690 c.p.). Ancora, appare grottesco immaginare la punibilità, ai sensi dell'art. 688 c.p., di chiunque venga colto *online* in stato di manifesta ubriachezza. In questi casi, il fine della norma è quello di proteggere l'ordine, l'incolumità e la sicurezza pubblica da aggressioni che necessariamente devono presentare una propria fisicità: nell'art. 688 c.p., ad esempio, il fenomeno dell'alcolismo assume una rilevanza penale soltanto come causa di altri reati e di disordini che possono, appunto in uno spazio materiale pubblico, disturbare la collettività.

Anche il reato di molestia, in virtù dello specifico oggetto di tutela, sembrerebbe riconducibile a tale categoria di reati, presentando anch'esso un vincolo di ambientazione materiale che richiede necessariamente la sua commissione nel mondo reale.

4. *La molestia come reato ad ambientazione materiale vincolata*

Il reato di molestia o disturbo alle persone è una contravvenzione posta a tutela dell'ordine pubblico, inteso nella prospettiva della pubblica tranquillità. Tradizionalmente, invero, lo scopo della norma è stato identificato con quello di evitare che fatti di molestia o di disturbo possano determinare nei singoli esposti alle condotte criminose reazioni pericolose per la collettività⁹.

In quest'ottica, la tranquillità del singolo riceve una tutela giuridica soltanto di riflesso, nella misura in cui la sua protezione coincide con quella del bene collettivo.

Una simile ricostruzione risulta del tutto coerente con la natura contravvenzionale della norma e la conseguente procedibilità d'ufficio sottolinea ancora una volta la recessività dell'interesse del singolo di fronte a quello pubblico¹⁰. In tal senso, oltre alla tradizionale dottrina, si è sempre espressa anche la prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale ha individuato la *ratio* della norma nella repressione del “*turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l'offesa alla quiete privata*”¹¹.

Ciò non significa che la disposizione non abbia alcuna oggettività riconducibile ai reati contro l'individuo, dal momento che la condotta deve necessariamente rivolgersi contro un soggetto determinato e può anche essere commessa col mezzo del telefono, elemento quest'ultimo senz'altro distonico rispetto alla tutela del bene superindividuale. Per questo motivo, non sono mancate prese di posizione a favore della natura plurioffensiva del reato in questione¹². Tuttavia, anche in questi casi, il punto focale della fattispecie è sempre stato individuato nei “*potenziali riflessi sull'ordine pubblico, data l'astratta possibilità di reazione*” del singolo¹³.

⁹ Cfr., ad esempio, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, X, Delle contravvenzioni in specie*, Torino, 1986, p. 188 e ss. Più di recente, v. F. FREZZA, sub art. 660 c.p., in AA.VV., *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, Milano, 2011, p. 4870.

¹⁰ Non esiste né nel codice penale, né in dottrina, né in giurisprudenza un criterio unico per distinguere fra delitti e contravvenzioni. Tuttavia, a prescindere dal parametro formale della sanzione comminata, la circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 5 febbraio 1986 ha stabilito quali dovrebbero essere i criteri orientativi per effettuare tale distinzione, disponendo che il settore privilegiato della materia contravvenzionale debba circoscriversi a due categorie di illeciti: *fattispecie di carattere preventivo-cautelare* e *fattispecie concernenti la disciplina di attività sottoposte a un potere amministrativo*. Le molestie, in tale prospettiva, sarebbero riconducibili al primo gruppo di illeciti. V. Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 5 febbraio 1986, *Criteri orientativi per la scelta fra delitti e contravvenzioni*, in *Cass. pen.*, 1986, p. 624 e ss. Sul punto, cfr. anche A. VALLINI, voce *Contravvenzioni*, in F. Giunta (a cura di), *Dizionari sistematici. Diritto Penale*, Milano, 2006, p. 82 e ss.

¹¹ Cass. pen., sez. 1, 27 giugno 2014 – 16 luglio 2014, n. 31265, in *Ced rv.* 261234.

¹² V. M. RIVERDITI, *Contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino, 2010, p. 370 e ss.

¹³ Cass. pen., sez. 1, 28 febbraio 2002 – 28 marzo 2002, n. 12303, in *Ced rv.* 221373, secondo la quale “[v]a [...] osservato che la struttura della previsione incriminatrice [...] presuppone neces-

Ad ogni modo, a prescindere che si ritenga la fattispecie come posta a presidio del solo interesse pubblico o anche dell'interesse privato, la norma ha come scopo quello di proteggere la vittima soltanto da quegli atti di disturbo caratterizzati da un'oggettiva invadenza, difficilmente arginabile. Se così non fosse, la limitazione della tutela dalle molestie soltanto al "*luogo pubblico o aperto al pubblico*" mancherebbe di un ragionevole fondamento, non capendosi perché l'individuo non dovrebbe essere protetto anche nei luoghi privati. Invece, proprio la possibilità di sottrarsi alle molestie senza particolari difficoltà – ad esempio esercitando il proprio *ius excludendi* nei confronti del molestatore, qualora si tratti del proprio domicilio, o allontanandosi da esso, qualora si tratti di un altro luogo – giustifica la restrizione dell'area di applicazione dell'art. 660 c.p., restando ferma la configurabilità di altre fattispecie, qualora l'azione di disturbo ne integri i presupposti¹⁴.

Da questa angolazione, l'estensione della norma allo spazio virtuale non appare giustificata. Nel caso della molestia a mezzo internet, infatti, la vittima non si trova in quella condizione di vulnerabilità che caratterizza, invece, la fattispecie allorché realizzata in uno spazio pubblico. L'individuo, a tutela della sua quiete privata nel mondo virtuale, gode già di un'adeguata tutela, sia giuridica che extragiuridica. Da un lato, infatti, valgono anche sulla rete quelle medesime disposizioni poste a tutela dei beni individuali, quali, ad esempio, l'onore (si pensi all'ingiuria o alla diffamazione), la libertà morale (come la minaccia) o l'incolumità individuale (come gli atti persecutori). Dall'altro, il web mette a disposizione dell'internauta molteplici modalità di controllo delle condotte invasive altrui, senza che il soggetto debba essere costretto a compromettere la propria libertà di comunicazione o navigazione sulla rete.

Il caso di Facebook è in tal senso paradigmatico: ferma restando la configurabilità di altri reati qualora ne sussistano gli estremi, l'utente può con un semplice click rimuovere una o più persone determinate dai suoi contatti, impedire ad un soggetto determinato di scrivere sulla propria bacheca, di inviare messaggi privati o sottoporre i suoi *post* alla propria autorizzazione preventiva. Non solo. La piattaforma offre anche la possibilità di "riportare" agli amministratori qualunque condotta ritenuta abusiva dalla vittima: una sorta di denuncia informatica, che può produrre anche il congelamento immediato, seppur temporaneo, del profilo dell'utente segnalato.

sariamente un'offesa alla quiete privata, mentre la tranquillità pubblica viene in considerazione sotto il profilo di potenziali riflessi sull'ordine pubblico, data l'astratta possibilità di reazione. Trattasi, quindi, di reato plurioffensivo, in cui soggetto passivo [...] è anche la persona fisica sulla quale cade l'azione del colpevole, pur essendo l'incriminazione prevista a tutela di un interesse generale facente capo alla collettività".

¹⁴ Si pensi, ad esempio, alla violenza privata, agli atti persecutori, ai maltrattamenti in famiglia.

Sebbene con qualche differenza, le medesime cautele sono messe a disposizione anche dagli altri social network. In un certo senso, a parte il servizio tradizionale di messaggistica telefonica, tutte le nuove forme di comunicazione offrono la possibilità di sottrarsi all'interazione con una determinata persona senza compromettere in alcun modo la libertà di utilizzazione di tali strumenti. Anche la ricezione di messaggi di posta elettronica, da un certo punto di vista, grazie alla possibilità di catalogare come *spam* tutte le comunicazioni provenienti da un certo indirizzo, consente di operare una selezione preventiva dei messaggi ricevuti.

Perché, dunque, l'invio di un messaggio offensivo tramite il social network deve essere ricondotto nell'ambito di applicazione dell'art. 660 c.p. in virtù della pubblicità del luogo virtuale, quando già di per sé rientra a pieno titolo nella sfera di operabilità del reato di ingiuria? Fattispecie quest'ultima che, prevedendo la procedibilità a querela di parte, rimette alla vittima la facoltà di tutelarsi o meno anche per via giudiziaria. Diversamente ragionando, anche le innumerevoli *e-mail* pubblicitarie che riceviamo ogni giorno, spesso già automaticamente inserite nella casella *spam* dal nostro server di posta elettronica, rischierebbero di costituire una molestia penalmente rilevante *ex art.* 660 c.p., sicuramente caratterizzate dalla petulanza, se non anche dal biasimevole motivo.

La fattispecie di molestia o disturbo alla persona, dunque, ad un'analisi più approfondita, presenta un radicamento necessario in un contesto spaziale materiale: la sua estensione al mondo virtuale comporta uno snaturamento della norma, non giustificato da alcuna istanza di tutela. Così facendo, la disposizione verrebbe piegata al raggiungimento di un fine totalmente diverso, anche se evolutivamente interpretato, rispetto all'originaria area di protezione designata dal legislatore, attraverso un'operazione analogica, vietata nel campo del diritto penale.

5. *La nuova agorà digitale fra interpretazione letterale e teleologica*

In un contesto come quello penalistico, dunque, caratterizzato da insopprimibili esigenze di garanzia, il fondamentale canone ermeneutico dell'interpretazione letterale può, in alcuni casi, non riuscire da solo a scongiurare il rischio di operazioni sostanzialmente analogiche. Del resto, la singola parola si riempie di significato anche in funzione della disposizione in cui è inserita e del sistema giuridico entro il quale si colloca.

Superata la prova del rispetto del dato testuale, i criteri della coerenza sistematica e della *ratio* della norma, e quindi del bene giuridico protetto, devono comunque rappresentare un indice di discriminazione fra il lecito e l'illecito, onde scongiurare il rischio di vere e proprie operazioni analogiche.

È vero che un'eccessiva valorizzazione dell'interpretazione teleologica rischia di aprire il varco a valutazioni soggettive e precomprensioni che mal si conciliano con l'oggettività e la tipicità che informano il diritto penale; tuttavia, la rinuncia ad un simile strumento ermeneutico *in bonam partem* rischia di favorire dilatazioni dell'area di punibilità, non giustificate da alcuna lacuna normativa ed in contrasto con il principio di *extrema ratio* e sussidiarietà che governa tale ambito di disciplina. È questo il caso dell'equiparazione di Facebook ad un luogo (aperto al) pubblico nella fattispecie di molestie.

In breve. Che internet e i social network costituiscano la nuova agorà appare ormai innegabile. Ma che ciò significhi il trapianto *tout court* della tutela penale dallo spazio pubblico materiale a quello virtuale appare un'affermazione da vagliare anche alla luce dell'interesse protetto dalla norma e non solo della corrispondenza letterale.

Il rischio, altrimenti, non è solo quello di forzare i principi garantisti che presidiano tale materia; in gioco c'è anche l'aspettativa di internet e dei social network a diventare davvero la nuova piazza pubblica del mondo. Anch'essa soggetta a regole e divieti, come quella materiale, che tengano conto, però, delle peculiarità del nuovo spazio virtuale¹⁵.

Altrimenti, dall'equiparazione con l'antica agorà dovremmo aspettarci anche internauti affetti da agorafobia?

¹⁵ La sfida più complessa è senza dubbio quella che riguarda il bilanciamento fra la tutela giuridica, soprattutto penale, e la libertà di espressione. Si moltiplicano, infatti, i casi di censura preventiva, esercitata dalle organizzazioni che gestiscono i social network, sempre più preoccupate dalle cause giudiziarie intentate nei loro confronti. Si pensi, ad esempio, a quanto avvenuto in Francia, dove il dipinto "*L'origine du monde*" di Gustave Courbet è stato giudicato pornografico da Facebook, con conseguente chiusura dell'account di un utente, il quale si è rivolto alla giustizia francese contro tale insindacabile decisione. Il 5 marzo 2015, il *Tribunal de Grande Instance* di Parigi si è giudicato competente a decidere sulla questione. Cfr. *Tribunal de Grande Instance de Paris, 4ème chambre – 2ème section, ordonnance du juge de la mise en état du 5 mars 2015*, consultabile al sito www.legalis.net. O ancora, cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 16 giugno 2015, n. 64569/09, con la quale è stata riconosciuta la responsabilità per diffamazione di un sito web di informazione per i commenti postati da un utente.

GIOVANNI TUZET

LUOGHI, SITI, BACHECHE
UN CASO DI INTERPRETAZIONE ESTENSIVA

1. *Il problema*

Considerare un social network come un “luogo pubblico o aperto al pubblico” (ai sensi dell’art. 660 c.p.) è fare un’analogia fra luoghi reali e virtuali o invece interpretare estensivamente questa espressione? Il mio intervento cercherà di fare luce su alcuni argomenti che possono essere utilizzati per rispondere alla domanda posta. Per tali argomenti si tratta di interpretazione estensiva e non di analogia.

Prima di tutto è necessario indicare cosa mi sembra corretto intendere per “analogia” e per “interpretazione estensiva”, ricordando ovviamente che nel nostro ordinamento giuridico la prima è vietata in ambito penale e la seconda no. Come già scritto qui in altra occasione¹, con “analogia” va inteso un argomento che integra il diritto esistente sulla base di una somiglianza rilevante fra una fattispecie regolata e una fattispecie non regolata; in quanto tale l’analogia non opera essa stessa un’interpretazione del diritto ma la presuppone. Presuppone cioè che una o più disposizioni vengano interpretate in modo da ricavarne una norma che regoli una delle due fattispecie considerate ma non l’altra. Al contrario, con “interpretazione estensiva” va inteso l’argomento che interpreta una o più disposizioni in modo da ricavarne una norma che copra entrambe le fattispecie. (Ad esempio, un’interpretazione di “Vietato l’ingresso ai veicoli” che copra l’utilizzo di biciclette oltre all’uso di veicoli a motore). Quando l’interpretazione è di questo tipo non c’è naturalmente bisogno di procedere poi a un’integrazione analogica, poiché entrambe le fattispecie in esame sono coperte dalla norma così ricavata. Ma devono esservi delle buone ragioni per ritenere che non si tratti di un’analogia nascosta, cioè di un’operazione analogica mascherata da interpretazione estensiva. Tali ragioni devono consistere in ciò che giustifica un’interpretazione più estesa di quella standard, o più estesa di un’altra interpretazione comunque ammissibile.

¹ G. TUZET, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, in questo *Annuario*, 2011, pp. 507-519. Cfr. D. CANALE-G. TUZET, *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 44, 2014, pp. 149-173, dove è espresso un maggiore ottimismo sulla possibilità di distinguere le due operazioni.

Per capire come questo può darsi, dobbiamo considerare che in ogni ordinamento giuridico sono presenti dei canoni interpretativi utilizzabili per determinare i significati delle disposizioni normative: canoni come il significato letterale delle parole, l'intenzione del legislatore, lo scopo della disciplina, ecc. Questi canoni determinano l'insieme delle interpretazioni ammissibili nell'ordinamento². Ora, se fra queste interpretazioni se ne conta una che copre più fattispecie di un'altra, può dirsi della prima che è estensiva rispetto alla seconda; e se l'interpretazione standard è quella letterale, sarà estensiva quell'interpretazione che copre più fattispecie di quella letterale (ma rimanendo sempre nel novero delle interpretazioni ammissibili alla luce dei canoni, oltre i cui confini c'è piuttosto integrazione analogica o creazione di nuovo diritto).

Dunque un'interpretazione estensiva è quella che, alla luce di un canone utilizzabile nell'ordinamento, ricava da una o più disposizioni una norma che copre più fattispecie di quella ricavabile con un'altra interpretazione delle stesse alla luce di un altro canone. Ma se l'ambito del diritto in questione è quello penale e si sottoscrive una concezione stretta della sua legalità, si dovrà ritenere che in tale ambito il canone ermeneutico utilizzabile *in primis* è quello letterale. Non solo: se i significati letteralmente attribuibili sono diversi, andrà privilegiato quello che fra essi si può considerare come standard³. Ne segue che in tale ambito un'estensione del significato attribuibile a una o più disposizioni deve essere argomentata in base a ragioni particolarmente chiare e convincenti, che consentano di andare oltre il significato letterale standard senza con ciò addivenire a un'integrazione analogica del diritto esistente.

2. Il caso

Quella presentata sopra è una distinzione concettuale che mi sembra coerente e accettabile. Ma nella prassi si presentano non di rado casi difficili, in cui non è chiaro se una determinata soluzione si collochi nell'ambito dell'analogia o piuttosto dell'interpretazione estensiva. Peraltro il ricorrere di casi difficili non può essere una ragione per negare che esistano casi facili e rigettare così la distinzione. Come l'esistenza di grigi non è una ragione per negare che esistano bianchi e neri.

Il caso di cui ci occupiamo qui è una vicenda di molestie (soprattutto a sfondo sessuale) recate dal caporedattore di un quotidiano a una redattrice dello stesso. Parte dei fatti era stata commessa presso gli uffici del giornale e parte tramite un

² Vedi fra gli altri R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011; V. VELLUZZI, *Le Preleggi e l'interpretazione*, Edizioni ETS, Pisa, 2013.

³ Si noti la differenza fra interpretazione standard e interpretazione *letterale* standard.

account fittizio sulla pagina Facebook della redattrice dove l'imputato, sotto pseudonimo appunto, aveva fatto apparire diversi messaggi di tale tenore.

Non contestate dalla difesa le molestie, la questione giuridica era se esse fossero state recate «in un luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono» (art. 660 c.p.). Quali gli esiti processuali? In primo grado l'imputato viene assolto e in secondo condannato, poiché la Corte d'appello di Firenze ritiene (diversamente dal Tribunale di Livorno) che la redazione di un giornale e la pagina Facebook della vittima costituiscano dei luoghi siffatti.

La Cassazione (sez. I, n. 37596/2014) conferma l'indirizzo interpretativo della Corte d'appello pur giudicandone carente l'argomentazione su alcuni profili di fatto, ma annulla senza rinvio la sentenza di secondo grado giacché il reato è estinto per prescrizione.

Nel presente intervento, dato lo spazio limitato e le mie competenze non di penalista ma di filosofo del diritto e teorico dell'argomentazione, non mi occuperò della qualificazione delle molestie come commesse “col mezzo del telefono”, che pur costituisce parte della questione. Né mi occuperò della redazione di un giornale come “luogo pubblico o aperto al pubblico”. Tratterò esclusivamente della configurabilità di una pagina elettronica come luogo siffatto (configurabilità che in punto di diritto, se affermata, è sufficiente a risolvere il caso a sfavore dell'imputato per quanto riguarda tali molestie).

Al fine di intendere l'espressione “luogo pubblico o aperto al pubblico” la Cassazione ne nota innanzitutto la dimensione sistemica (essa ricorre negli artt. 266, 352, 404, 405, 660, 663, 688, 689, 690, 718, 720, 725, 726 c.p.) e ne richiama quindi l'interpretazione di dottrina e giurisprudenza consolidate: «per luogo *pubblico*» si deve intendere «quello di diritto o di fatto continuativamente libero a tutti, o a un numero indeterminato di persone; per luogo *aperto al pubblico*, quello, anche privato, ma al quale un numero indeterminato, ovvero un'intera categoria, di persone, può accedere, senza limite o nei limiti della capienza, ma solo in certi momenti o alle condizioni poste da chi esercita un diritto sul luogo»⁴. Su questa base, con quali argomenti si può correttamente sostenere che la pagina personale di un social network come Facebook sia un luogo pubblico o aperto al pubblico ai sensi del diritto penale italiano?

3. La soluzione

A chi non è più giovane – o non ha passione per i dispositivi elettronici – sarà capitato di assistere con smarrimento a una scena di questo tipo: un luogo affolla-

⁴ P.to 3.1 della motivazione in diritto. I corsivi nel testo sono miei.

to come una stazione ferroviaria o un ufficio postale in cui le persone presenti, specie i giovani, non si curano quasi per nulla di quanto accade attorno a loro ma vengono assorbite da ciò che compare nel proprio dispositivo elettronico (telefono cellulare, tablet, computer portatile, ecc.). Sembra che per queste persone gli eventi reali abbiano molta meno importanza – e quasi spariscano – di fronte all’urgenza dei messaggi di posta elettronica, degli sms, degli interventi sui social, delle immagini postate e via dicendo.

Con un mondo del genere, chiediamoci se abbia più eco un evento che si verifica in un luogo pur frequentato senza che nessuno ne registri una traccia elettronica, o piuttosto con qualcuno che lo registra e diffonde in rete. La risposta è ovvia. Immaginiamo una persona nota che abbia un alterco in un aeroporto e venga ripresa da un soggetto presente: se questi diffonde in rete il filmato, il numero di persone che potrà vedere la scena è incommensurabilmente superiore a quello che vi assiste dal vivo.

Meno ovvio è il confronto fra un evento reale diffuso in rete e un evento che accade esclusivamente in rete. Se infatti nella prima fattispecie c’è *ab origine* un luogo fisico i cui accadimenti vengono amplificati dalla rete, nella seconda non è chiaro se ci sia un “luogo” e di che tipo sia.

Per risolvere il nostro problema dobbiamo proprio partire da questo: se un social network elettronico sia configurabile come “luogo” e per di più sia qualificabile come “pubblico o aperto al pubblico”. Queste espressioni sono così interpretabili alla luce del diritto pertinente? Ci sono degli adeguati argomenti interpretativi per sostenerlo?

Se è vero quanto detto sopra dobbiamo partire dal significato letterale delle espressioni in gioco. Mi sembra di poter dire che esse rimandino a luoghi fisici e che dunque il loro significato standard escluda i luoghi virtuali. Ma allo stesso tempo mi pare si possa dire che nella nostra lingua è crescente l’uso di tali e simili espressioni in riferimento a realtà virtuali. Indirizzi elettronici, siti, piattaforme, bacheche... ci sono molti termini e locuzioni che dall’uso fisico si sono estesi all’uso virtuale. Forse per il termine “luogo” non è altrettanto evidente che per “indirizzo” o altri. Se però non lo intendono così l’anziano e l’eremita che non conosce tali dispositivi, discorso diverso va fatto per coloro che li utilizzano e ne fanno anzi uno strumento principe della propria socialità. Per queste persone, se vuoi far sapere qualcosa al mondo è proprio attraverso un social o una bacheca elettronica che devi farlo. Non urlando in una piazza⁵.

⁵ A meno che non sia l’*agorà* virtuale di cui parla la sentenza in esame (p.to 4.1 in diritto)!

Insomma, mi sembra si possa dire che i luoghi virtuali appartengono quantomeno alla penombra del significato di “luogo” nella lingua corrente⁶. Se è così, essi si collocano oltre il significato letterale standard di “luogo”, ma non tanto lontano da esso da richiedere la creazione di nuovo diritto per via analogica. È configurabile infatti un’interpretazione estensiva del termine, che copra più fattispecie di quella standard. Con quali ragioni? Almeno due: 1) il già detto uso crescente di questo e simili termini in chiave virtuale; 2) lo scopo della disciplina. In questa linea mi pare di poter leggere le motivazioni della decisione di legittimità⁷. Della prima ragione abbiamo rapidamente detto; aggiungiamo alcune considerazioni sulla seconda. La protezione della tranquillità delle persone richiede la sanzione di molestie e forme di disturbo recate in luoghi pubblici o aperti al pubblico. Se tale è lo scopo, a maggior ragione andranno sanzionate quelle condotte che hanno un’offensività superiore date le caratteristiche dello spazio virtuale (raggiungibilità di un più ampio numero di persone, minor costo per il molestatore, maggiore diffusione, ecc.). Infatti, che incentivi darebbe il *non* considerare questi spazi come luoghi penalmente rilevanti? Premesso che la forza di condizionamento del diritto penale nelle dinamiche psicologiche degli agenti non deve essere sopravvalutata⁸ – specie se è la forza delle sentenze penali e non della legislazione – credo si possa prevedere comunque che le molestie si moltiplicherebbero significativamente, dati da un lato i costi minimi per i molestatore (il solo tempo di postare le molestie creando magari un account fittizio) e dall’altro i loro elevati benefici (date le caratteristiche del mezzo). Questo non significa, si badi, ricorrere a un argomento teleologico in base al quale mostrare la somiglianza rilevante fra la molestia in luogo fisico e quella in luogo virtuale. Se si trattasse di questo si sarebbe sulla strada di un’analogia *in malam partem* vietata dal nostro diritto penale. La strada argomentativa è piuttosto quella di un’interpretazione letterale ammissibile pur se non standard, supportata da considerazioni teleologiche sullo scopo della disciplina. Le considerazioni teleologiche di per se stesse non sono sufficienti a un’interpretazione estensiva in diritto penale, dove l’ancoraggio al dato letterale è necessario per un principio di stretta legalità.

⁶ Sulla “penombra” dei significati v. il classico H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), terza ed. con un’introduzione di L. Green, Oxford University Press, Oxford, 2012, cap. 7.

⁷ Si veda in particolare il p.to 4.1 in diritto, pur se la Cassazione non parla espressamente di “interpretazione estensiva” e a questo riguardo non opera una distinzione fra significato letterale standard e significati ulteriori.

⁸ Vedi F. GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e incanti scientifici*, in *Politica del diritto*, vol. 31, 2000, pp. 265-282, segnatamente p. 271.

Ciò per quanto riguarda il termine “luogo”. Per quanto concerne l’espressione “pubblico o aperto al pubblico” credo si possa semplicemente aggiungere una considerazione di fatto: se le molestie vengono di fatto recate su un profilo “aperto” dotato di una bacheca siffatta (il cui contenuto è visibile a qualsiasi utente), non vi sono margini per dubitare di tale qualifica. Ammesso che sia un luogo, si deve ammettere che si tratta quantomeno di un luogo aperto al pubblico⁹.

⁹ Infatti la decisione in esame osserva che «la sentenza impugnata fa difetto nel dare conto della base fattuale» di tale qualifica (p.to 4.2 in diritto), in quanto la Corte d’appello assume e non verifica che le espressioni moleste siano state inserite sulla pagina pubblica della vittima. Uno degli argomenti difensivi era appunto l’invio dei messaggi molesti tramite chat privata e non su pagina pubblica. In ogni caso, conclude la Cassazione, l’annullamento con rinvio è impossibile per intervenuta prescrizione.

Antologia

CRISTIANO CUPELLI

EQUIVOCI TRIONFALISTICI E LETTURE CORRETTIVE.
ANCORA SULLE RECENTI QUESTIONI DI COSTITUZIONALITÀ
IN MALAM PARTEM

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'intreccio normativo, i *vizi* e le sentenze *virtuose* del 2014. – 3. I nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale. – 4. Riserva di legge e Corte costituzionale: i riflessi sull'ammissibilità delle questioni *in malam partem*. – 5. Convergenze (ma soprattutto divergenze) con le sentenze 394 del 2006 e 28 del 2010. – 6. Un nuovo spazio per gli interventi *in malam partem* o uno spazio nuovo, nel rispetto della riserva di legge?

1. *Premessa*

Con due sentenze dei primi mesi del 2014 – la n. 5¹ e la n. 32² – la Corte costituzionale torna a incidere sui temi della legalità penale, rinvigorendo il portato di garanzia della riserva di legge e le prerogative dell'organo rappresentativo – il Parlamento – nelle opzioni di politica criminale. Ciò nonostante, l'accento è stato posto da molti commentatori sulle ricadute che soprattutto la prima di tali pronunce avrebbe determinato sul perimetro di azione della Corte; se ne è in sostanza offerta una lettura 'dirompente', scorgendovi argomenti per decretare il definitivo superamento del *dogma* dell'inaammissibilità delle questioni *in malam partem*, col contestuale riconoscimento di nuovi e significativi spazi per il sindacato costituzionale³.

¹ Corte cost., sent. 23 gennaio 2014, n. 5, in *Giur. cost.*, 2014, 92 ss., con note di C. CARUSO, *Dottrina delle «zone franche» e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, ivi, 122 ss. e di P. CARNEVALE, *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, ivi, 3587 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014, 965 ss., con nota di C. CUPELLI, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, ivi, 977 ss.

² Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, in *Giur. cost.*, 2014, 485 ss., con nota di C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, ivi, 505 ss.; nella riflessione penalistica, sugli effetti (soprattutto intertemporali) della sentenza, v., per tutti, V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Finni-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2014; M. GAMBARDELLA, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo" sistema penale degli stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, 1132 ss.

³ In questa direzione, ad esempio, seppure con sfumature differenti, F. ELEOPRA, *Il rapporto tra questioni di costituzionalità in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Studium iuris*, 2015, 12 ss.; G. PICCIRILLI, *È incostituzionale la (plurima) abrogazione del divieto di associazioni di carattere militare. La Corte costituzionale opportunamente presidia il corretto equilibrio tra riserva di legge in ma-*

A dire il vero, tra i notevoli profili di interesse che la sentenza mostra, un peso decisivo ci sembra vada riconosciuto – nel combinato tra le due decisioni richiamate – al rilievo attribuito ai c.d. vizi procedimentali, soprattutto se inquadrato nell'attuale clima di rassegnazione dinanzi al continuo stravolgimento della fisiologia costituzionale dei rapporti fra potere legislativo e potere esecutivo nelle scelte di criminalizzazione (con particolare riferimento al massiccio utilizzo della delegazione legislativa quale fonte del diritto penale)⁴ e di costante delegittimazione della funzione di garanzia tipica della fonte scritta⁵.

Quella che si intende proporre in queste brevi riflessioni rappresenta, se ne è ben consapevole, una chiave di lettura assai meno *rivoluzionaria* – ed anzi forse addirittura *reazionaria*, se rapportata agli equivoci trionfalistici che hanno accolto le decisioni – e impone di muovere proprio dalla rivendicazione del rispetto procedurale della riserva di legge in materia penale per inquadrare e contestualizzare le pronunce di inizio 2014 e coglierne la reale portata, anche rispetto agli approdi della precedente giurisprudenza, più volte ed espressamente richiamata dalla Corte.

2. *L'intreccio normativo, i vizi e le sentenze virtuose del 2014*

Le questioni da cui le due decisioni hanno preso le mosse sono ben note e in questa sede ci si può limitare a un sintetico richiamo, nonostante la trama normativa che fa da sfondo ad entrambe non sia tra le più limpide.

teria penale e legislazione delegata, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1/2014, 3 ss. e C. CARUSO, *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, cit., 122 ss.

⁴ Possono menzionarsi, fra gli interventi più significativi degli ultimi anni avvenuti per mano della delega legislativa, le riforme del diritto penale tributario (d.lg. 10 marzo 2000, n. 74) e societario (d.lg. 11 aprile 2002, n. 61), l'introduzione della responsabilità, formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale, delle persone giuridiche (d.lg. 8 giugno 2001, n. 231) o, ancora, la previsione di appositi presidi penalistici in seno alla *ridefinizione* di interi settori normativi, fra i quali, in particolare, il Testo unico delle leggi in materia di tutela dell'ambiente (d.lg. 3 aprile 2006, n. 192) e di sicurezza sul lavoro (d.lg. 9 aprile 2008, n. 81, così come modificato dal d.lg. 3 agosto 2009, n. 106); vanno anche ricordate le quattro deleghe contenute nella legge 28 aprile 2014, n. 67, concernenti rispettivamente la non punibilità per irrilevanza del fatto, la revisione del sistema delle pene principali, la depenalizzazione di taluni reati e la trasformazione di altri in illeciti civili sanzionati con sanzione pecuniaria civile; nondimeno, il medesimo strumento è stato prescelto anche per l'ulteriore revisione del sistema sanzionatorio penale tributario, in attuazione della delega contenuta all'art. 8 della legge 11 marzo 2014, n. 23.

⁵ È sufficiente richiamare, per tutti, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli 2011, 2270 ss., la quale si chiede, provocatoriamente (ma non troppo), "se la strenua difesa della riserva di legge nei termini rigidi in cui ci è stata tramandata dalla tradizione culturale penalistica possieda ancora un significato reale o se sia, piuttosto, il frutto di una pigra *traditio*" (v. anche, successivamente, ID., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.* 1/2013, 163 ss.).

Sintetizzando e semplificando al massimo, con la sentenza n. 5 la Corte ha dichiarato l'illegittimità per carenza di delega dei decreti legislativi che abrogavano il reato di associazione militare con scopi politici, accogliendo le questioni sollevate dal Tribunale di Verona⁶ e dal GUP presso il Tribunale di Treviso⁷, in diversi momenti e in più fasi⁸. In particolare, è stata riconosciuta l'illegittimità – per violazione dell'art. 76 Cost. – dell'art. 2268 del d.lgs. n. 66 del 2010, nella parte in cui, al numero 297) del comma 1, abrogava il d.lgs. n. 43 del 1948, e dell'art. 1

⁶ Il Tribunale di Verona, impegnato a vagliare le condotte di taluni imputati della richiamata fattispecie di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 43 del 1948 nel giudizio relativo all'associazione denominata "Camicie verdi" (poi confluita nell'associazione denominata "Guardia Nazionale Padana"), sollevava, nell'udienza del 10 dicembre 2010, questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 18, 25 e 76 Cost., ritenendo che l'abrogazione fosse stata realizzata dal potere esecutivo "in totale assenza di una valida delega" e pertanto in violazione del principio della riserva di legge in materia penale (un commento all'ordinanza 10 dicembre 2010 del Tribunale di Verona in M. SCOLETTA, *Reviviscenza di fattispecie penale illegittimamente abrogata? Il caso del reato di "associazioni di carattere militare per scopi politici" al cospetto della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2011). A soli tre giorni dall'ordinanza di rimessione, il Governo – sempre in attuazione della delega del 2005 – reiterava, con il d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 213, l'abrogazione del d.lgs. n. 43 del 1948, espungendolo dalle disposizioni che, con il d.lgs. n. 179 del 2009, aveva in precedenza stabilito di mantenere in vigore. Proprio in virtù dello *ius superveniens* che aveva reiterato l'effetto abrogativo, la Corte costituzionale aveva optato per la restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché valutasse la perdurante rilevanza e la non manifesta infondatezza delle questioni sollevate (Corte cost., ord. 9 novembre 2011, n. 296, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 441 ss., con nota di D. NOTARO, "Rimandato" il sindacato costituzionale sull'abrogazione delle associazioni paramilitari, *ivi*, 443 ss.).

⁷ Analoga questione, avanzata dal GUP del Tribunale di Treviso (che stava giudicando taluni imputati per la "formazione del corpo paramilitare denominato «Polisia Veneta»") con ordinanza 21 gennaio 2011 – sempre con riferimento al medesimo articolo 2268 d.lgs. n. 66 del 2010, in rapporto agli artt. 18, 25, comma 2 e 76 Cost. –, si concludeva invece con una dichiarazione di manifesta inammissibilità, per difetto di motivazione in punto di rilevanza, non avendo il giudice rimettente valutato gli effetti conseguenti all'entrata in vigore, stavolta in un momento anteriore all'ordinanza di rimessione, del d.lgs. n. 213 del 2010 (Corte cost., ord. 22 dicembre 2011, n. 341, in *Giur. cost.*, 2011, 4671).

⁸ Il Tribunale di Verona ed il GUP del Tribunale di Treviso, dopo avere vagliato nei rispettivi giudizi l'impatto del ricordato d.lgs. n. 213 del 2010, risollecitavano quindi lo scrutinio del giudice costituzionale, per le medesime ragioni in precedenza avanzate, relative all'art. 2268 del d.lgs. n. 66 del 2010, estese anche all'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010, nella parte in cui, modificando il d.lgs. n. 179 del 2009, ha espunto dalle disposizioni mantenute in vigore il d.lgs. n. 43 del 1948. Peraltro, a rendere ancor più intricato il groviglio, interveniva, il giorno precedente a quello della pronuncia dell'ordinanza del Tribunale di Verona (avvenuta il 25 febbraio 2012), il d.lgs. 24 febbraio 2012, n. 20, col quale, in attuazione dell'art. 14, commi 14, 15 e 18 della legge n. 246 del 2005, veniva definitivamente reintrodotta il reato di cui al d.lgs. n. 43 del 1948; di tale provvedimento, evidentemente, il Tribunale di Verona non aveva potuto tenere conto, dal momento che l'ordinanza di rimessione era precedente alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Non così invece il GUP presso il Tribunale di Treviso, che aveva però ritenuto il ripristino della fattispecie abrogata inidoneo a rendere irrilevanti le questioni di legittimità costituzionale delle leggi abrogatrici, "in quanto l'assetto punitivo estenderebbe retroattivamente i suoi effetti favorevoli di *abolitio criminis* in forza della regola della *lex intermedia* favorevole di cui all'art. 2, comma 4, c.p.".

del d.lgs. n. 213 del 2010, laddove modificava il d.lgs. n. 179 del 2009, espungendo, con l'Allegato B, dalle norme mantenute in vigore dall'Allegato 1 del citato d.lgs. n. 179 del 2009, il d.lgs. n. 43 del 1948. L'abuso perpetrato dal potere esecutivo nell'abrogare la fattispecie di associazione militare per scopi politici è ravvisato nel fatto che tanto l'art. 2268, comma 1, n. 297) del d.lgs. n. 66 del 2010, quanto l'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010 risultavano adottati "in carenza della necessaria delega legislativa", non potendo essere invocati *a copertura* – come invece espressamente indicato nel preambolo dei provvedimenti – i commi 14, 14 *quater*, 15 e 18 dell'art. 14 della legge delega n. 246 del 2005⁹.

Nella di poco successiva sentenza n. 32, la Corte, accogliendo i dubbi sollevati dalla Terza Sezione penale della Cassazione (Cass. pen., Sez. III, ord. 9 maggio 2013 (dep. 11 giugno 2013), n. 25554¹⁰) sulla compatibilità degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies-ter*, comma 2, lett. a) e comma 3, lett. a), n. 6 del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, entrambi introdotti dalla legge di conversione 21 febbraio 2006, n. 49, con l'art. 77, comma 2, Cost., ha rilevato l'estraneità delle norme inserite in sede di conversione – con le quali è stata modificata la disciplina degli stupefa-

⁹ Il *comma 14*, infatti, "non prevede alcun diretto potere abrogativo, ma conferisce al Governo solo la delega ad individuare gli atti normativi da sottrarre alla clausola "ghigliottina" contenuta nell'art. 14, comma 14-*ter*, della legge n. 246 del 2005"; potere che dunque, rispetto al d.lgs. n. 43 del 1948, era stato già esercitato, al momento dell'adozione del d.lgs. n. 66 del 2010 e, prima ancora, del d.lgs. n. 213 del 2010, con il d.lgs. n. 179 del 2009. Oltretutto, se anche fosse stato riconosciuto al Governo dal comma 14 (o anche dal comma 14 *quater*) un potere direttamente abrogativo, sarebbero mancate le condizioni per esercitarlo nei confronti del d.lgs. n. 43 del 1948: "in base ai criteri indicati in tale comma, si trattava di un testo normativo del quale era indispensabile la permanenza in vigore", non avendo subito un'abrogazione tacita o implicita, né avendo esaurito la sua funzione (come attestato dall'aver originato i procedimenti penali nel corso dei quali erano state sollevate le questioni di costituzionalità), né potendolo ritenere privo di contenuto normativo o comunque obsoleto, costituendo l'immediata attuazione dell'art. 18, comma 2, Cost. Non appare altresì invocabile il *comma 15* dell'art. 14; qui, la delega era diretta alla semplificazione e al riassetto normativo delle disposizioni legislative anteriori al 1 gennaio 1970 mantenute in vigore all'esito delle operazioni "salva-leggi", da armonizzare, eventualmente, con la legislazione successiva; come chiarisce la Corte, con riferimento all'art. 2268 del d.lgs. n. 66 del 2010, "la finalità fondamentale di semplificazione, che costituiva la *ratio* propria della legge n. 246 del 2005, era quella di creare insiemi normativi coerenti, a partire da una risistemazione delle norme vigenti, sparse e non coordinate, apportando quelle modifiche rese necessarie dalla composizione unitaria delle stesse, mentre l'abrogazione di norme penali incriminatrici solo apparentemente connesse con la materia oggetto del riassetto normativo si colloca evidentemente su un altro piano e richiede scelte di politica legislativa, che, seppur per grandi linee, devono provenire dal Parlamento". Né, infine, poteva rappresentare un valido appiglio, con riferimento all'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010, il *comma 18* del solito art. 14 della l. n. 246 del 2005, dal momento che la delega ivi contenuta non autorizzava ad intervenire nuovamente – e *nella sostanza* – sulla scelta già compiuta, con il d.lgs. n. 179 del 2009, nell'individuazione delle norme delle quali era indispensabile la permanenza in vigore e da sottrarre all'effetto abrogativo, consentendo solo interventi integrativi, di riassetto o correttivi, rispetto alle norme che si era *già deciso* di mantenere in vita.

¹⁰ In Cass. pen., 2013, 3405 ss.

centi, eliminando a fini sanzionatori la distinzione fra droghe pesanti e droghe leggere e prevedendo un aumento delle pene per gli illeciti previsti dall'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990 relativi alle droghe leggere – rispetto all'oggetto, alle finalità e alla *ratio* dell'originale decreto-legge. In particolare, si censurava l'assenza di ogni nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate e quelle originarie del decreto-legge, ritenendo le prime – in difetto del necessario legame logico-giuridico richiesto dall'art. 77, comma 2, Cost. – adottate in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione e perciò costituzionalmente illegittime.

Non va dimenticato come, nella situazione sottoposta allo scrutinio di costituzionalità, si combinassero due tra i fattori patologici che, minando le fondamenta della riserva di legge parlamentare e la sua credibilità, alterano la separazione dei poteri e la ripartizione delle competenze tra esecutivo e legislativo: l'utilizzo non ortodosso degli atti aventi forza di legge sommato al ricorso, nella fase di conversione, ad un c.d. maxi-emendamento governativo, dal contenuto eterogeneo rispetto al decreto, che elide la discussione in aula sul testo da approvare e quindi vanifica la potenzialità garantista del confronto parlamentare. Non a caso, quindi, nella pronuncia i vizi *in procedendo* (disomogeneità degli emendamenti – ricorso a maxi-emendamenti – voto di fiducia bloccato) sono stati riconnessi non solo all'interruzione del “legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed i provvedimenti provvisori con forza di legge”, ma anche alle inevitabili frizioni con quella che, a ben vedere, rappresenta l'essenza della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., la garanzia cioè di *effettiva partecipazione delle minoranze, per via procedimentale, alle opzioni politico-criminali*¹¹.

3. I nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale

Volendo trarre un'indicazione comune dalle due pronunce, può dirsi che con esse la Corte restituisce il giusto peso, su piani distinti ma connessi, ai profili procedurali della riserva di legge, lasciando emergere le fisiologiche criticità della delegazione legislativa e della decretazione d'urgenza in rapporto alle specificità della riserva in materia penale, ancora oggi presidio della divisione dei poteri e della rappresentatività nelle scelte politico-criminali.

È evidente come, in quest'ottica, non paiano coerenti, in termini di legittimazione democratica, scelte penali adottate attraverso decreti legislativi emanati in

¹¹ Sul tema, volendo, C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, cit., 505 ss.

assenza totale di delega o estranei ai principi e criteri direttivi in essa delineati; ovvero, in sede di conversione di un decreto-legge, attraverso emendamenti di-somogenei che, seppure formalmente attribuibili al potere legislativo, vedono svalutata ogni *realità* dialettica dal ricorso alle compresse dinamiche riconducibili al combinato tra maxi-emendamenti governativi, voto bloccato che la questione di fiducia determina (precludendo ogni possibile intervento sul testo presentato dal Governo) e *minaccia* della decorrenza dei termini di conversione e dell'imminente fine della legislatura.

Nelle prese di posizione della Corte – che sanziona l'elusione del corretto procedimento di attuazione delle prescrizioni e dei limiti della delega e di conversione del decreto-legge – può cogliersi dunque la conferma della *decisività* del momento procedimentale rispetto alle esigenze di salvaguardia della *ratio* della riserva di legge. Si avvalorava l'idea che solo il procedimento legislativo – alla base dell'emanazione della legge delega e dei suoi principi e criteri direttivi, da una parte, e della conversione in legge, dall'altra – assicuri l'effettivo coinvolgimento delle forze rappresentative nel momento di compiere le scelte di criminalizzazione; le forme giuridiche di tale legittimazione e i suoi limiti non possono che coincidere con le – o, al più, derivare dalle – forme dei procedimenti assembleari.

Il *corretto iter* legislativo – esteso all'osservanza delle regole del procedimento nell'attuazione della delega e al rispetto del requisito dell'omogeneità e dell'interrelazione funzionale tra disposizioni del decreto-legge e quelle della legge di conversione – 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, *condivisa* da maggioranza e opposizione¹².

4. *Riserva di legge e Corte costituzionale: i riflessi sull'ammissibilità delle questioni in malam partem*

Ricostruito lo scenario di fondo, va dunque ricollocato il tema dell'ammissibilità delle questioni, il cui accoglimento – come è evidente – ha recato con sé (anche) effetti *in malam partem*.

Soffermandoci in particolare sulla prima sentenza, la n. 5, può ritenersi che la Corte, dichiarando l'illegittimità per carenza di delega dei decreti legislativi che abrogavano il reato di associazione militare con scopi politici, abbia lanciato anzitutto un segnale in controtendenza rispetto al timido atteggiamento assunto in tema di sindacato sulla delegazione legislativa in materia penale, intercettando

¹² F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 2007, 1294.

necessariamente anche il tema dei confini di ammissibilità degli interventi *in malam partem*¹³; del resto, non è un mistero che la Corte si sia a lungo trincerata –

¹³ Più in generale, non ci si può che limitare, in questa sede, a un mero riepilogo dell'evoluzione sul punto della giurisprudenza costituzionale, originariamente orientata a ritenere inammissibili, per difetto di rilevanza, le questioni di legittimità vertenti su norme penali di favore, sul presupposto che, in sostanza, il divieto di retroattività della norma sfavorevole imporrebbe comunque di applicare quella di favore, pur dichiarata incostituzionale (Corte cost., 26 luglio 1979, n. 91, *Giur. cost.* 1979, 678; Corte cost., 5 febbraio 1975, n. 22, *ivi* 1975, 99). Ciò almeno sino alla celebre sentenza 3 giugno 1983, n. 148 (in *Foro it.* 1983, I, 1800), con la quale, riconosciuta la rilevanza della questione sia sul piano della modificazione della *ratio decidendi* della sentenza resa dal giudice *a quo*, sia in termini di effetti sistematici sull'ordinamento, sia – soprattutto – perché la conclusione del processo incidentale con sentenza interpretativa di rigetto o di accoglimento parziale rende possibile la produzione anche nel giudizio *a quo* di effetti di tipo materiale, si è distinta la garanzia del *favor libertatis*, da reputare come autonomo principio che spetta al giudice ordinario osservare, dal sindacato di costituzionalità sulle leggi penali (anche di favore), che non può essere sottratto alla Corte “a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile”. Superato, dunque, con tali cadenze argomentative, il giudizio di ammissibilità (*profilo processuale*), il sindacato di costituzionalità sulle norme penali di favore non può che trovare un limite nel principio di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, della Costituzione (*profilo sostanziale*). Questa maggiore apertura rispetto alle prospettive del sindacato di costituzionalità sulle norme penali di favore sembra essere stata condivisa dalla Corte che, con la altrettanto celebre sentenza 23 novembre 2006, n. 394 (in *Giur. cost.* 2006, 4127 ss.), ha dichiarato (per la prima volta accogliendo la questione nel merito) l'illegittimità costituzionale delle norme che avevano trasformato in contravvenzione obblabile alcuni delitti in materia di falso elettorale, determinando la riespansione della fattispecie generale più severa, a sua volta speciale rispetto alle fattispecie incriminatrici previste in tema di falsità nel codice penale. L'esigenza di fondo, sottolineata in modo esplicito nella sentenza, è sempre quella di “evitare la creazione di «zone franche» dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza d'uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria”. Ciò premesso, si è affermato che il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche *in malam partem*, delle c.d. *norme penali di favore*, le quali si caratterizzano sotto un duplice aspetto: la *specialità* e la *compresenza* rispetto a norme generali o comuni. Nel dettaglio, sono tali le norme che “stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni” (attraverso scriminanti, cause di non punibilità, cause di estinzione del reato o della pena, circostanze attenuanti o figure autonome di reato punite in modo più mite) e che risultino da “un giudizio di relazione fra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva”. Il sindacato resterebbe invece precluso rispetto alle ipotesi di “*norme penali favorevoli*”, quelle disposizioni che “delimitano l'area di intervento di una fattispecie di reato” e si traducono in “dati espressivi di una valutazione legislativa in termini di meritevolezza ovvero di bisogno di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico criminale”, scelta cui la Corte non potrebbe sovrapporsi “senza esorbitare i propri compiti ed invadere il campo riservato dall'art. 25, comma 2, Cost. al legislatore”.

In dottrina, la sentenza è stata analizzata dettagliatamente; senza pretesa di esaustività, possono ricordarsi A. CARMONA, *Oltre la libertà personale per un diritto più giusto. Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 164 ss.; O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza*

almeno sino al 2014 – proprio dietro la barriera dell'inammissibilità, a fronte dei molteplici rischi che l'assunzione del decreto legislativo quale fonte *privilegiata* del diritto penale reca con sé¹⁴ e delle non poche questioni di legittimità costituzionale a tal proposito sollevate¹⁵.

Ovviamente, lo spettro di una possibile inammissibilità aleggiava pure sulla questione sottoposta allo scrutinio odierno: l'eventuale accoglimento si sarebbe tradotto in una pronuncia ablativa con effetti *in malam partem*, comportando la dichiarazione di illegittimità dell'art. 2268 del d.lgs. 66 del 2010 (così come quella dell'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010) la reviviscenza della disciplina abrogata e la riaffermazione della rilevanza penale dei comportamenti vietati dalla Costituzione¹⁶.

n. 394 del 2006 sui falsi elettorali, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 100 ss.; ID., *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in questa *Rivista*, 2007, 217 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, 2008; F. GIUNTA, *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore*, in AA.VV., *Verso un sindacato di legittimità delle scelte politico criminali*, Pisa University Press, 2007, 13 ss.; ID., voce *Riserva di legge*, in *Diritto penale. Dizionario sistematici*, Milano, 2008, cit., 51 ss.; G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. e proc.* 2007, 671 ss.; G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2008, 77 ss.; ID., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le zone franche*, in *Giur. cost.* 2006, 4166 ss.; D. MICHELETTI, *L'incensurabilità delle «riforme penali di favore»: un limite tecnico o di moderazione politica?*, in *Giur. cost.* 2008, 3488 ss.; C. PECORELLA, *L'efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008; ID., *Corte costituzionale e falso in bilancio: un inspiegabile ritorno al punto di partenza, commento a ord. C. cost. 20 febbraio 2006, n. 70*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2006, 302 ss.; ID., *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2007, 343 ss.; D. PULITANÒ, *Principio d'uguaglianza e norme penali di favore*, in *Corr. mer.* 2007, 209 ss.; M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 29 ss.; ID., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 538 ss.; P. VENEZIANI, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in questa *Rivista*, 2007, 233 ss.

¹⁴ Riconducibili, fra l'altro, alla non piena compatibilità con la caratura assoluta e col fondamento della riserva di legge e all'attenuazione della possibilità riconosciuta alle minoranze di sindacare le scelte di criminalizzazione operate dal legislatore; sulla questione, per tutti, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 171 ss.

¹⁵ Emblematica, in tal senso, la sentenza 26 maggio 2004, n. 161 (in *Dir. pen. e proc.* 2004, 1497 ss., con nota di F. GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*), la quale, ancora una volta dichiarando la questione inammissibile per i possibili risvolti *in malam partem*, ha superato i dubbi – in primo luogo concernenti la genericità e l'indeterminatezza dell'art. 11 comma 1, lett. a), n. 1 della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, con riferimento all'introduzione di soglie percentuali – sollevati dal Tribunale di Milano (ord., sez. II, 12 febbraio 2003) rispetto ai reati di false comunicazioni sociali, di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., così come modificati dal d.lg. 11 aprile 2002, n. 61.

¹⁶ Prima della pronuncia, la questione era stata affrontata da D. NOTARO, *"Rimandato" il sindacato costituzionale sull'abrogazione delle associazioni paramilitari*, cit., 450 ss.; M. GAMBARDELLA, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2010, 3727 ss. e M. SCOLETTA, *Reviviscenza di fattispecie penale illegit-*

La Corte costituzionale, così come avevano fatto in precedenza gli stessi giudici rimettenti, nel superare l'argomento, coglie un profilo decisivo dei rapporti tra limiti del sindacato costituzionale, riserva di legge e delegazione legislativa: l'effetto *in malam partem* derivante da una pronuncia di illegittimità costituzionale della norma di un decreto legislativo che abroghi, eccedendo dalla delega, una fattispecie incriminatrice, si pone *non in contrasto* con la riserva di legge, quanto piuttosto *a salvaguardia* della stessa. Si afferma nitidamente che "se si escludesse il sindacato costituzionale sugli atti legislativi adottati dal governo anche nel caso di violazione dell'art. 76 Cost., si consentirebbe allo stesso di incidere, modificandole, sulle valutazioni del Parlamento relative al trattamento penale di alcuni fatti". Con la conseguenza che "quando, deducendo la violazione dell'art. 76 Cost., si propone una questione di legittimità costituzionale di una norma di rango legislativo adottata dal Governo su delega del Parlamento, il sindacato (...) non può essere precluso invocando il principio della riserva di legge in materia penale", il quale "rimette al legislatore, nella figura appunto del soggetto-Parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, ed è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa".

La verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene quindi vero e proprio "strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale" e "non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio *a quo*". In caso contrario, ci si esporrebbe al solito rischio "di creare zone franche dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell'art. 25, comma 2, Cost.". Sempre richiamando le parole della Corte, al fine di superare la contraddizione ed evitare al tempo stesso eventuali effetti impropri di una pronuncia *in malam partem*, occorre "distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali"¹⁷.

timamente abrogata? Il caso del reato di "associazioni di carattere militare per scopi politici" al cospetto della Corte costituzionale, cit., 1 ss.

¹⁷ In questo passaggio, peraltro, si coglie un ulteriore punto di contatto con la sentenza n. 32 del 2014, nella quale la risoluzione degli specifici e cospicui effetti intertemporali – unitamente a quella dei risvolti di caducazione a catena sulle norme successive a quelle impugnate – veniva demandata *in toto* al giudice ordinario.

In maniera più sbrigativa ma sostanzialmente conforme, la sentenza n. 32 ha ritenuto “che gli eventuali effetti *in malam partem* di una decisione della Corte non precludono l’esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge vigente in materia penale, di cui all’art. 25 Cost.) di configurare nuove norme penali, siano esse incriminatrici o sanzionatorie, eventualità questa che non rileva nel presente giudizio, dal momento che la decisione della Corte non fa altro che rimuovere gli ostacoli all’applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore”.

Ancora più chiara, se possibile, l’ulteriore e coeva sentenza 13 marzo 2014, n. 46¹⁸: “la preclusione delle pronunce *in malam partem* non può venire (...) in considerazione quando sia in discussione la stessa idoneità della fonte di produzione normativa”; “se l’esclusione delle pronunce *in malam partem* mira a salvaguardare il monopolio del soggetto-Parlamento sulle scelte di criminalizzazione, voluto dall’art. 25, comma 2, Cost., sarebbe del tutto illogico che detta preclusione possa scaturire da interventi normativi operati da soggetti non legittimati, proprio perché non rappresentativi dell’intera collettività nazionale – quale il Governo, che si serva dello strumento del decreto legislativo senza il supporto della legge di delegazione parlamentare (...), ovvero un Consiglio regionale (...) – i quali pretendano, in ipotesi, di ‘neutralizzare’ le scelte effettuate da chi detiene quel monopolio”. Conseguenziale la chiosa: “in simili evenienze, l’eventuale decisione *in malam partem* della Corte non solo non collide con la previsione dell’art. 25, comma 2, Cost. ma vale, anzi, ad assicurarne il rispetto”.

5. *Convergenze (ma soprattutto divergenze) con le sentenze 394 del 2006 e 28 del 2010*

V’è ora da contestualizzare le conclusioni in tema di ammissibilità cui la Corte è pervenuta nei primi mesi del 2014 nel perimetro tracciato dalla precedente giurisprudenza, per verificare se davvero si è delineato un “nuovo spazio per gli interventi *in malam partem*”¹⁹.

Come è noto, secondo quanto riconosciuto nel 2006 dalla sentenza n. 394, l’eventuale dichiarazione di incostituzionalità di *norme di favore* non si porrebbe in contrasto con la riserva di legge in quanto “l’effetto *in malam partem* non discende dall’introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei

¹⁸ Corte cost., sent. 13 marzo 2014, n. 46, in *Giur. cost.*, 2014, 1134 ss.

¹⁹ Ad esempio da F. ELEOPRA, *Il rapporto tra questioni di costituzionalità in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit., 12 ss.

parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria". Riespansione che costituisce "una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale". L'opzione politico-criminale di fondo – questo è l'argomento e il criterio giustificativo del possibile effetto deteriore – rimarrebbe comunque appannaggio del potere legislativo, visto che sarebbe la stessa legge (generale) – riespandendosi – a (tornare a) governare la materia (nell'ipotesi, i falsi elettorali).

L'argomento addotto, nella sua apparente linearità, non convince del tutto, prestando il fianco, in uno con l'ambiguità che accompagna la distinzione tra norme favorevoli e norme di favore²⁰, a penetranti obiezioni.

Anzitutto, si è osservato, l'automatica riespansione della norma generale, quale portato dell'unitarietà dell'ordinamento, entrerebbe *comunque* in contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., dal momento che dapprima il legislatore aveva "posto con una sua autonoma scelta discrezionale la norma ora riespansa" e quindi, in un momento successivo, "ponendo quella *mitior*, eliminata dalla Corte, aveva operato una scelta politica di sistema che rimane a lui riservata proprio in ragione dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico penale"; seguendo il ragionamento della Corte, invece, la discrezionalità politica sembrerebbe "esercitata ed esercitabile dal Parlamento solo fattispecie per fattispecie", disegnando "una curiosa riserva di legge 'di legge in legge' e non piuttosto, come è ovvio che sia, monopolio del legislatore su tutte le scelte che determinano, attraverso tutti i vuoti e tutti i pieni del sistema penale, effetti (negativi) sulla libertà degli individui sottoposti al potere statale"²¹.

Ancora, si è sottolineato come la distinzione operata dalla Corte tra l'ipotesi di introduzione di una nuova fattispecie e quella di ripristino della disciplina generale possa ammettersi unicamente se coniugata con una concezione della ragionevolezza intesa quale precipitato del principio dell'uguaglianza di trattamento in senso stretto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, Cost. A ben vedere, "solo quando la Corte censura discriminazioni dei cittadini per sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche nonché condizioni personali o sociali, il suo controllo consiste effettivamente in valutazioni intrasistematiche delle scelte legislative, e ciò, indipendentemente dalla circostanza che la scure del suo giudizio si abbatta su norme incriminatrici o di favore"; negli altri casi, "l'accertamento della sproporzione per difetto passa attraverso valutazioni di merito e apprezzamenti politico-criminali

²⁰ Ambiguità sottolineata, fra gli altri, da P. VENEZIANI, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, cit., 236; parla di un "ingegnoso stratagemma retorico", O. DI GIOVINE, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, cit., 231.

²¹ A. CARMONA, *Oltre la libertà personale per un diritto più giusto*, cit., 175

del tutto simili a quelli coperti dal principio della riserva di legge, posto che il parametro della ragionevolezza viene a rilevare come autonomo criterio di razionalità intrinseca della normativa²². Detto altrimenti: “altro è il ricorso alla ragionevolezza come criterio per sindacare le discriminazioni legislative che incidono sulla portata dei diritti fondamentali, altro è l’impiego della ragionevolezza per ampliare il raggio di operatività della norma penale. Nell’un caso la ragionevolezza fa leva sui diritti fondamentali come ‘limite’ di rango costituzionale all’intervento penalistico: nel secondo caso sono proprio i diritti fondamentali che, attraverso il sindacato di intrinseca razionalità della norma penale ritenuta discriminatoria, vengono ulteriormente compromessi”²³.

In buona sostanza, la Corte non pare essere riuscita a dissipare non solo le perplessità sul “perché l’ablazione della norma di favore non confliggerebbe con la riserva di legge mentre un conflitto siffatto si registrerebbe in caso di ablazione di norma favorevole”²⁴, ma anche (e soprattutto) la sensazione che il richiamo all’automatica riespansione della norma generale (deteriore) rappresenti più un *escamotage* per correggere una scelta di politica criminale del legislatore non condivisa²⁵, piuttosto che un solido argomento sistematico, rendendo – a differenza di quanto invece accade con le ultime decisioni – la salvaguardia della riserva di legge più apparente che reale. Non sembra cioè sufficiente, come pare invece ritenere la Corte, l’ancoraggio a un momento puramente formale – il richiamo a un *concomitante e generale* atto legislativo – a salvaguardare le prerogative della riserva di legge in una materia, quella penale, nella quale il profilo di garanzia della fonte di produzione legislativa appare inesorabilmente funzionalizzato all’esistenza di un consenso espresso sulla sostanza della scelta politica, nei modi e nei termini della dialettica parlamentare.

La sentenza n. 5, nel corpo della motivazione, si richiama – stavolta in maniera non del tutto convincente – ad un altro precedente: la sentenza 28 giugno 2010, n. 28²⁶, con la quale è stata riconosciuta – in riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. – l’illegittimità di un decreto legislativo intermedio che aveva escluso, in contrasto con una direttiva comunitaria, la punibilità di un fatto anteriormente e successivamente previsto come reato, sul presupposto che “se si stabilisse che il possibile effetto *in malam partem* della sentenza inibisce la verifica di conformità

²² F. GIUNTA, voce *Riserva di legge*, cit., 48.

²³ F. GIUNTA, *Corte costituzionale e diritto penale nell’epoca della democrazia maggioritaria. La problematica angolazione delle c.d. discipline di favore*, in *Giust. pen.*, 2012, II, c. 250.

²⁴ P. VENEZIANI, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, cit., 242.

²⁵ In questo senso, ancora F. GIUNTA, *Corte costituzionale e diritto penale nell’epoca della democrazia maggioritaria*, cit., c. 250.

²⁶ Corte cost., sent. 28 gennaio 2010, n. 28, in *Giur. cost.*, 2010, 358 ss.

delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – (...) cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie (...) per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. – non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano”. La pronuncia del 2010 è stata letta come l’avvio, da parte della Corte, di un nuovo percorso, volto a dichiarare l’incostituzionalità di norme interne (extrapenali), anche con effetti di favore, ritenute in contrasto con una norma comunitaria priva di effetti diretti, non più attraverso il *grimaldello* dell’art. 3 Cost., bensì direttamente per contrasto con i vincoli comunitari posti dagli artt. 11 e 117 Cost.²⁷; per tale via, il nodo problematico degli effetti *in malam partem* verrebbe agevolmente risolto facendoli discendere non già dalla decisione stessa o dalla direttiva, quanto piuttosto “dalla applicabilità della vigente fattispecie di reato non più ‘neutralizzata’ dalla disposizione di deroga contrastante con il diritto UE (ed appunto dichiarata illegittima dalla Corte)”²⁸.

Il riferimento odierno agli spunti avanzati nel 2010, dimostrerebbe, secondo taluno, “la presenza di un altro spazio all’interno del quale il giudice delle leggi può pronunciare *in malam partem*, senza violare la riserva di legge in materia penale” (e cioè “quando il legislatore (nazionale) ha violato il diritto europeo”)²⁹, sull’assunto che ogniqualvolta “lo stesso Parlamento (o il Governo in sede di legislazione delegata) non rispetta le norme preposte *vuoi* sotto il profilo del corretto esercizio dell’attività di produzione normativa primaria, *vuoi* sotto il rispetto del proprio ambito di competenza con l’Unione europea, si può fondatamente negare che la riserva di legge operi come limite all’ammissibilità di questioni di costituzionalità”³⁰.

Orbene, l’asserita sovrapposibilità, al metro della riserva di legge, del *vulnus* cagionato dai vizi procedimentali rilevati nel 2014 alla lesione degli artt. 11 e 117,

²⁷ Corte cost., sent. n. 28 del 2010, cit., 358 ss.; ricostruisce il dibattito sugli obblighi di tutela penale di matrice sovranazionale, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 106 ss.

²⁸ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 121 ss.; si è in proposito osservato come “la necessità di dichiarare l’incostituzionalità di una norma che violi gli obblighi internazionali, anche laddove ne derivino effetti *in malam partem* in materia penale, rimettendo al giudice *a quo* la valutazione degli effetti nel caso concreto, sembra operare il bilanciamento tra il rispetto degli artt. 11 e 117 e la riserva di legge in materia penale di cui all’art. 25, comma 2, sicuramente a favore dei primi, facendo discendere in maniera discutibile una limitazione della potestà legislativa in materia penale da fonti sovranazionali non emanate necessariamente con quelle garanzie di democraticità” (così A. M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1134 ss.).

²⁹ F. ELEOPRA, *Il rapporto tra questioni di costituzionalità in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit., 15.

³⁰ F. ELEOPRA, *Il rapporto tra questioni di costituzionalità in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit., 15.

comma 1, Cost. censurata nel 2010 non persuade, né appare possibile cogliere un “*filo rosso*” tra le pronunce nella “*carezza di potere* rispetto alla possibilità di adottare la normativa oggetto di valutazione di costituzionalità”³¹. È sufficiente, in proposito, rammentare come, mentre nel caso oggetto delle pronunce di inizio 2014 (vizi procedurali interni, incidenti sulla fase genetica della fattispecie) presupposto dell’intervento della Corte – i cui effetti possono *indifferentemente* essere *in bonam* ovvero *in malam partem* – sia la tutela delle prerogative *penali* dell’organo parlamentare, esautorato della competenza politico-criminale dal potere esecutivo, e dunque in ultima istanza l’essenza della riserva di legge, nella pronuncia del 2010 ci si fondi sulla diversa esigenza di non deprivere, per il tramite di un possibile effetto *in malam partem* inibitorio, le norme comunitarie – “cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie (...) per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.” – di ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, “come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali”.

Non sembra essere chiamata in causa alcuna violazione procedimentale, né tantomeno alcuna *espropriazione* di competenze *riservate*; così come non è dato rinvenire, negli esiti della sentenza del 2010, alcuno sforzo di tutela del fondamento della riserva di legge; anzi, ad essere custodita è piuttosto la *primazia* del potere normativo (a questo punto anche penale) dell’Unione europea, a discapito di un’autonoma e legittima valutazione del Parlamento nazionale che – in sede di recepimento – aveva optato per una differente scelta di politica criminale³². Siamo

³¹ F. ELEOPRA, *Il rapporto tra questioni di costituzionalità in malam partem e riserva di legge in materia penale*, cit., 19.

³² Solo incidentalmente, può aggiungersi che, nell’ipotesi presa in considerazione, la salvaguardia della scelta *penale* interna più mite non rappresenterebbe altro che l’applicazione di quello che, in altra sede, è stato tematizzato quale *controlimita della riserva di legge in materia penale* (C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in questa *Rivista*, 2014, 351 ss.); controlimita che – con l’avallo interpretativo offerto non solo da una lettura *contenutistica* forte dell’art. 25 Cost., ma anche dell’art. 4.2. TUE – scatterebbe proprio al cospetto di una questione di legittimità costituzionale, per asserito contrasto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., di una norma interna non conforme agli obblighi comunitari di tutela penale, che preveda un trattamento ritenuto non adeguato agli *input* di tutela sanciti a livello sovranazionale in forma *dettagliata*, ovvero nel caso di lacuna di tutela *sopravvenuta*, allorquando cioè a fronte di un obbligo di tutela prima attuato il Parlamento decida in un secondo momento di *cambiare idea*, ad esempio depenalizzando una condotta per la quale in sede sovranazionale si reclama una precisa risposta penale (sul tema, diffusamente, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 112 ss.). A ben vedere, seguendo questa impostazione e fermo restando il vincolo di sindacabilità interna *ex art.* 3 Cost. (nei sopra ricordati limiti di una ragionevolezza-uguaglianza), la scelta del legislatore nazionale di dare attuazione *parziale* o *diversa* agli obblighi di penalizzazione ovvero di intervenire con una norma successiva che abroghi una precedente disposizione attuativa di tali obblighi o che preveda comunque un trattamento più favorevole (in generale: che non sia più in linea con gli obblighi europei), rientrerebbe in

piuttosto lontani dall'obiettivo di ripristinare il valore della deliberazione fatta nella sede parlamentare, nel rispetto delle competenze e delle procedure a tal fine previste dalla Costituzione.

6. *Un nuovo spazio per gli interventi in malam partem o uno spazio nuovo, nel rispetto della riserva di legge?*

Tirando le fila, occorre tornare al punto che, come si è cercato di mettere in luce, appare il fulcro argomentativo del discorso: i limiti del sindacato della Corte attingono al rispetto delle prerogative del potere legislativo nelle scelte politico-criminali e non possono essere estesi alle scelte compiute dall'esecutivo; scelte che peraltro – nel caso di eccesso di delega – potrebbero essere effettuate in contrasto con quelle del Parlamento o, quantomeno, *a sua insaputa*³³.

In questa prospettiva, la Corte dovrebbe prioritariamente sfuggire alla tentazione di “dilatare, attraverso lo sfuggente canone della ragionevolezza, l’area del penalmente rilevante, posto che per questa via l’organo deputato al presidio dei diritti di libertà finirebbe per incidere proprio sul principale di questi diritti, quello che attiene alla libertà personale, riposto dalla Costituzione nelle mani del legislatore”³⁴. L’ammissibilità di una declaratoria andrebbe circoscritta alle sole peculiari ipotesi nelle quali, al cospetto di un vizio formale, sia stata obliterata la garanzia procedimentale della riserva di legge (e dunque della legalità penale) e gli effetti (anche, se del caso, *in bonam partem*) del provvedimento dichiarato costituzionalmente illegittimo siano frutto di una scelta *a non domino*, non attribuibile al potere legislativo e per ciò solo in contrasto con l’art. 25 Cost. Tutto ciò, in coerenza con la distinzione – pure ricordata dalla Corte, ma forse sottovalutata dai primi commentatori – tra *effetto* della pronuncia e *ragione* dell’intervento.

Il percorso intrapreso nel 2014, se adeguatamente contestualizzato all’interno della giurisprudenza costituzionale sul tema, alla luce dell’interpretazione proposta anziché allargare le maglie del controllo di costituzionalità, dilatando il varco

pieno nell’esercizio della discrezionalità legislativa nella valutazione politico-criminale; discrezionalità resa impermeabile attraverso il richiamo agli artt. 4.2. e 6.3. TUE, all’art. 67.1. TFUE e all’art. 53 della Carta di Nizza – in pratica: al controlimite della riserva di legge, nel suo significato di *libertà legislativa* – rispetto all’obiezione di avere tradito gli obblighi di penalizzazione europea (e quindi l’obbligo di fedeltà comunitaria) e che certamente non viene meno anche nel caso in cui sia stato già recepito un obbligo di tutela europeo, precludendogli la possibilità di *poter tornare indietro*.

³³ Nella medesima prospettiva, in dottrina, anche M. GAMBARELLA, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, cit., 3729 (e ancor più approfonditamente in ID., *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 125 ss.).

³⁴ F. GIUNTA, *Corte costituzionale e diritto penale nell’epoca della democrazia maggioritaria*, cit., c. 250.

aperto nel 2006 (anche alle ipotesi di norme favorevoli)³⁵, pare invece meglio precisarlo, puntellandolo col rigoroso ancoraggio alla garanzia (procedimentale) della riserva di legge, il cui fondamento ha un valore assoluto, che non può essere svalutato né obliterato allorché l'effetto della rimozione del vizio procedimentale, come nel caso della sentenza n. 5, si assuma *in malam partem*. Anche la valutazione sulla perdita di disvalore penale di un fatto, che conduce all'abolizione della relativa fattispecie di reato prima prevista, rappresenta un'opzione di politica criminale, come tale da ricondurre *comunque* al valore della democraticità nelle scelte punitive³⁶; valore garantito solo se – e nella misura in cui – queste costituiscono il portato di un confronto dialettico tra le diverse forze politiche che animano l'organo parlamentare, direttamente rappresentative della sovranità popolare³⁷.

³⁵ M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale*, cit., 551

³⁶ In una prospettiva non dissimile M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 3 febbraio 2014, 11; A. LOLLO, *La giurisprudenza costituzionale sul sindacato delle "norme penali più favorevoli" ad una svolta. La Corte adotta un paradigma "sostanziale" ed estende (giustamente) il sindacato di costituzionalità ai casi di violazione della legge di delega (Osservazioni minime a margine di Corte cost. n. 5 del 2014)*, in *Rivista AIC*, giugno 2014, 6 ss. e C. CARUSO, *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, cit., 129, per il quale la sentenza n. 5 del 2014 offre lo spunto per una lettura dell'art. 25, comma 2, Cost. come non esclusivamente proteso alla "protezione subiettiva del cittadino dagli eccedimenti dagli eccessi punitivi", ma anche "alla restaurazione *obiettiva* della legalità costituzionale violata".

³⁷ Lo stesso argomento sorregge le perplessità che non ha mancato di suscitare la soluzione avanzata dalla Corte nella sentenza n. 32, circa la sicura reviviscenza della normativa abrogata (in materia di stupefacenti) dalla legge dichiarata incostituzionale per un vizio di carattere formale: la valutazione di politica criminale alla base della norma dichiarata incostituzionale (non censurata nei contenuti) era, nel caso di specie, orientata sulla (pur discutibile, ma non discussa nel merito) scelta di equiparare, a fini sanzionatori, droghe leggere e droghe pesanti; assimilazione che, con la reviviscenza della precedente normativa, improntata ad una logica repressiva del tutto differente, viene eliminata (rilievi critici, sul punto, in C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, cit., 509 ss.).

Senza dimenticare i dubbi che ha suscitato (e continua a suscitare) la distinzione tra norme di favore e norme favorevoli – *discrimen* individuato dalla sentenza 394 del 2006 per legittimare un sindacato di ragionevolezza *in malam partem* solo nel secondo caso, nel quale non verrebbero in gioco valutazioni legislative in termini di "meritevolezza" ovvero di "bisogno di pena", in grado di caratterizzare una precisa scelta di politica criminale –, sol che si rifletta sul fatto che anche sottrarre una determinata fascia di soggetti ad un trattamento sanzionatorio ritenuto per loro incongruo rappresenta una (discutibile ma legittima) *presa di posizione* politico-criminale, con l'effetto che "attraverso il controllo sulle norme di favore improntato sul parametro della ragionevolezza-razionalità, piuttosto che su quello della ragionevolezza-uguaglianza, la critica di merito si trasforma in censura di legittimità, senza che la scelta politico-criminale di natura ablativa venga compiuta da un organo direttamente rappresentativo del corpo sociale e, naturalmente, senza rimedi nei confronti del responso di illegittimità" (F. GIUNTA, voce *Riserva di legge*, cit., 48).

Assecondando la lettura *virtuosa*, vanno al dunque privilegiate le non poche opportunità in chiave di *ulteriore garanzia* che le censure mosse dalla Corte – rivitalizzando il ruolo del procedimento legislativo e la matrice democratica della rappresentanza parlamentare – disvelano: prima fra tutte quella di stimolare un'opera di ridimensionamento dell'(ab)uso degli atti aventi forza di legge in materia penale, per l'effetto dissuasivo che l'ampliamento del sindacato può indurre nei confronti del potere esecutivo, a partire da un possibile punto di svolta in relazione agli eccessi della (e nella) delegazione legislativa. Soprattutto perché non si potrà più invocare – in presenza di patenti violazioni procedimentali (tanto con riferimento agli atti aventi forza di legge, quanto nel rapporto con le fonti sovranazionali) – il *totem* degli effetti *in malam partem* come baluardo (o comodo alibi) per schivare, attraverso l'inammissibilità, declaratorie di illegittimità.

OMBRETТА DI GIOVINE

A PROPOSITO DI UN RECENTE DIBATTITO SU “VERITÀ E DIRITTO PENALE”

SOMMARIO: 1. Dichiarazione di intenti. – 2. La verità come corrispondenza nella filosofia del linguaggio. Esiste un “fenomenismo giuridico”? – 3. Segue. Un dubbio: quanto realistiche sono le impostazioni realistiche nella filosofia contemporanea? – 4. Il predicato V degli enunciati che descrivono fatti storici nel diritto. La V-corrispondenza secondo i giuristi ed in particolare i processualisti. – 5. Il predicato V degli enunciati legislativi che contengono incriminazioni. I rapporti tra V-corrispondenza e determinatezza della fattispecie penale. – 6. Segue. Il predicato V degli enunciati legislativi. La posizione di Franca D’Agostini. – 7. Segue. Una possibile replica. – 8. Conclusione: la relativizzazione dello scontro tra verità come corrispondenza e verità come coerenza o come pragmatismo. Ovvero “fatto e valore sono sempre intrecciati” anche nel diritto penale.

1. *Dichiarazione di intenti*

Da quando il tema dell’interpretazione è esploso nella materia penale, sono fiorite le distinzioni e si è cominciato a contrapporre i cognitivisti agli scettici (o anti-cognitivisti), gli analitici agli ermeneutici, i realisti ai costruttivisti, i formalisti agli anti-formalisti e così via.

Nasce però il timore che l’amore di (pur doverosa) teorizzazione ed il gusto per la disputa verbale possano avere la meglio sugli sforzi tesi a risolvere disagi condivisi da tutti, quali: il “pluralismo disordinato” delle letture giurisprudenziali, la vorace primazia del potere giudiziario ed il sostanziale isolamento che la dottrina soffre nel presente momento storico del diritto.

È dunque preliminare capire se insistere in queste distinzioni abbia un senso o se per caso distolga energie dalla soluzione di problemi comuni, precludendone una chiara tematizzazione.

In questo scritto cercherò di mitigare le differenze teoriche dimostrando che tante volte le contrapposizioni sono indotte, per effetto di un fenomeno di polarizzazione, dalla dimensione teorica in cui gli autori si muovono, ma che esiste una sostanziale convergenza di intenti.

In tal senso, una cartina di tornasole è senza dubbio rappresentata dal concetto di verità la cui discussione si sta diffondendo anche in materia penale e che influenza

inevitabilmente le posizioni in materia di interpretazione (un approccio meramente semantico presuppone infatti che la verità sia intesa come corrispondenza).

2. *La verità come corrispondenza nella filosofia del linguaggio.*
Esiste un “fenomenismo giuridico”?

All'interno della filosofia linguistica regna una confusione non minore che nel diritto ed anche le definizioni terminologiche possono rivelarsi problematiche. Per ridurre la possibilità di equivoci, assumerò come coordinate alcuni passaggi di un lavoro ancora recente in cui la filosofa analitica Franca D'Agostini compie una ricostruzione lucida e puntuale delle teorie sulla verità (*Introduzione alla verità*, Bollati Boringhieri, 2011).

In tale lavoro le concezioni di verità vengono innanzitutto distinte in «robuste» e «non robuste». Le «teorie robuste» si impegnano nel fornire una definizione del predicato vero (V) e sono: il *corrispondentismo* (per cui un enunciato è vero se corrisponde alla realtà), il *coerentismo* (per cui un enunciato è vero se è coerente con altre proposizioni o è accettabile razionalmente) ed il *pragmatismo* (per cui un enunciato è vero se è utile o efficace o coronato da successo ritenere quello che esso esprime); le «teorie non robuste» rinunciano a priori a questo tentativo ed anzi lo reputano in un certo senso inutile. Per questa ragione, si identificano prevalentemente con le impostazioni «deflazionistiche» – da *to deflete* e cioè “sgonfiare” – che tendono a ridimensionare il concetto di verità. Ricordo anche da subito che tra le teorie non robuste e deflazionistiche la stessa D'Agostini cita la nota (anche in diritto) impostazione dei c.d. bicondizionali tarskiani (per intenderci il «“la neve è bianca” se e solo se la neve è bianca»), suscettibile però, secondo l'Autrice, altresì di lettura in chiave corrispondentista.

Ora, concorderemmo tutti che, tra le prime, la *più robusta* è l'idea della verità come corrispondenza, la quale trova, come noto, la sua prima compiuta enunciazione in Tommaso d'Aquino e nel suo *veritas intellectus [est] adaequatio intellectus et rei*.

Sicuramente la teoria della verità-corrispondenza ha (quello che per la D'Agostini, ma anche dal mio modesto punto di vista è) il pregio di una forte vicinanza al senso comune.

Anzi, all'interno nel dibattito filosofico si fa spesso leva su questa parentela per proporre argomenti *spettacolari* dal forte impatto emotivo.

Ci riesce da par suo Maurizio Ferraris, ad esempio quando argomenta la difficile sostenibilità dell'anti-realismo non solo sul piano filosofico, ma anche su quello etico-politico, evocando l'appena trascorso (si spera) ventennio berlusco-

niano, basato sulla menzogna e la mistificazione sistematica, oppure il pernicioso fenomeno del negazionismo¹. E non è il solo.

Umberto Eco ha notato che si danno concetti di fronte ai quali «il nostro linguaggio sfuma nel silenzio: è l'esperienza della morte»².

Un'esemplificazione non meno suggestiva riguarda l'abbattimento delle *Twin Towers* l'11 settembre 2001. Dicono i realisti: come si può continuare a sostenere che la conoscenza è soggettiva di fronte ad eventi di palpabile verità³?

Sappiamo pure che l'idea secondo cui un'affermazione è vera se «corrisponde ai fatti» è passata al vaglio di secoli di riflessione filosofica (annoverando tra i suoi più celebri sostenitori Bertrand Russell e John L. Austin) e – forse – è oggi quella dominante.

Tuttavia, sin da quando è nata, la verità-corrispondenza si è esposta ad alcune obiezioni. La più importante – come spiega con grande chiarezza sempre Franca D'Agostini⁴, che pure è una sua convinta sostenitrice – fa capo ad un problema metafisico ed affonda nella diffidenza, ampiamente tematizzata dalla cultura filosofica contemporanea, di attingere al cuore della realtà e nella correlata prospettiva epistemologica che limita la conoscenza a ciò che appare.

Il vero avversario della verità-corrispondenza è, cioè, il fenomenismo.

Tale corrente, definita dall'autorevole filosofa «la madre di ogni difficoltà» per la concezione della verità-corrispondenza⁵, ha concimato la diffusione degli accennati concetti alternativi di verità, come la verità-coerenza e la verità-pragmatica. E sarebbe alla base della pervasiva diffusione della c.d. «cultura della non verità» nella filosofia, ma anche nella sfera pubblica, nella scienza (!) e in ogni ambito culturale.

La domanda è allora: la cultura della non verità ha pervaso anche il diritto?

In altri termini, mi chiedo: ferma l'inevitabile osmosi tra saperi e orientamenti culturali, è davvero possibile instaurare un convincente parallelismo tra quel che accade in filosofia e quel che accade in diritto? Potremmo cioè plausibilmente sostenere che l'idea che la verità non esiste o che sia riducibile soltanto alla sua dimensione epistemica (ad una «verità-per-noi») sia anche nel diritto alla base di

¹ M. FERRARIS, *Epistemologia ad personam*, in *Micromega*, 5, 2011, p. 90 ss. Le menzogne di Berlusconi rappresentano una esemplificazione ricorrente nella letteratura filosofica sul tema della menzogna.

² Così, da ultimo, U. ECO, *Di un realismo negativo*, in M. DE CARO, M. FERRARIS, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, 2012, p. 106.

³ Così Julian BAGGINI, direttore della rivista *Philosopher's Magazine* nel numero di settembre del 2002, aprendo un dibattito che ha avuto ampio seguito su *Reset*, grazie anche alla partecipazione di voci come quella di Habermas e di Derrida. Ne riferisce E. AMBROSI, *Introduzione. La filosofia dopo l'11 settembre*, con cui si apre AA.VV., *Il bello del relativismo*, Marsilio, 2005.

⁴ F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Bollati Boringhieri, 2011, p. 55.

⁵ F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., p. 55.

quella che da tempo Michele Taruffo (con termine mutuato da Alvin Godman) denuncia, stigmatizzandola, come una dilagante «verifobia»?⁶

Non credo. Il fenomenismo mi pare una prospettiva nemmeno presa in considerazione dal diritto, non foss'altro perché il dibattito giuridico non attinge ai livelli di profondità e di complessità della riflessione filosofica; non ne avverte la necessità. Non mi consta che alcun giurista positivo abbia messo in discussione l'esistenza della realtà o la sua accessibilità, e cioè la possibilità di conoscerla: abbia teorizzato, cioè, quello della verità come un problema metafisico.

Anzi, mi spingerei ad affermare che se la verità, nonostante i suoi tanti problemi e i suoi tanti critici, resta per la filosofia una «parola straordinaria», e cioè un «super-concetto» o «concetto irriducibile» o trascendentale di cui non si può davvero fare a meno⁷, per il diritto è – se possibile – ancora *più* 'super', 'irriducibile' e 'trascendentale'.

Semplicemente, alcuni studiosi pensano (forse a torto) di potersi permettere il lusso di dare per scontato che la realtà esiste, senza doverlo ribadire ad ogni piè sospinto. Costoro, pur riconoscendo che essa in molte situazioni – non so se siano la gran parte – si presta ad una lettura agevole, univoca, reputano più utile concentrarsi sulle *altre*: quelli in cui la realtà si presta a letture diverse. Aggiungono che i casi (secondo la nota terminologia hartiana) «difficili» non sono riconducibili ad una classe pre-determinabile, fissa ed ipostatizzata, poiché anche quello che oggi appare un caso «facile» (inquadabile in una qualche teoria della corrispondenza), un domani, per effetto dei continui mutamenti della realtà, potrebbe non rivelarsi più tale, ed invitano, di conseguenza, a riflettere più che altro sui criteri atti a stabilire quale di queste letture vada preferita.

Consapevolmente o meno, questi giuristi hanno quindi sempre e naturalmente adottato un'impostazione *semi-costruzionista*, ammettendo che la realtà esiste indipendentemente dalla nostra conoscenza; che essa non è inaccessibile ma che nemmeno conoscibile nella sua totalità. Essi, come preciserò di seguito, si mostrano dunque interessati al *solo problema epistemico*.

Se vogliamo definirli «scettici», facciamo pure, purché lo scetticismo sia assunto nell'accezione, che anche la D'Agostini gli riconosce, di metodo critico di ricerca della verità⁸. Anche l'etichetta di «assolutisti delusi» mi sembra attagliarsi al percorso culturale che molti di essi si lasciano alle spalle. Ma sia chiaro che le pretese dimostrative di questa dottrina si esauriscono nei termini, modesti, che ho appena precisato.

Il discorso, molto banalmente, è tutto qui.

⁶ M. TARUFFO, da ultimo, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del pre-cetto e della sanzione penale alla prova del processo, Jovene, 2014, p. 181.

⁷ F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., pp. 95 ss.

⁸ F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., pp. 203 ss.

Per fugare ogni eventuale dubbio residuo, riprendo le "esemplificazioni ad effetto" riportate in precedenza (tutte riducibili a quello che la D'Agostini, sulla scia della MacKinnon, chiamerebbe l'argomento dell'«urto della realtà»⁹).

Con riferimento alle posizioni di Ferraris, pochi sosterrebbero che, poiché la realtà non esiste, quelle di Berlusconi non erano menzogne. Ma sempre in pochi negherebbero altresì che le (indubbie) menzogne berlusconiane (in uno, ovviamente, con alcuni suoi comportamenti materiali) hanno dato la stura, nella giurisprudenza ed anche nella dottrina, ad un dibattito pullulante di differenti qualificazioni giuridiche. E ancora più diversificate sono state le posizioni quando si è prospettata l'ipotesi di incriminare il negazionismo, fenomeno pure da tutti riconosciuto (e biasimato)¹⁰.

Quanto alla provocazione di Eco sull'esperienza della morte, non credo sia necessario ricordare che c'è voluta una legge (n. 578 del 1993) per stabilire quando una persona potesse dirsi "morta". Né penso valga la pena chiosare come, sul versante dei riflessi penalistici e dell'interpretazione della fattispecie di omicidio doloso, nemmeno la mutazione in normativi giuridici di elementi un tempo pacificamente descrittivi sia riuscita a contenere le controversie interpretative relative al trattamento del "fine vita", indotte dalla sopravvenienza delle nuove tecnologie di prolungamento (artificiale?) della vita.

Con riferimento al crollo delle *Twin Towers*, la sua drammatica evidenza non impedì a Steven Pinker (autorevole psicologo cognitivo americano con interessi nel campo delle neuroscienze e, incidentalmente, del tutto estraneo all'orizzonte culturale europeo di segno costruttivista e/o ermeneutico) di chiedersi, in apertura di un suo libro pubblicato in contemporanea con l'infuriare delle "polemiche realiste", «se l'abbattimento delle due torri gemelle abbia configurato un evento oppure due». Non suoni irrispettoso per la memoria delle vittime di quella terribile strage, ma anche tale questione ha avuto una certa rilevanza giuridica: interessava molto, per esempio, a tale Lerry Silverstein, il miliardario affittuario del *World Trade Center*, che aveva stipulato una polizza assicurativa per tre miliardi e mezzo di dollari per ciascun evento lesivo (ignoro tuttavia se la controversia giudiziaria si sia conclusa e, se sì, come)¹¹.

Brutalmente, insomma, per il diritto il problema non è se si possa negare che Berlusconi dica menzogne o che il negazionismo sia un fenomeno in espansione. E nemmeno se sia possibile negare l'esperienza della morte o se le Torri Gemelle siano o meno state abbattute.

⁹ F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., p. 18.

¹⁰ Limite le citazioni a M. CASSANO, *Negazionismo ed opportunità di una risposta penale*, e C. DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare ma nemmeno punire. Alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, entrambi in questa *Rivista*, 2013, pp. 271 ss.; pp. 285 ss.

¹¹ S. PINKER, *Fatti di parole*, Mondadori, 2009 (or. 2007).

Il problema è piuttosto che i dati di fatto si prestano a letture (interpretazioni, appunto) potenzialmente molto diverse tra loro e non necessariamente etichettabili come giuste o sbagliate. Questo rende necessario un atto d'imperio, un atto convenzionale (una legge o, più spesso, una sentenza) che consacri una lettura come vincolante. Il fuoco dell'analisi si sposta dunque sulle condizioni (epistemologiche e giuridiche) che consentano di raggiungere il risultato più funzionale agli scopi del diritto (V-pragmatismo?).

Tutt'al più, potremmo mutuare al diritto un'altra distinzione che la D'Agostini fa nelle prime pagine del suo libro: quando contrappone le teorie «metafisiche» o «realistiche» alle teorie «epistemiche» della verità. Le prime «cercano di caratterizzare la verità tenendo conto del fatto che il predicato “vero” implica un riferimento alla realtà indipendentemente dai nostri modi di conoscenza, ossia con riguardo a come le cose stanno “in se stesse”»; le seconde appaiono «interessate a capire quando possiamo chiamare “vera” una proposizione o una credenza, o che cosa significa accettare razionalmente come “vera” una certa proposizione»¹². E, come anticipavo, potremmo ascrivere gli «assolutisti delusi» alla seconda categoria.

Con un'avvertenza, però: come emerge anche dalle parole (e dalle pagine) della D'Agostini, la distinzione tra concezioni realistiche ed epistemiche non coincide con quella tra «teorie robuste» e «teorie non robuste», perché anche gli epistemici cercano di dare una definizione della verità¹³.

¹² F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., p. 37.

¹³ La D'Agostini prosegue osservando come per gli epistemici non vale il principio del terzo escluso, secondo cui «se qualcosa non è vero è falso». Se infatti si parte dalla prospettiva della «verità-per-noi», ben può accadere che una proposizione sia né vera né falsa. I giuristi “realisti” (che in questo dovrebbero definirsi piuttosto idealisti, e non in senso filosofico) obietterebbero agli “epistemici” che tale superamento non è una cosa bella e che sarebbe invece auspicabile mantenere il terzo escluso nel diritto. A costoro farei soltanto presente che il terzo escluso ha sempre rappresentato un vero e proprio *rebus* per la logica classica; che questa, al contrario di quella giuridica, che nega il problema, da sempre lo riconosce e si confronta (cercando una soluzione) con l'esistenza di *realtà* (vaghe) come quelle della trentacinquenne Maria, della quale non può dirsi né che è giovane né che è vecchia, o di Giovanni, che ha pochi capelli in testa e del quale non può quindi dirsi né che è calvo né che non lo è (F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., estesamente, pp. 166 ss.). Il realismo, però, secondo la D'Agostini, non ne esce sconfitto: la filosofa osserva come, in quei casi, sia la realtà in sé *borderline* (la vaghezza è metafisica), sicché sia l'enunciato per cui Maria è giovane sia quello per cui è vecchia; sia l'enunciato per cui Giovanni è calvo sia quello per cui non lo è, sono enunciati *veri* (F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., p. 177). Questa conclusione mi piace. Penso però che anche nel diritto, se proprio si vuole insistere nelle etichette e ci si vuole ascrivere al partito dei “realisti”, si dovrebbe a fare i conti (ammettendone l'esistenza) con situazioni di questo genere (realtà vaghe) e dunque con l'evenienza di interpretazioni opposte delle quali non possa/debba necessariamente dirsi che una giusta e l'altra è sbagliata, ma che entrambe sono “vere”.

3. *Segue. Un dubbio: quanto realistiche sono le impostazioni realistiche nella filosofia contemporanea?*

Ad onor del vero, d'altro canto, se diamo uno sguardo anche molto superficiale alle posizioni dei filosofi più frequentemente richiamati nell'ambito del dibattito penalistico¹⁴, ci avvediamo che le nuove versioni del realismo non sono mai totalmente "realistiche" e che il concetto di verità non è mai del tutto corrispondentista.

Lo ammette il realista Pascal Engel, nel contesto di una polemica con Richard Rorty (da molti ritenuto il Derrida d'Oltreoceano e cioè l'espressione più temibile del relativismo ermeneutico), quando riconosce come «la teoria classica della verità come corrispondenza o adeguamento incontra considerevoli difficoltà, e che nessuna delle concezioni contemporanee che si sforzano di ravvivarla [...] sia soddisfacente»¹⁵.

In effetti, il prefisso "neo" e l'equivalente aggettivo "nuovo", che si fa precedere alla parola "realismo", ci informano appunto che il realismo di oggi non coincide con quello ("ingenuo") del passato.

Gli stessi autori chiamati a raccolta da Maurizio Ferraris e da Mario De Caro in sua difesa (DE CARO-FERRARIS, *Bentornata realtà*, Einaudi, 2012), appellano il realismo con qualche attributo e, in tal modo, ne delimitano significativamente la portata¹⁶.

Così, Hilary Putnam definisce il suo un «realismo del senso comune» e riassume il suo attuale punto di vista in questi termini: «Da una parte [...], il realismo del senso comune sostiene che ciò che esiste è indipendente dalla sua conoscibilità; dall'altra, sostiene che ci possono essere molte descrizioni corrette della realtà»¹⁷.

Umberto Eco precisa che il nitzcheano «*non ci sono fatti, solo interpretazioni*» è ovviamente un'iperbole e lo fa sulla scorta di una considerazione di assoluto buon senso: «perché ci sia interpretazione ci deve essere qualcosa da interpretare», aggiungendo: «se pure ogni interpretazione non fosse altro che interpretazione di una interpretazione precedente, ogni interpretazione precedente assumerebbe, dal momento in cui viene identificata e offerta a una nuova interpretazio-

¹⁴ In particolare, M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica contemporanea*, in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, 2011, in part. pp. 72 ss.; G. FORTI, *Introduzione*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Jovene, 2014, pp. 3 ss.

¹⁵ P. ENGEL, R. RORTY, *A cosa serve la verità?*, il Mulino, 2007 (or.2005), p. 26.

¹⁶ In realtà, sempre Franca D'Agostini, in un altro suo libro (F. D'AGOSTINI, *Realismo? Una questione non controversa*, Bollati Boringhieri, 2013) critica le opinioni espresse nel collettaneo (ritenendole «pseudo-realiste») e sferra un vibrante attacco nei confronti di Maurizio Ferraris, che accusa di mistificare le tesi avversarie (ridicolizzandole), allo scopo di cercare contrapposizioni inesistenti e con l'effetto di distorcere i termini della questione filosofica.

¹⁷ H. PUTNAM, *Realismo e senso comune*, in DE CARO, FERRARIS, *Bentornata realtà*, cit., p. 9.

ne, la natura di un fatto»¹⁸. Eco battezza la sua tesi «realismo negativo», e precisa: «Sia parlando di testi che di aspetti del mondo», che tale forma di realismo non esclude affatto il ruolo dell'interpretazione; si limita solo a precisare quanto segue: «ogni ipotesi interpretativa è sempre rivedibile [...] ma, se non si può mai dire definitivamente se un'interpretazione sia giusta, si può sempre dire quando è sbagliata. Ci sono interpretazioni che l'oggetto da interpretare non ammette»¹⁹;

Diego Marconi, nel criticare la teoria secondo cui la verità dipende da un qualche schema concettuale, parla di un «realismo minimale»²⁰, che fa coincidere con la difesa dei bicondizionali tarskiani (il celebre «“La neve è bianca” è vero se e solo se la neve è bianca»). Puntualizza incidentalmente che i bicondizionali tarskiani non equivalgono a una teoria corrispondentista della realtà, né la implicano (come vedremo, non è questa una posizione condivisa da tutti). Soprattutto, nel difendere l'idea che la realtà esiste *indipendentemente* dalle plurime, possibili sue rappresentazioni (le quali dipendono dalle menti), esemplifica trattando degli ibridi e cioè di artefatti i quali – nota – possono acquistare proprietà che i loro inventori non avevano previsto (l'aspirina è un fluidificatore del sangue anche se nasce come antidolorifico; il filo di rame è stato concepito come conduttore di energia elettrica ma trasporta anche dati digitali), giungendo alla conclusione che «le proprietà degli ibridi dipendono tanto poco dai nostri “schemi concettuali” che è possibile, in linea di principio che un ibrido abbia proprietà che non sono concettualizzabili al momento della sua progettazione»²¹. L'autore precisa però che tutto ciò *non* vale per gli oggetti sociali, che riconosce essere molto più dipendenti dalla mente, non foss'altro perché: 1) molte proprietà degli oggetti sociali possono essere modificate o soppresse da una deliberazione umana (l'A. porta gli esempi dello scioglimento di un matrimonio e dell'aumento dell'IVA); 2) gli oggetti sociali dipendono ontologicamente da noi per la loro persistenza e non solo per la loro esistenza: «Se l'umanità sparisse, non per questo sparirebbero i televisori e le macchine del caffè [...]. Al contrario, matrimoni e contratti esistono fintantoché esistono società che li riconoscono»²².

Tale posizione, per quel che qui interessa, converge con quella di Maurizio Ferraris, sicuramente il più noto e forse più brillante sostenitore delle concezioni realistiche, il quale distingue tra la realtà materiale, rispetto alla quale va mantenuta l'idea di verità, e gli oggetti sociali, che non possono invece prescindere dalla conoscenza e dai suoi modi, salvo cercare di recuperare anche per gli oggetti

¹⁸ U. ECO, *Di un realismo negativo*, cit., p. 97.

¹⁹ U. ECO, *Di un realismo negativo*, cit., p. 105.

²⁰ D. MARCONI, *Realismo minimale*, in M. FERRARIS, M. DE CARO (a cura di), *Bentornata realtà*, cit., pp. 111 ss.

²¹ D. MARCONI, *Realismo minimale* cit., p. 134.

²² D. MARCONI, *Realismo minimale*, cit., p. 136.

sociali un concetto di realtà, legandolo all'esistenza di iscrizioni, alla documentazione²³. In particolare, osserva Ferraris, «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, ed è decisivo che queste interazioni siano registrate e documentate»²⁴.

Potrei continuare nell'elencazione, ma mi paiono sufficienti le precisazioni di Ferraris e di Marconi.

Il diritto è un oggetto sociale²⁵ e gli enunciati normativi pure. Al di là di ogni ulteriore considerazione, ad esso non potrebbe attagliarsi un concetto (davvero) "forte" di verità.

Ne deriva che il diritto deve avere uno statuto epistemologico diverso, più composito, di quello in uso per neve, gatti e tavoli.

Lo ripeto: fermo restando che il diritto deve fare i conti con la realtà, esso (quantomeno) per la sua parte valutativa risentirà necessariamente anche di una prospettiva (semi-)costruzionista. Se infatti nessuno dubita che le cose stanno come stanno indipendentemente da ciò che scegliamo di pensare riguardo ad esse²⁶, è anche vero che il pensiero del legislatore e quello dell'interprete sono costitutivi del diritto e che quindi non è possibile per lo studioso prescindere dall'analisi del modo in cui tale pensiero si forma.

4. Il predicato V degli enunciati che descrivono fatti storici nel diritto.

La V-corrispondenza secondo i giuristi ed in particolare i processualisti

Direi che tali parziali conclusioni si confermano, e anzi si rafforzano, analizzando le tesi di singoli studiosi del diritto sul tema della verità.

Posto che l'assoluta maggioranza dei penalisti sostanziali si esprime a favore di un concetto forte di verità ed identifica solitamente quest'ultimo nella verità-corrispondenza, di seguito non mi interesserò delle posizioni genericamente fondate sulla difesa delle garanzie contro la perniciosa deriva dello scetticismo²⁷.

²³ M. FERRARIS, *Esistere è resistere*, sempre in M. FERRARIS, M. DE CARO (a cura di), *Bentornata realtà*, cit., p. 141 ss. Vd. peraltro già ID., *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, 2012, pp. 71 ss.

²⁴ M. FERRARIS, *Esistere è resistere*, cit., p. 74.

²⁵ G. Tuzet lo riconosce, ma ritiene che ciò non osti alla possibilità di avere del diritto una conoscenza oggettiva, di tipo proposizionale. G. TUZET, *Dover decidere*, cit., pp. 218 ss.

²⁶ Con la solita vena ironica, B. RUSSELL, *La filosofia dell'atomismo logico*, Einaudi, 1918, p. 8.

²⁷ Non è il caso di D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in questa *Rivista*, 2013, pp. 130 ss.; ID., *Cura della verità e diritto penale*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale, cit., pp. 63 ss.; F. PALAZZO, *Verità come metodo di legiferazione: fatti e valori nella formulazione del diritto penale*, *ibidem*, pp. 99 ss. Tali autori introducono importanti precisazioni, che però ridimensionano le

Per quel che mi riguarda, si tratta di tesi non adeguatamente argomentate e a volte addirittura apodittiche. A nessuno, credo, piace lo scetticismo fine a se stesso (non, cioè, come metodo di ricerca della verità) e già ho notato che probabilmente a ragione gli scettici sono definiti degli assolutisti (ma forse potrebbe dirsi: dei cognitivisti) delusi²⁸. Purtroppo, resta il fatto che non basta tratteggiare il migliore dei mondi possibili perché quello in cui viviamo divenga per incanto tale. Ove mai il concetto di V-corrispondenza non superasse il vaglio di una riflessione critica nel diritto, esso dovrebbe soccombere; comunque, presto o tardi scomparirebbe, con buona pace del *dirittopenalecentrismo*, visione che pure appartiene a tutti, se non altro perché nello studio del diritto penale abbiamo investito buona parte delle nostre esistenze.

Soprattutto, almeno nel diritto, non è scontato che la concezione più robusta della verità sia davvero quella corrispondentista. Il discorso è trito, ma vale forse la pena ripercorrerlo una volta ancora nelle sue stanche ed abusate cadenze “vattimiane”²⁹: la concezione corrispondentista, basandosi su un’asserita autoevidenza chiude la porta ad ogni replica o approfondimento, finisce con il sottrarsi alla possibilità di prova contraria e rivela quindi gli odiosi tratti del dogma; al contrario, le rivali concezioni coerentista e pragmatista, che necessitano per loro stessa struttura di una dimostrazione *sub specie* di motivazione, conducono ad esiti controllabili *ex post* ed appaiono, quindi, intrinsecamente più democratiche. E tanto mi sembra calzare particolarmente a pennello al discorso giuridico, in cui dovrebbe essere evidente che una sentenza (ben, non necessariamente tanto) motivata sia meglio di una sentenza apodittica³⁰.

Tutto ciò premesso in linea generale, sono ovviamente, e cioè *ratione materiae*, i processualpenalisti a svolgere le riflessioni più penetranti sul tema della verità-corrispondenza in contrapposizione alla verità-coerenza e/o alla verità-pragmatismo.

distanze teoriche tra le varie posizioni e vanno quindi nel senso della tesi, che sostengo in questa sede, di un loro auspicabile superamento.

²⁸ Così M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Giuffrè, 1992, p. 7; ID., *La verità nel processo*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale, cit., p. 193.

²⁹ Le osservazioni sono risalenti nel dibattito filosofico. A Gianni Vattimo se non altro va il merito di averle divulgate.

³⁰ Spiego la delimitazione «almeno nel diritto» che compare all’inizio del capoverso. La discussione filosofica è oggi caratterizzata da un forte impegno da parte dei realisti nel rispedire al mittente l’accusa di dogmatismo e di “tirannia” formulata dai non cognitivisti, costruttivisti ecc. Tuttavia, gli argomenti utilizzati (e relativi a quello che, come abbiamo visto, la D’Agostini chiama “uso scettico della verità”) calzano al diritto penale fino ad un certo punto e cioè fino al momento in cui interviene «lo sbarramento» della sentenza irrevocabile. Sul punto, almeno in parte, di seguito.

Penso a Paolo Ferrua, che difende l'idea di verità come corrispondenza, ma le riconosce espressamente il valore di «ideale e criterio regolativo»³¹. Si noti che l'Autore, nel solco di quella corrente di pensiero che ha ridimensionato la scissione tra fatto e valore, si riferisce sia ai giudizi di fatto che a quelli giuridici: precisa che gli enunciati probatori come quelli da provare hanno una struttura referenziale. Aggiunge però anche che lo schema di ragionamento nei due è diverso, poiché nella verifica giuridica il vero ha un significato convenzionale; in quella fattuale mantiene invece un significato naturale, peraltro mitigato dall'ovvio rilievo che il giudice può ricostruire il passato soltanto mediante i dati del presente³².

Apparentemente molto più sbilanciati a favore della V-corrispondenza appaiono Michele Taruffo e Francesco Caprioli³³, rispettivamente con riguardo alle materie processuali civile e penale. Costoro difendono con tenacia l'idea di verità-corrispondenza, che sembrano considerare un vero e proprio dato di fatto; mettono in guardia dai soliti rischi di pernicioso nichilismo, ma nel contempo puntellano il discorso di precisazioni non irrilevanti.

E' sulla loro posizione che mi soffermerò di seguito brevemente.

Invertendo (io) l'ordine naturale del (loro, ordinato) discorso, innanzitutto questi autori affermano che la verità è relativa e quindi accertabile secondo standard probatori pur sempre probabilistici (e differenziati: per il civile, il *più probabile che no*; per il penale, *l'oltre ogni ragionevole dubbio*). Anzi, introducono suggestive considerazioni attorno alla differenza tra verità (oggettiva) e certezza (soggettiva), quest'ultima considerata da Taruffo un mero stato psicologico, dunque qualitativamente diversa e come tale non assimilabile alla verità.

Ora, sebbene tale dottrina non ritenga che questo sia un problema, una volta ammesso che la verità è accertabile in grado (secondo percentuali) e guardando le cose da una prospettiva diversa, tanto equivale ad escludere che la V-corrispondenza sia la concezione più "robusta" della verità. Al di là del dato terminologico, è difficile negare che questa posizione finisce con il coincidere con quella (non necessariamente meno rigorosa) di chi "si accontenta" (?) di una verità processuale³⁴. La questione finisce con il vertere sull'uso di etichette.

³¹ P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA, F.M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2005, p. 311.

³² P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., pp. 305 ss.

³³ M. TARUFFO, *La verità nel processo*; F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, entrambi in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale, cit., rispettivamente pp. 181 ss. e pp. 199 ss.

³⁴ In tal senso, per esempio, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1991, p. 17; R. ORLANDI, *Verità, responsabilità e ravvedimento tra processo penale e pratiche di mediazione*, in *Corte Assise*, 2011, p. 536 ss. e, in replica alle osservazioni di Taruffo e Caprioli, L. MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto e della sanzione penale, cit. p. 219 ss.

In secondo luogo, posto che la verità come corrispondenza è un concetto relazionale, è importante precisare qual è il *truthbearer* (portatore di verità) cui Taruffo e Caprioli si riferiscono: in altre parole, quale sia il termine del quale predicare la V-corrispondenza.

Trovo interessante che Caprioli esordisca ammonendo che è necessario opporsi alla tentazione (deflazionistica) di applicare la formula dei bicondizionali tarskiani (leggibile, come abbiamo detto, secondo alcuni, nella prospettiva della V-corrispondenza) riferendo il predicato di Verità ad un altro linguaggio. Si rifiuta cioè di “ridurre” la verità a corrispondenza tra linguaggio e metalinguaggio (come incidentalmente fa invece lo stesso Tarski per risolvere le aporie o, per meglio dire, le antinomie in cui incorrerebbe laddove il linguaggio fosse “chiuso”, parlasse cioè di se stesso). Nota come tale schema calzerebbe a pennello alla struttura del processo penale, nel quale, pure, sarebbe logicamente possibile verificare la V-corrispondenza rispetto a(i fatti descritti ne)l capo d'imputazione e cioè instaurare una simmetria tra il «linguaggio della decisione» e il «linguaggio dell'imputazione». Ma anche qui spende l'*argumentum ad consequentiam* (forse anche *ad baculum*). Osserva infatti come, modificando uno dei termini della relazione, si finirebbe con il cedere alle suggestioni delle impostazioni deflazionistiche (rendendo il concetto di vero dispensabile). Si formalizzerebbe infatti la concezione di vero, dando la stura alle impostazioni scettiche che egli ritiene invece salutare arginare (si consideri, d'altro canto e sempre incidentalmente, che Tarski elaborò la teoria dei bicondizionali con esplicito riferimento ai sistemi formalizzati).

Dicevo, il predicato di verità viene conseguentemente riferito a (enunciati dichiarativi, e cioè agli enunciati che esprimono credenze su) *fatti*, che dovrebbero integrare la premessa minore del sillogismo giudiziario ed al cui accertamento, quindi, soltanto, la citata dottrina limita la sua analisi.

Taruffo e Caprioli si dichiarano ovviamente ben consapevoli della naturale vocazione antiepistemica del processo, che (quale modello più, quale meno) detta preclusioni, termini di decadenza, impone filtri e regole di giudizio i quali condizionano inevitabilmente la conoscenza del giudice e la sua capacità di attingere alla realtà. E tuttavia ritengono che, ciò nondimeno, la verità che il processo consente di raggiungere non sia – per meglio dire: non debba essere considerata – una verità minore rispetto a quella di cui parlano giornalisti ed anche scienziati, per i quali tali restrizioni non valgono.

A molti, però, questo sembra più che altro un atto di fiducia, che tradisce la comprensibile preoccupazione di derive relativiste in malafede. Una posizione, dunque, apprezzabile per il suo valore didattico di monito, ma difficilmente sostenibile proprio in considerazione delle caratteristiche del processo (ripeto: mitigate in alcuni modelli processuali ma non eludibili). E, francamente, penso che

uno sguardo anche solo superficiale ad alcune note, recenti vicende giudiziarie, caratterizzate dall’altalena di condanne e di assoluzioni, mostri quanto sia difficile considerare l’accertamento della “verità vera” in sede processuale qualcosa di più che una (ineludibile, è ovvio) meta.

Alle obiezioni di matrice tipicamente giuridico-processuale si aggiunga, d’altronde, su un piano generale, la crescente consapevolezza che la conoscenza umana non soltanto è finita ma – ciò che qui interessa – che è fortemente condizionata anche da distorsioni automatiche e spesso inconsapevoli. Anzi, se fino a poco tempo fa il problema non era nemmeno tematizzato, oggi, soprattutto oltreoceano, si è compreso che più è alta la posta – e nel diritto penale la posta è alta per definizione – meno tollerabile diviene il protrarsi di una fiducia cieca nella c.d. psicologia del senso comune che dell’idea della verità-corrispondenza, assunta nella sua accezione non problematizzata, fa una sua bandiera³⁵.

Infine e, soprattutto, quando il fatto deve essere ricostruito successivamente al suo accadimento (il che è sempre nel processo penale), anche i realisti ammettono una scissione fra ontologia ed epistemologia e riconoscono che «lo scetticismo dell’epistemologo domina, e deve dominare giustamente, nell’incertezza»³⁶.

Credo allora che sul punto sia possibile concludere come segue.

Con riferimento alla premessa del ragionamento giuridico, la quale si occupa del fatto, se proprio lo si vuole, è possibile difendere lo schema della V-corrispondenza. Poiché, peraltro, il predicato V si riferisce alle proposizioni giuridiche che tali fatti descrivono, si deve sempre tenere a mente che (per ragioni giuridiche ma, prim’ancora, in genere afferenti ai meccanismi della conoscenza) tali enunciati inevitabilmente selezionano alcune note del fatto con preferenza su altre. Il *truthbearer*, dunque, non può essere un enunciato che rispecchia tutto il fatto, bensì un enunciato che parla di alcuni suoi aspetti. E sono soltanto tali aspetti a costituire il *truthmarker* (vale a dire, ciò che effettivamente “rende vero” l’enunciato). Il diritto è dunque per sua natura un (tipo particolare di) sistema formalizzato, che quindi non potrà mai attingere alla “verità vera”, ma soltanto alla “sua verità”, quanto più vicina a quella “vera”. Si ripresenta dunque l’aporia che la dottrina processualistica intendeva scongiurare: manteniamo in piedi lo schema della corrispondenza, ma lo riduciamo a simulacro negandone la funzione (realmente) conoscitiva.

³⁵ Sul punto sia consentito rinviare a O. DI GIOVINE, *L’interpretazione del diritto penale*, Giuffrè, 2006, p. 191 ss.

³⁶ F. D’AGOSTINI, *Realismo?*, cit., p. 181. Il corsivo è nostro.

5. *Il predicato V degli enunciati legislativi che contengono incriminazioni.
I rapporti tra V-corrispondenza e determinatezza della fattispecie penale*

Le cose si complicano non poco se vogliamo riferire la V-corrispondenza (non agli enunciati giuridici che descrivono fatti, bensì) agli enunciati legislativi che contengono incriminazioni.

A prima vista, questa impresa sembrerebbe, oltre che difficile, priva di senso logico. Ma non è così, e comunque i sostanzial-penalisti la tentano da tempo: tutte le volte che chiamano in ballo il concetto di determinatezza della fattispecie.

Secondo l'impostazione più diffusa, infatti, la determinatezza sta e cade con l'idoneità del testo della legge a "riflettere" una realtà oggettiva, consegnandola all'interprete affinché questi compia un riscontro "neutro" tra disposizione e fatto. Alludendo a fatti materiali, gli unici di cui possa darsi "prova" in giudizio, è evidente che tale concetto di determinatezza mostra somiglianze di famiglia con la nozione corrispondentista di verità³⁷. A costo di imprecisioni, potremmo quindi azzardare che, secondo la dottrina tradizionale, una fattispecie è determinata quando dell'enunciato che la esprime sia possibile predicare la V-corrispondenza.

Sul punto, in senso critico, in passato mi sono sempre limitata a osservare che la «determinatezza come attitudine a riflettere realtà» è soltanto un mezzo rispetto al fine ultimo e non dispensabile della tassatività penale, che consiste nella conoscibilità della fattispecie. E aggiungevo che quest'ultima non presuppone affatto (e quindi non deve passare attraverso) la V-corrispondenza di una frase. Ho sempre addotto, cioè, la banale constatazione che esistono proposizioni le quali non trovano alcun corrispondente nella realtà (e che quindi non sarebbero vere) e che ciò nondimeno possiedono un senso e sono per questo perfettamente comprensibili, *id est* conoscibili³⁸.

L'esempio classico (letteralmente "da manuale"³⁹) in filosofia linguistica è tratto da Russell, ed è «l'attuale re di Francia è calvo» (in Francia non vige più la monarchia; inoltre, dai tempi di Russell, i media hanno fatto molta strada ed oggi probabilmente potrebbero informarci sull'esatto numero di capelli del Presidente di turno. Eppure, il senso della frase è chiaro e quindi la proposizione è conoscibile).

Sul versante penalistico, gli esempi si sprecano.

Basti pensare alle principali figure della parte generale del codice penale (causalità, dolo, colpa, concorso di persone ecc.), le quali pullulano di "concetti astratti", come tali *nemmeno concepibili* nella prospettiva del "significato come

³⁷ L'ho evidenziato la prima volta in O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale* cit., p. 10.

³⁸ Per esempio, O. DI GIOVINE, *Considerazione su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 112.

³⁹ W. LYCAN, *Filosofia del linguaggio. Un'introduzione contemporanea*, 2002 (or. 2000), Cortina, p. 15.

corrispondenza". Per di più, i testi della parte generale sono alquanto generali dal punto di vista letterale; hanno un ampio potenziale semantico e pertanto è facile che risultino semanticamente sovradeterminati.

Un discorso non dissimile vale anche per la ben più "tipizzata" parte speciale dove, anche solo per restare ad esempi didascalici, i concetti di possesso e detenzione (nei delitti contro il patrimonio), il concetto di domicilio, le nozioni di costrizione ed induzione, il concetto di pornografia, la stessa nozione di "uomo" nell'art. 575 c.p., ma anche quella di "morte, lesione, valanga e incendio",⁴⁰ non ripetono la loro verità certo solo dalla "corrispondenza" (in alcuni casi, inesistente; in altri casi, parziale) con "cose", bensì presuppongono valutazioni normative e – questo il punto di vista al quale aderisco – molto devono al modo in cui vengono *usati*. Pensiamo soltanto alle recenti discussioni attorno alla nozione di "disastro" emersa nel contesto di alcune note vicende processuali in materia di infortunistica lavorativa.

Sono però consapevole di essermi avvalsa di una visione che i filosofi definirebbero rozza e caricaturale dell'idea corrispondentista, la quale oggi circola in versioni molto più sofisticate, una delle quali – come dirò nel prossimo paragrafo – è debitrice della «logica dei mondi possibili» (in passato l'ho trascurata, confidando che i suoi argomenti non avrebbero avuto presa sul concreto giurista positivo).

Di seguito, proverò quindi ad approfondire il discorso utilizzando come cartina di tornasole ancora una volta le raffinate argomentazioni svolte (questa volta in altra sede) dalla più volte citata filosofa analitica Franca D'Agostini, che sul tema della V-corrispondenza è un'autorità.

Ove mai le sue osservazioni si rivelassero condivisibili, il giurista ne desumerebbe argomenti a favore della praticabilità di un concetto (tradizionale) di determinatezza come V-corrispondenza. Ma, come forse si sarà intuito, io non la penso così.

6. *Segue. Il predicato V degli enunciati legislativi.*

La posizione di Franca D'Agostini

Sempre nel contesto della discussione promossa dai penalisti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Franca D'Agostini ha esperito un ambizioso tentativo di estendere il concetto corrispondentista di verità (come abbiamo detto, solitamente riferito ai fatti) agli enunciati legislativi.

Preliminarmente, faccio presente che la filosofa applica nel suo intervento le conclusioni cui era giunta in ambito filosofico "puro", esposte con mirabile chia-

⁴⁰ Riprendo esempi recentemente fatti da F. PALAZZO, *Verità come metodo* cit., p. 104.

rezza e puntualità nel già citato “Introduzione alla verità”, al quale è dunque possibile riferirsi per ulteriori approfondimenti.

Aggiungo inoltre una precisazione importante. La preoccupazione dell’Autrice non è quella di assicurare al diritto quel rigore e quella certezza che ostinatamente il penalista vi cerca. Alla D’Agostini interessa – esattamente al contrario – difendere le concezioni realistiche dalle accuse di dogmatismo di cui sono bersaglio⁴¹. Di conseguenza, la D’Agostini, nell’applicare la sua teoria della verità agli enunciati giuridici, non si occupa del problema della certezza perché dà per scontato che la verità in genere come quella del diritto non può aspirare agli *standard* di certezza che noi penalisti invece sembriamo pervicacemente attribuirle. A differenza di quanto di solito accade nel dibattito penalistico, l’Autrice insiste molto sull’uso scettico della verità (che acquista importanza e cessa di essere dispensabile solo quando c’è disaccordo) e sulla natura “fragile” del relativo concetto, di cui riconosce la problematicità.

Ciò premesso, al pari di altri filosofi richiamati nel § 3 (ma a lei questo accostamento non piacerebbe), anche la D’Agostini è consapevole dei problemi posti dalla teoria corrispondentista nella sua versione “semplice” e conseguentemente la denomina, circoscrivendone il portato. Usa il concetto nella versione “modale”, debitrice della (invero molto discussa) logica dei mondi possibili⁴². Banalizzando quasi all’estremo, l’Autrice sostiene che:

- anche di (alcuni, non tutti gli) enunciati normativi (oltre che di quelli fattuali) è predicabile la “verità” (gli enunciati normativi *possono* cioè essere veri);
- tale verità è inferenziale e non evidenziale (come invece può dirsi di altri enunciati, che constatano semplici realtà di fatto);
- la differenza tra una verità e l’altra non è di “modo”, ma risiede soltanto (?!) nel grado di complessità e cioè nel fatto che la prima esige non già una mera evidenza, bensì collezioni di evidenze.

Come potrebbe dirsi allora, materialmente, che un enunciato normativo è vero? L’Autrice risponde: *immaginando mondi alternativi (ma logicamente possibili) e verificando se l’enunciato sarebbe vero in ciascuno di essi sulla base di (collezioni di) evidenze a favore e contro*. Ed adduce almeno due esempi molto interessanti:

- «È vietato uccidere», enunciato che sarebbe probabilmente vero in tutti i mondi possibili;
- «Le donne devono indossare il *burqua* in pubblico», del quale ritiene si possa ragionevolmente dimostrare la falsità. Infatti, un altro mondo (possibile) «in cui gli

⁴¹ Tale preoccupazione è ripetutamente esternata in *Introduzione alla verità* (v. in part., pp. 250 ss.).

⁴² F. D’AGOSTINI, *L’uso scettico della verità*, in G. FORTI, G. VARRASO, M. CAPUTO (a cura di), «Verità» del precetto cit., pp. 25 ss., in cui l’A. riprende e testa alcuni dei concetti espressi nel più volte citato EAD., *Introduzione alla verità*.

uomini diventano autonomamente capaci di controllare i propri desideri in modo socialmente accettabile e utile è senza dubbio preferibile, almeno per le donne»⁴³.

7. *Segue. Una possibile replica*

Per quanto finemente argomentata, la tesi, ai fini giuridici, non mi sembra condurre ad applicazioni tanto diverse da quelle cui portano le depredate impostazioni coerentiste, secondo le quali la verità degli enunciati normativi sarebbe predicabile, al più, in termini di plausibilità logica.

Almeno dal mio rozzo punto di vista, l'operazione di ispezionare tutti i mondi possibili alla ricerca di "fatti" alla cui luce verificare se un enunciato sia vero o falso acquista il sapore di un espediente meramente retorico: sembra equivalere nella sostanza alla "valutazione" se l'enunciato in oggetto incorra o meno in (non pretestuose) "ragioni" contrarie⁴⁴.

Detto brutalmente, mi sembra si stia soltanto sostituendo le parole 'fatto', 'evidenza', 'complesso di evidenze' a quella 'argomento', ma questo – come tra l'altro ci insegnano i processualpenalisti – nulla toglie all'ineludibile (parziale) soggettività della valutazione e quindi alle insidie dell'indagine⁴⁵.

D'altra parte, la stessa D'Agostini ammette – seppur *en passant* – che «naturalmente, non è solo 'la realtà' (o meglio il riferimento alla realtà) a decidere», lasciando con ciò intendere che spazio possano avere anche le valutazioni e quindi, in ultima analisi, le credenze personali (purché, si suppone, argomentate)⁴⁶.

Per dimostrare in modo plastico dunque che anche una variante raffinata della V-corrispondenza ai fini penalistici non si differenzia poi molto dalla V-coerenza o dal V-pragmatismo, ripercorrerò gli stessi esempi svolti dall'autrice.

⁴³ F. D'AGOSTINI, *L'uso scettico della verità*, cit., p. 50. L'esempio era già in F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., pp. 226 ss., in replica ad un intervento in cui Martha Nussbaum aveva invece difeso il diritto delle donne musulmane di indossare il burqua ritenendo i contrari argomenti discriminanti. Vd. inoltre EAD., *Realismo?*, cit., p. 176; pp. 208 ss.

⁴⁴ Scriveva già la D'Agostini: «ogni valore coinvolge un mondo possibile, definito e costruito sulla base di come è fatto il mondo attuale». F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., p. 225.

⁴⁵ La circostanza che tante contrapposizioni si risolvano perché a variare non sono tanto le proprietà degli oggetti (in senso ampio) di cui si discute, bensì le prospettive (F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, cit., p. 230) mi pare una precisazione utile alla difesa del realismo ma per niente affatto risolutiva in diritto, dove il problema del pluralismo si è sempre posto appunto in questi termini e dove l'accrescimento di informazioni mediante confronto non sempre riesce ad elidere le differenze di fondo tra tali prospettive (vd. *infra* nel testo). Sull'altro fronte, è appena il caso di precisare che l'argomento di cui parlano i "coerentisti" non è *ad nutum*, ma deve essere sempre dimostrato e soggetto a rigoroso controllo critico. Sicché, sotto entrambi i profili le posizioni corrispondentista e coerentista finiscono con il convergere verso lo stesso risultato.

⁴⁶ F. D'AGOSTINI, *L'uso scettico*, cit., p. 46.

Omicidio. Concordo con lei quando ritiene che sarebbe difficile (ma forse non impossibile!) trovare mondi penalistici in cui un omicidio doloso sia plaudito o semplicemente ammesso. Per l'omicidio, come per molti altri tipi legislativi (penso ad una corruzione, al furto, ma anche ad una calunnia ecc.), non soltanto si può seguire il ragionamento della filosofa, ma questo è quello che già si fa avvertendo che le scelte di politica legislativa devono essere supportate da adeguate evidenze empirico-criminologiche (le quali sono ottimi *argomenti* per punire!).

Ciò peraltro non toglie che, dal punto di vista del giurista, al problema del fondamento empirico dell'incriminazione si lega un inscindibile problema interpretativo. Resterebbe cioè da chiedersi se la fattispecie rifletta, ad esempio, oltre all'assassinio "classico", anche le situazioni in cui si cagiona la morte di un uomo con (molto generica) accettazione di tale rischio. Alludo ovviamente a quelle casistiche in materia di malattie professionali con esito letale, in ambito stradale ed anche di responsabilità medica che chiamano in ballo il problematico confine del dolo con la colpa generica e di cui la dottrina penalistica discute molto negli ultimi tempi. Ancor più dubbio è se l'enunciato "rispecchi" le ipotesi di fine-vita (sullo specifico punto *infra*). Difficile infatti in questi (ed altri) casi rispondere alla domanda se, nel migliore dei mondi possibili, si diano o meno evidenze a favore di tali ipotesi ricostruttive.

Sono poi ancor meno ottimista dell'autrice quando, sebbene in modo non definitivo, ritiene possibile escludere la verità del precetto che impone l'uso del *burqua* alle donne islamiche, ipotizzando una migliore allocazione del costo inerente al controllo della sessualità maschile.

Qui ci troviamo infatti al cospetto del (grande) problema dell'incommensurabilità dei valori, banalizzabile nella constatazione che un mondo simile è senza dubbio preferibile per noi occidentali, portatori di una cultura individualista, ma non necessariamente lo sarebbe per portatori (*e portatrici*) di culture ispirate a tutt'altro tipo di valori (incidentalmente, il fatto che tale mondo – come precisa l'Autrice – sia *in comune* temo che non contribuisca a colmare le distanze tra opposte fazioni, specie se tali distanze hanno natura ideologica). Ipotesi sulla quale riflette da tempo chi prende sul serio il multiculturalismo, pur cercando di schermarlo dalle sue conseguenze indesiderabili⁴⁷.

Infine, probabilmente, *ad oggi*, non esiste alcun "mondo in comune" dove rinvenire argomenti (figuriamoci fatti!) dirimenti a favore o contro alcune delle più scottanti questioni bioetiche. Scrive d'altro canto a questo proposito la stessa

⁴⁷ V. per esempio la "ricetta" proposta da S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, il Mulino, 2005 (or. 2002), in part. pp. 41 ss. Propendo quindi per la tesi di Martha Nussbaum (vd. nota 43).

D'Agostini: «se riconosciamo che in relazione a molti problemi bioetici non abbiamo affatto le idee chiare, e in relazione ad altri la questione è oggettivamente sovra-determinata, esistono buoni argomenti in antagonismo, l'avvio di una soluzione stipulativa (nel secondo caso), o di una ricerca di informazioni ulteriori (nel primo) diventa molto facile»⁴⁸.

Ora, direbbe l'ermeneutico: siamo così sicuri che tali informazioni possano essere davvero asettiche o che, piuttosto, non riflettano il punto di vista di chi osserva? Si suole ripetere che qualunque osservazione è *theory laden*, carica di teoria o, per riprendere una metafora "quantistica", che l'osservatore modifica l'oggetto dell'osservazione nel momento in cui compie tale operazione⁴⁹.

Prescindendo pure da questo genere di obiezione (che il realista respingerebbe con sdegno), la stessa D'Agostini, come ho riferito, ammette che si danno situazioni in cui, allo stato dei fatti, non c'è accordo o c'è troppa verità. Il punto è che, quando ciò accade (penso sempre, emblematicamente, alla bioetica) il diritto penale, che è chiamato a disciplinare casi concreti, fatti di sofferenza e di uomini in carne ed ossa, non può permettersi il lusso di attendere il sopravvenire di 'evidenze' oltre un certo termine né di attuare una vera e propria deliberazione (ammesso che essa esiti in qualcosa). L'osservazione è trita ed anche prosaica, ma l'impresa conoscitiva nel diritto (diverso da quello dottrinale) non è assimilabile a quella scientifica pura e neppure a quella filosofica.

Quando c'è un eccesso di mondi possibili, anche la logica modale cessa di venire in soccorso e l'unica soluzione consiste nel prendere d'imperio una decisione, mediante, appunto, un atto stipulativo, sulla base degli argomenti migliori di cui si dispone in quel momento. Che cosa resta, allora, della verità come corrispondenza?

Detto attraverso esempi: in che senso possiamo affermare che un ipotetico divieto di eutanasia sia 'vero' o 'falso'? In che senso possiamo predicare la verità o la falsità di un testo che consente o preclude la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo?

Dell'uno o dell'altro possiamo al limite predicare la condivisibilità, la *giustificazione*, discutendo sulla base di argomenti di varia natura. Oltretutto – almeno fintantoché ci manterremo sul piano dei possibili enunciati legislativi (che è un piano astratto) – raramente raggiungeremo un accordo⁵⁰.

⁴⁸ F. D'AGOSTINI, *L'uso scettico della verità*, cit., p. 53.

⁴⁹ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva "quantistica"*, Angeli, 2013, p. 55.

⁵⁰ Con riferimento alla bioetica, rinvio a O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, Giappichelli, 2009.

8. *Conclusion: la relativizzazione dello scontro tra verità come corrispondenza e verità come coerenza o come pragmatismo. Ovvero “fatto e valore sono sempre intrecciati” anche nel diritto penale*

Nei paragrafi precedenti ho ricordato che il concetto corrispondentista della verità nella versione ‘semplice’ dell’Aquinata si espone ad obiezioni legate alla difficoltà di attingere alla ‘vera verità’, ed ho notato che pertanto, con l’eccezione di rarissime posizioni estreme, oggi nessun realista lo sostiene più (in tale versione). Ho poi cercato di argomentare l’impressione che la V-corrispondenza nelle versioni più ‘moderne’ non consente progressi conoscitivi nella specifica materia penale.

Aggiungo ora che, specularmente, pochissimi coerentisti e/o pragmatisti si sognerebbero di negare l’esistenza di vincoli di realtà nella conoscenza e nell’interpretazione (fanno eccezione i soliti Rorty⁵¹ e Vattimo, i quali sospetto siano così frequentemente citati non tanto perché rappresentativi della categoria, quanto perché la loro inclinazione alla provocazione ed all’iperbole li rende facile bersaglio degli strali avversari). Per dirla con le parole di Bernard Williams, non vedo cioè così incombente l’«alienazione soggettiva di uno scetticismo filosofico fantastico che pretende di dubitare che ci sia un mondo esterno, il passato o le altre menti»⁵².

Probabilmente aveva ragione Putnam quando sottolineava che fatti e valutazioni sono tra loro strettamente intrecciati, ma che non per questo cessano di essere verificabili⁵³.

Questo dibattito sta filtrando in ambito giuridico, dove tendono a riproporsi le contrapposizioni teoriche delineatesi in filosofia. Ma ancor meno a ragione.

Tanto per dirne una, ho notato che nel diritto non trova cittadinanza la «madre di ogni problema» per la V-corrispondenza, vale a dire, il fenomenismo. In ambito giuridico nessuno (non la dottrina e tantomeno la giurisprudenza) nega che la realtà esiste o che essa sia accessibile: ci si limita a porre il problema (non metafisico, bensì, appunto, epistemico) della sua conoscenza alla luce della struttura dei nostri meccanismi mentali, prima, e del processo, poi. E si osserva di conseguenza che *in alcuni casi*, quelli difficili, all’ipocrisia di una «verità neutra» (che nel diritto è per necessità meno “neutra” che in filosofia) andrebbe preferita

⁵¹ Ad esempio, R. RORTY, *La filosofia e lo specchio della natura*, Bompiani, 1986 (or. 1979).

⁵² B. WILLIAMS, *Genealogia della verità*, Fazi, 2005 (or. 2002), p. 15.

⁵³ H. PUTNAM, *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, Fazi, 2004 (or. 2002): come può esserci oggettività nell’etica, così la scienza si muove nel quadro di valori epistemici opinabili, quali la coerenza, la semplicità e la ragionevolezza. Tali concetti sono stati di recente ribaditi, seppur con diversità di accenti, in H. PUTNAM, *I fatti della scienza*, cit., pp. 5 ss.

Per una seria riformulazione dei termini del dibattito filosofico, vd. ancora (ed infine) F. D’AGOSTINI, *Realismo?*, cit.

una «verità assiologicamente pregnante» purché, ovviamente, la sua assiologia sia dichiarata e suscettibile di verifica nelle forme del discorso pubblico, quando si tratti di incriminazioni, o del discorso giuridico, quando si tratti di verità fattuali.

Se avessi ragione, le differenze (forse anche in filosofia, ma – per quel che mi compete – sicuramente) nel diritto andrebbero quindi apprezzate, al massimo, nel “grado”. Quello “fatto/valore” resterebbe un rapporto inscindibile⁵⁴ di cui cambiano, a seconda dei casi, soltanto i valori assegnati a ciascun termine. Si dovrebbe riconoscere che alcuni pongono l’accento sulla dimensione fattuale, ritenendola prevalente, e vengono ascritti oppure si auto-ascrivono alla concezione realista; altri prediligono quella valutativa, e finiscono nel calderone degli epistemicisti o dei costruttivisti. Ma che i due vasi, comunque, sono comunicanti.

⁵⁴ Sul tema, di recente, G. FIANDACA, *Sui «giudizi di fatto» nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Jovene, 2011, pp. 265 ss.

FAUSTO GIUNTA

QUESTIONI SCIENTIFICHE E PROVA SCIENTIFICA
TRA CATEGORIE SOSTANZIALI E REGOLE DI GIUDIZIO ^(*)

*“Il buon senso, che già fu caposcuola
Ora in parecchie scuole è morto affatto
La scienza, sua figliola,
L’uccise, per veder com’era fatto”*
(Giuseppe Giusti, Epigramma)

SOMMARIO: 1. Senso comune e prova scientifica. – 1.1. La nozione “allargata” di prova scientifica. – 1.2. Il raggio di azione della prova scientifica. – 2. L’ingresso della scienza nel processo. – 2.1. La scienza come sapere esterno al processo. – 2.2. L’affinità metodologica tra processo avversariale e principio di falsificazione. – 2.3. Tra conformismo scientifico e scienza effimera: la difficile via di mezzo. – 3. Un importante angolo visuale: la giurisprudenza penale in materia di morti da amianto. – 3.1. Il manifesto metodologico della sentenza Cozzini. – 3.2. La giurisprudenza successiva. – 4. Il giudice controllore attivo tra mito e realtà. – 4.1. La scelta tra le tesi in conflitto. – 4.2. L’incertezza scientifica insuperabile. – 5. La scienza incerta tra categorie del reato e prova dei fatti. – 5.1. Causalità e colpa tra accertamento scientifico e rigidità funzionale. – 5.2. Imputabilità e prevenzione: la coppia impari. – 6. In chiusura: la questione scientifica come cuore della prova scientifica tra problemi aperti e problemi irrisolvibili.

1. *Senso comune e prova scientifica*

I rapporti tra diritto e scienza si prestano a essere esaminati da plurime angolazioni. In questa sede si prescindere dal ruolo del sapere scientifico nella formulazione delle leggi penali, così come dal tema speculare del controllo di costituzionalità sulle verità scientifiche assunte come referenti legislativi. Si concentrerà l’attenzione, invece, sul rapporto tra scienza e prova, con attenzione esclusiva al processo penale.

In questa prospettiva, per una migliore contestualizzazione della tematica, occorre partire da una premessa. Come avviene nella gran parte delle valutazioni umane, così nel processo penale la base cognitiva del giudizio è costituita ordinariamente e secondo una risalente tradizione dal senso comune, vale a dire – in

^(*) È il testo della relazione al Convegno “*Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*”, tenutosi presso l’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano il 10 e l’11 ottobre 2014.

prima approssimazione e sebbene il concetto sia tutt'altro che univoco¹ – dal sapere mediamente diffuso in una data comunità storicamente individuata. Poiché questo complesso di conoscenze viene associato al suo impiego razionale, si parla anche di “buon senso”, per indicare, in definitiva, un criterio di ragionevolezza².

L'interazione tra processo penale e senso comune è favorita, nel nostro come in altri ordinamenti, dal principio del libero convincimento del giudice, ed è massimamente evidente nei sistemi che demandano il giudizio sul fatto di reato al verdetto immotivato della giuria popolare, la quale può considerarsi a pieno titolo la diretta incarnazione del senso comune³. Quest'ultimo permea parimenti la cultura e la razionalità del giudice togato negli ordinamenti, come il nostro, incentrati sull'obbligo di motivazione. Il giudice, in quanto membro della comunità, utilizza direttamente, ossia senza bisogno di intermediari, generalizzazioni empiriche e culturali condensate nelle c.d. massime di esperienza, quali “ponti inferenziali” che conducono dagli indizi disponibili a spiegazioni probabilistiche⁴. Non mancano casi, poi, in cui questo sapere comune rivive in fortunate, ma non ineccepibili, metafore figurative, che presentano radici sostanziali e ricadute probatorie. Si pensi alla figura dell'*homo oeconomicus* o a quella dell'agente modello, che, al di là della loro pretesa funzione fondativa della personalità dell'illecito penale, fungono indiscutibilmente da espedienti retorici intesi alla semplificazione probatoria rispettivamente dei moventi (ossia del dolo) e della condotta negligente.

Ebbene, e chiudendo la premessa: l'impronta a lungo dominante di questo paradigma cognitivo sembra attenuarsi quando – come, da ultimo, accade sempre più di frequente – il processo penale si avvale di prove c.d. scientifiche, volte a fornire nessi inferenziali che il senso comune non può assicurare affatto o non può offrire con pari attendibilità.

Considerato, come si è detto, il carattere altamente controvertibile del senso comune, la tendenza anzidetta va salutata dunque con favore.

1.1. *La nozione “allargata” di prova scientifica*

Ma cosa si intende per prova scientifica? Secondo una fortunata e largamente condivisa definizione, deve farsi riferimento ad “operazioni probatorie per le quali, nei momenti dell'ammissione, dell'assunzione e della valutazione, si usano strumenti di conoscenza attinti alla scienza e alla tecnica, cioè a dire principi e metodo-

¹ Cfr. per tutti F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 320.

² Di recente, così, F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 320.

³ *Ex multis*, v. specificamente sul punto L. CORSO, *Giustizia senza toga. Giuria, democrazia e senso comune*, in questa *Rivista*, 2008, p. 375 s.

⁴ G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013, p. 181.

*logie scientifiche, metodiche tecnologiche, apparati tecnici il cui uso richiede competenze esperte*⁵. Come appare evidente, si pone l'accento su un carattere indubbiamente ricorrente della prova scientifica, ossia il suo essere una prova, per così dire, di laboratorio. È anche vero, però, che questa connotazione non costituisce un dato costante e indefettibile. Ciò che caratterizza la scientificità della prova non è il luogo dove si forma, ma la natura del sapere che essa sottende. Scientifico è il sapere che ha precise basi epistemologiche, come tale prodotto di un metodo razionale e soggetto al controllo della comunità scientifica di riferimento, che di quel sapere è artefice e custode. Ne consegue che nell'accezione allargata qui proposta, la prova scientifica viene a comprendere in definitiva tutti gli accertamenti condotti sulla base di un sapere specialistico, ancorché non tecnologico, comunque estraneo alla formazione professionale del giurista. Così, per fare un esempio e attingendo a una prassi in via di formazione, si pensi ai casi in cui il giudice per le indagini preliminari, richiesto dal pubblico ministero di applicare una misura cautelare all'ente ai sensi del d. lgs. 231/2001, disponga una perizia sull'idoneità del modello organizzativo e gestionale della società, conferendo, per tale valutazione, l'incarico a uno o più esperti dotati delle necessarie competenze anche aziendalistiche. Ma lo stesso può dirsi, per rimanere nel campo del diritto penale economico, della prova concernente la falsità del bilancio di una società, la cui valutazione richiede conoscenze contabili e ragionieristiche peculiari di uno specifico sapere scientifico. Ebbene, non diversamente dalle prove di laboratorio, anche in queste ipotesi siamo in presenza di un accertamento scientifico, che consente di colmare e integrare l'insufficienza del sapere comune direttamente disponibile dal giudice.

Proprio perché la voce della scienza vanta una credibilità esplicativa ben maggiore di quella offerta dal senso comune, una sorta di primazia scienziata tende a spodestare oggi sia la prova dichiarativa, sia le massime di esperienza quali suoi strumenti di valutazione, dalla posizione di centralità che esse occupano nella tradizione e nell'immaginario processualpenalistico di matrice accusatoria. Non solo. L'importanza che ha assunto oggi la prova scientifica nel proscenio del processo penale non è priva di riflessi sul ruolo del giudice nella formazione della prova. La prova scientifica, infatti, introduce, sul versante dell'accertamento del fatto, un vincolo di razionalità complementare e sinergico rispetto al vincolo che, sul piano dell'interpretazione del diritto, discende dal principio di soggezione alla legge. Il parametro offerto dal sapere scientifico è più stringente rispetto a quello rappresentato dal senso comune, non perché più univoco (come si vedrà, bisogna

⁵ O. DOMINIONI, *La prova scientifica*, Milano, 2005, p. 12. Analogamente, tra gli altri, v.: P. GUALTIERI, *Diritto di difesa e prova scientifica*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di C. Conti, Milano, 2011, p. 75. In argomento, v. da ultimo P.P. RIVELLO, *La prova scientifica*, Milano, 2014, p. 58 s.

sgomberare il campo da questa illusione), ma perché non compreso nel bagaglio delle conoscenze direttamente utilizzabili dal giudice. È l'alterità culturale della sua origine quel che lo caratterizza, pur senza marginalizzare la libertà valutativa del giudice. La complessità del tema sta, infatti, proprio nel bilanciamento di queste istanze contrapposte. Da un lato, il processo deve consentire alla scienza di fornire al giudizio il suo fondamentale contributo di razionalità, operando come fattore di integrazione e *longa manus* del principio di legalità, di cui condivide la funzione di limite esterno e di contenimento dell'*arbitrium iudicis*. Dall'altro lato, va chiarito che il giudice è soggetto alla verità scientifica, non a qualsivoglia esito peritale; pertanto, la giurisdizione non può che rimanere l'imprescindibile garanzia della qualità del giudizio, ossia dell'attendibilità della prova scientifica. Da questa angolazione, sebbene non possa escludersi il rischio di decisioni acritiche e appiattite sull'esito della prova scientifica, pare eccessivo ritenere che la prova scientifica sminuisca il ruolo del giudice a vantaggio dell'esperto quale "segreto padrone del processo"⁶. Essa ne esalta piuttosto la professionalità, come dimostra, nell'esperienza americana, la ricca elaborazione dei criteri di esclusione della prova scientifica: nel valutare l'ammissibilità della prova, il giudice professionale svolge una rilevante funzione di filtro della qualità del materiale probatorio che sarà rimesso alla valutazione della giuria⁷.

1.2. Il raggio di azione della prova scientifica

Il raggio di azione della prova scientifica è quanto mai ampio e variegato.

Innanzitutto, vengono in rilievo categorie centrali della parte generale del diritto penale che hanno natura pluridisciplinare. Il riferimento è essenzialmente ai criteri di imputazione oggettiva e soggettiva, quali la causalità, il pericolo, l'imputabilità e la colpevolezza in genere (principalmente la struttura volitiva del dolo e la base nomologica della regola cautelare violata nel reato colposo). Si tratta di materie per loro natura aperte al sapere scientifico; e non è mancato chi ha assimilato il fisiologico rinvio che tali istituti effettuano al sapere scientifico al modo di operare degli elementi normativi della fattispecie, come tecniche di definizione parzialmente "in bianco" del fatto di reato⁸. In questi casi il contributo conoscitivo della scienza, prima ancora di assumere una rilevanza probatoria, interessa il piano del diritto sostanziale, perché forgia la fisionomia degli istituti so-

⁶ Esprime questa preoccupazione M.R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, p. 215.

⁷ Più ampiamente, v. S. LORUSSO, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, Trattato diretto da A. Gaito, Torino, 2008, p. 295 s. Cfr. anche F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 610.

⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 802.

pra richiamati, i quali presentano una determinatezza formale (ossia legislativa) notoriamente debole, che necessita di essere completata e definita dal sapere scientifico⁹, pena, come si è detto, l'*arbitrium iudicis*¹⁰.

In secondo luogo, e sul piano squisitamente processuale, l'impiego penalistico della scienza ben può essere finalizzato all'accertamento di qualunque altro elemento utile ai fini del giudizio di responsabilità. Si pensi all'impiego processuale del DNA rinvenuto sul corpo della vittima, quale indizio a carico dell'imputato; al riconoscimento come autentico o meno di un testamento olografo, sulla base dei tratti caratterizzanti la grafia del testatore; alla presenza sulla mano dell'imputato, accusato di aver ucciso taluno con un'arma da fuoco, di tracce di polvere da sparo; alle analisi cliniche e tossicologiche utilizzate per accertare lo stato di salute o le condizioni fisiche dell'imputato o della vittima; alle metodiche di riconoscimento della voce umana in base alla biometria; alle tecniche di pedinamento satellitare; e via discorrendo.

Anche in tali casi la prova scientifica può offrire un parametro di qualità del sapere ben superiore a quello del senso comune.

A differenza di quest'ultimo, però, la scienza entra nel processo attraverso la voce degli esperti, che forniscono al giudice quel sapere specialistico che egli non possiede e con il quale nondimeno deve confrontarsi ai fini della decisione.

Ebbene, anticipando le conclusioni cui si perverrà, ciò non significa che l'avvento della prova scientifica scardini, in nome di un sapere superiore e aristocratico, il tradizionale armamentario delle garanzie processuali che attengono al metodo e allo standard di valutazione della prova. In particolare, l'accezione del "libero convincimento" del giudice, come sinonimo di "razionalità di giudizio"¹¹, rimane la premessa imprescindibile per un utilizzo della prova scientifica, che assicuri il massimo standard di verità nell'accertamento probatorio, dovendosi conformare la decisione del giudice alla fondamentale regola di giudizio, oggi codificata all'art. 533 c.p.p., secondo cui la prova – anche di natura scientifica – è chiamata a superare ogni ragionevole dubbio.

⁹ La certezza della prova scientifica è ciò che sana l'indeterminatezza delle fattispecie causalmente orientate. In tal senso, dunque, non può che concordarsi con chi, autorevolmente, considera le leggi causali, ossia il sapere scientifico, come fattore di tassatività; v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, p. 130-131. Parla in termini generali di coproduzione tra diritto e scienza, S. JANSANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, trad. it., Milano, 2001, p. 79 s.

¹⁰ Cfr. F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, p. 137.

¹¹ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 6 nonché *Storia d'una illustre formula: il "libero convincimento negli ultimi trent'anni"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71 s.

2. *L'ingresso della scienza nel processo*

Com'è evidente, le tematiche sopra evocate dischiudono un orizzonte vastissimo, che ruota intorno a una duplice questione di fondo: quale sapere entra nel processo penale attraverso la prova scientifica? In base a quali criteri il giudice può valutare e utilizzare tali conoscenze?

Ebbene, il problema ammette risposte sensibilmente diverse a seconda che il processo penale si consideri estraneo alla disputa scientifica o, all'opposto, ritenga di poter partecipare ad essa. Al riguardo, e volendo semplificare il quadro per esigenze espositive, vengono in rilievo due diversi approcci processuali alla questione scientifica, il cui rapporto, per come si è evoluto negli ultimi decenni, può sintetizzarsi in termini di "estraneità *vs* partecipazione".

2.1. *La scienza come sapere esterno al processo*

In base al primo tipo di approccio, definibile "tradizionale", in quanto a lungo seguito anche dalla nostra giurisprudenza, la disputa scientifica nasce e rimane interamente all'esterno del processo penale, il quale ne recepisce soltanto gli esiti. In questa prospettiva, e per usare una metafora, nella cittadella fortificata e autarchica del processo penale si apre, alla bisogna, una feritoia attraverso la quale entra un sapere eterogeneo, in quanto né giuridico, né desumibile dalla comune esperienza, nella misura strettamente necessaria a colmare i limiti cognitivi del giudice.

Gli esperti coinvolti sono i latori (o i delatori) di questo sapere, che arriva nel mondo del diritto, per così dire, già confezionato, ossia non valutabile nel suo percorso di formazione. Per loro tramite, infatti, non entra la scienza come problema "aperto" e "pulsante", ma la rappresentazione dello stato della scienza, che deve essere effettuata con l'obiettività ricostruttiva del cronista, indicando le opinioni che si contendono il campo, la tesi maggioritaria, in che misura essa sia prevalente, e documentando tutto ciò sulla base della migliore letteratura specialistica.

In questa prospettiva primeggia la perizia, quale mezzo di prova "neutro", in quanto disposto dal giudice, e il ruolo del perito come interlocutore diretto del giudice. Il consulente tecnico di parte assume, invece, una funzione dialettica interna alla fase peritale; la sua interfaccia è il perito, non direttamente il giudice. È al perito che spetta il compito della sintesi, che va espletato con onesta intellettuale e fedeltà descrittiva; solo il suo dovere di verità è penalmente tutelato (art. 373 c.p.), non anche quello del consulente tecnico di parte, il cui giuramento, seppure ricorrente nella prassi, ha un rilievo simbolico. In tal modo la perizia si risolve, dunque, in una sorta di testimonianza sullo stato della scienza rispetto a una determinata conoscenza rilevante per il processo. Per parte sua, il giudice viene ad assumere un ruolo tendenzialmente passivo e ricettivo, che consiste nella verifica

sia della pertinenza del responso peritale rispetto al quesito formulato, sia della credibilità delle informazioni scientifiche acquisite dal processo, di regola insita nella garanzia della terzietà e della competenza del perito. Il perito non manca di poteri d'iniziativa: ne è un esempio il disposto dell'art. 228, comma 3, c.p.p., che consente al perito, ai fini dello svolgimento dell'incarico, di richiedere direttamente notizie all'imputato, alla persona offesa o ad altre persone, benché con il limite di potere utilizzare gli elementi in tal modo acquisiti solo per l'espletamento dell'accertamento peritale, con la preclusione cioè del loro impiego da parte del giudice nella ricostruzione del fatto¹².

La rinuncia del processo a un'autonoma rivisitazione della questione scientifica sottesa alla prova non esime però dalla ricerca della certezza probatoria, ossia della verità scientifica. Così, secondo l'impostazione in esame, la soluzione cui si è da ultimo approdati è stata quella di ammettere la funzione esplicativa della scienza a due condizioni coesenziali: l'ufficialità del sapere e la sua certezza nomologica.

Quanto alla prima, è il sapere consolidato ciò che conta: l'unico capace di vincolare il processo dall'esterno, in nome del suo vasto accreditamento nella comunità scientifica di appartenenza. È ad esso, pertanto, che si guarda fin dalla formulazione del quesito rivolto al perito, nella convinzione che per lo sguardo retrospettivo del processo sia preferibile un sapere largamente condiviso, che un sapere ancora pionieristico e incerto.

Per quel che concerne la seconda condizione, ossia la certezza nomologica, e-semplificativa è l'elaborazione teorica del nesso di causalità di qualche decennio fa. Il riferimento è, in particolare, a quegli orientamenti dottrinali, oggi abbandonati, che ammettevano unicamente l'impiego di leggi scientifiche c.d. universali ovvero, in alternativa, ad altissima frequenza statistico-probabilistica, prossima al 100% dei casi¹³. È evidente, infatti, che solo queste ultime consentono allo schema condizionalistico di svolgere la verifica controfattuale, ossia il procedimento di eliminazione mentale, lungo i binari di un altrettanto sicuro sillogismo deduttivo.

Come può osservarsi, secondo questa impostazione la scienza è utile solo se certa, ossia non controversa al suo interno, e assoluta, ossia portatrice di verità generali. La qual cosa equivale a ipotizzare una scienza a-problematica e una prova scientifica priva di questione scientifica.

Un fenomeno simile si è verificato, *mutatis mutandis*, nel campo dell'imputabilità, dove la certezza della scienza è stata ricercata negli schemi rassicuranti del-

¹² Per questa precisazione, v. da ultimo Cass. pen., sez. IV, 21 marzo 2013, n. 16981, in *Guida al dir.*, 2013, n. 21, p. 71.

¹³ Il riferimento è soprattutto, ancorché non esclusivamente, alla posizione assunta da F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, p. 316 s.; *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela della vittima*, Milano, 2003, p. 332; *Il giudice corpuscolariano*, cit., p. 1 s. e 72 s.

la nosografia ufficiale. Si tratta – è noto – del retroterra ideologico sotteso alla disciplina (tuttora vigente) dell'imputabilità ad opera del codice Rocco, che, come noto, innesta la valutazione psicologico-normativa di competenza del giudice sulla preliminare valutazione patologica di competenza della psichiatria, quale momento diagnostico inteso all'accertamento e all'inquadramento del disturbo psichico¹⁴.

Sulla tenuta teorica di questi approdi si avrà modo di tornare più avanti. Al momento, però, preme rilevare che, nonostante l'impostazione sopra riferita non sia più da tempo maggioritaria, vi sono casi, per il vero meno frequenti, in cui il retroterra conoscitivo del mezzo di prova si fonda effettivamente su leggi generali pacificamente riconosciute, ragion per cui manca, al loro interno, un'autentica questione scientifica, intesa come problema gnoseologico "aperto". Il loro impiego processuale pone principalmente questioni tecniche, ossia richiama l'attenzione sugli aspetti meramente esecutivi, ma non per questo meno importanti, dell'accertamento probatorio. Si può parlare, al riguardo, con il margine di convenzionalità delle definizioni stipulative, di prova ("soltanto") tecnica¹⁵, al fine di sottolineare che la problematicità dell'accertamento probatorio si concentra in questi casi non sulla premessa nomologica, ma sul suo corretto impiego pratico, ossia principalmente sulle modalità di assunzione del mezzo di prova. Si pensi alla rilevazione delle impronte digitali lasciate sull'arma del delitto, alla misurazione del tasso alcolemico dell'automobilista effettuato con il sistema dell'etilometro, all'accertamento della natura e quantità delle sostanze inquinanti immesse in un corso d'acqua in violazione dei limiti tabellari consentiti o alla rilevazione clandestina del DNA, ammessa, come noto, dalla giurisprudenza. Molti di questi accertamenti vengono effettuati, solitamente nell'interesse processuale della pubblica accusa, nella fase delle indagini preliminari, sia per esigenze investigative, sia per il rischio di dispersione della prova. Ciò solleva delicatissime questioni concernenti il diritto di difesa dell'imputato che non partecipa all'acquisizione del dato probatorio¹⁶. Senza contare il clamore massmediatico che a volte presentano questi accertamenti probatori predibattimentali¹⁷, i quali suonano – proprio in nome della scienza certa – come un'anticipazione della sentenza di condanna, magari smentita dalle risultanze su cui si fonderà la sentenza di

¹⁴ Per tutti, v. M. BERTOLINO, *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in questa *Rivista*, 2008, p. 329 s.

¹⁵ Per questa aggettivazione v. anche G. SPANGHER, *Brevi riflessioni, sparse, in tema di prova tecnica*, in *Scienza e processo penale*, cit., p. 27 s., che usa però l'espressione "prova tecnica" come sinonimo di "prova scientifica".

¹⁶ S. LORUSSO, *L'esame della scena del crimine tra esigenze dell'accertamento, istanze difensive e affidabilità dei risultati*, in *Scienza e processo penale*, cit., p. 33 s.

¹⁷ Con riguardo alla tragica vicenda della piccola Yara Gambirasio, v. gli interventi raccolti in *Yara. Il DNA e le altre verità*, della serie *Corriere della sera storie*, a cura di M. Garofalo e G. Mercuri, Milano, 2014.

assoluzione. Qui la complessità del problema è accresciuta dalla forza e dalla segmentazione dell'informazione massmediatica, che, nel trasmettere un caleidoscopio di notizie parziali, contribuisce a fornire all'opinione pubblica un'immagine talvolta poco comprensibile della giustizia penale.

2.2. *L'affinità metodologica tra processo avversariale e principio di falsificazione*

Per il secondo approccio, invece, il processo penale è pienamente legittimato a occuparsi direttamente della contesa scientifica, entrando nel merito del dibattito e delle conclusioni che esso consente. Si muove, in particolare, dalla compatibilità dei linguaggi del diritto e della scienza e, soprattutto, dalla similitudine metodologica tra l'accertamento processuale sorretto dal principio del contraddittorio e la verifica scientifica condotta alla luce del principio di falsificazione¹⁸. Il processo non vuole solo conoscere, ma vuole anche capire e decidere quale spiegazione sia più convincente ai fini della questione scientifica da cui dipende l'esito della sentenza. La prova – qualunque prova – non va importata, ma formata criticamente nel processo.

All'origine di questa nuova impostazione, stanno una pluralità di ragioni.

Innanzitutto, e sul terreno della filosofia della scienza, con la crisi del positivismo è mutata la stessa concezione della conoscenza scientifica, che non evoca più l'idea di un sapere stabile, completo e infallibile, ma è consapevole del suo valore provvisorio, parziale e fallibile¹⁹. Per questa via ha perso progressivamente terreno e legittimazione la pretesa del processo penale di potersi avvalere solamente di scienza nomologicamente certa e assolutamente condivisa.

In secondo luogo, e conseguentemente, sul terreno del diritto penale sostanziale, ha subito una significativa relativizzazione il paradigma della sussunzione sotto leggi scientifiche c.d. di copertura, con la presa d'atto che le leggi scientifiche generali (anche dette leggi di ferro) sono solo una parte, peraltro minoritaria, delle conoscenze disponibili²⁰. Ne consegue che il diritto non può trascurare aprioristicamente le leggi statistico-probabilistiche che presentano frequenze esplicative medio-basse. Ebbene, fino a un recente passato la dottrina penalistica ha continuato a ragionare di causalità supponendo l'esistenza di leggi scientifiche generali in molti settori – si pensi alla medicina – nei quali le spiegazioni causali

¹⁸ Sui nessi tra il principio di falsificazione, elaborato dalla filosofia della scienza a partire da K.R. Popper, e il processo, v., con riferimenti specifici alla materia della prova scientifica: G. CANZIO, *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *Scienza e processo penale*, cit., p. 62 s.; P. FERRUA, *Metodo scientifico e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, Dossier, 2008, p. 17.

¹⁹ V. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, p. 263 s. e 336. Parla di passaggio dal dogma scientifico al sapere problematico, F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 603.

²⁰ Di recente v. anche P.P. RIVELLO, *La prova scientifica*, cit., p. 33.

disponibili tali non sono; mentre la giurisprudenza, con esecrabile pragmatismo, riteneva bastevole per l'affermazione della causalità (e spesso della condanna) un qualunque aumento del rischio di verificazione dell'evento²¹. La questione, come noto, è stata affrontata, con esiti finora ritenuti appaganti, dalla sentenza Franze²², la quale – i passaggi sono molto noti e pertanto non si ricapitoleranno in questa sede – ha superato l'assioma dell'inutilizzabilità nomologica di leggi scientifiche frequentiste medio-basse, pur senza rinunciare all'istanza garantistica della certezza razionale e logica.

In terzo luogo, e sul versante processuale, il varo del codice di rito del 1989 ha accreditato anche da noi un cambio di paradigma nella spiegazione della decisione giudiziale. La conoscenza processuale – oggi si insegna – dipende dalla struttura avversariale di ispirazione accusatoria; essa distilla giudizi abduttivi, ossia di inferenza probabilistica, fondati sulla forza degli argomenti messi a confronto dialetticamente. Questo ragionamento vale anche per la prova scientifica e si riflette sulla qualità delle conoscenze che entrano nel processo: per l'opinione prevalente, il contraddittorio è in grado di assicurare un sapere più attendibile.

Nella nuova prospettiva muta conseguentemente la logica dell'accertamento. La perizia cessa di essere il mezzo probatorio privilegiato e diventa uno strumento di accertamento eventuale, con conseguente valorizzazione, anche extraperitale, della consulenza tecnica di parte. Gli esperti, indipendentemente dal loro ruolo processuale di perito o consulente, diventano diretti interlocutori del giudice, sebbene lo statuto del consulente non sia stato omologato a quello del perito sotto il profilo della responsabilità penale per le eventuali falsità introdotte nel processo. Il loro compito, infatti, non si limita all'attività di verifica dello stato dell'arte della scienza; e ciò spiega – specie nei casi difficili – la scelta delle parti processuali di puntare su consulenze di alto profilo, particolarmente qualificate sul piano della specifica competenza professionale e dell'autorevolezza scientifica. I consulenti tecnici sono chiamati a prendere posizione nel confronto scientifico esprimendo, all'occorrenza, non verità confezionate, ma argomenti scientifici, nel rispetto del dovere deontologico di correttezza nella proposizione e nello sviluppo della tesi sostenuta, che, naturalmente, non può prescindere dalla sua rispondenza al più accreditato aggiornamento delle conoscenze.

Per questa via, la prova scientifica, anche quando vive nel guscio tradizionale della perizia, finisce per simulare il confronto scientifico, fino all'estremo di avvicinarsi al modello dell'esperimento giudiziale virtuale e trasformare il processo penale in una sorta di laboratorio scientifico.

²¹ Per una critica v. per tutti C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 831 s. Amplius F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 245 s.

²² Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Foro it.*, 2002, II, c. 601.

2.3. Tra conformismo scientifico e scienza effimera: la difficile via di mezzo

Come si è detto, le diversità di impostazione sopra tratteggiate, con riguardo all'oggetto e alla formazione della prova scientifica, una volta calate nella prassi processuale, risultano meno nette e coerenti di quanto non appaia in astratto. I processi evolutivi, infatti, non conoscono cesure chirurgiche tra il vecchio e il nuovo. Ciò spiega la convivenza e la sovrapposizione tuttora del modello di accertamento in fase di affermazione e di quello in via di superamento. Non devono meravigliare, pertanto, talune disomogeneità della comune esperienza processuale: accanto a processi nei quali la prova scientifica, seppure centrale ai fini della decisione, si forma in assenza di perizia, ossia sulla base delle sole consulenze tecniche, ve ne sono altri in cui la perizia gioca un ruolo ancora preminente e determinante. Si pensi ai casi, intuitivamente frequenti, nei quali è l'esito della perizia che consente al giudice di superare l'equilibrio della dialettica tra le contrapposte tesi sostenute dai consulenti tecnici di parte. È ben verosimile, infatti, che in situazioni di dubbio il giudice valorizzerà la terzietà del perito e quindi le sue conclusioni. Per non dire della perizia che viene disposta dal giudice, magari in chiusura dell'istruttoria dibattimentale, per riequilibrare l'eccesso di forza argomentativa di una delle consulenze rispetto all'altra (ipotesi, questa, addirittura inquietante quando la perizia viene a chiamata a surrogare la debolezza o la mancanza della consulenza della pubblica accusa).

Ad ogni modo, tornando alla domanda di partenza – quale scienza entra nel processo? – non v'è dubbio che il primo modello, per così dire tradizionale, dei rapporti tra scienza e processo reca con sé l'inconveniente di fondare la decisione del giudice su un sapere che, per perseguire uno standard elevato di condivisione, può indulgere al conformismo scientifico²³; mentre, per l'impostazione oggi prevalente, protesa verso la verità scientifica più aggiornata, ciò che conta non è tanto l'ufficialità di un dato sapere in se stessa considerata, quanto la plausibilità della spiegazione scientifica offerta in concreto, ossia con riferimento al caso *sub iudice*. Quest'ultimo approccio, però, non è immune dal rischio che nella dialettica processuale esca vincente una scienza troppo solitaria, ossia un sapere effimero e solipsistico, privo di valore epistemologico. Non può nemmeno escludersi che il processo offra alla pseudoscienza la ribalta per un accreditamento che essa non ha ancora conseguito o non è in grado di conseguire nel circuito scientifico di appartenenza. Anche la pseudoscienza vive di astuzie e possiede armi retoriche.

La complessità della materia è destinata ad accrescersi quando il processo penale si trova ad affrontare – è questo il punto di novità – questioni scientifiche non ancora dissodate. Lo scenario che si prospetta è, in realtà, ben più impegna-

²³ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 418.

tivo di quello affrontato dalla sentenza Franzese, la quale non ha preso in considerazione il problema dei contrasti scientifici, che costituiscono oggi il cuore del rapporto problematico tra scienza e diritto.

A ben vedere, le incertezze della scienza, e di conseguenza i nodi che aspettano il giudice, sono di due tipi e possono concorrere tra loro. Da un lato, vengono in rilievo i limiti esplicativi della legge scientifica; è il caso delle leggi frequentiste, in relazione alle quali il problema non è l'astratta capacità esplicativa della scienza, che non è messa in discussione, ma la sua utilizzabilità nel caso concreto (c.d. causalità singolare, per usare la terminologia della sentenza Franzese). Dall'altro lato, viene in discussione, invece, proprio il fondamento epistemologico della spiegazione scientifica; l'incertezza è qui più radicata e difficile da superare. Il riferimento è, adesso, ai contesti in cui, rispetto ai saperi sottostanti, la scienza è discorde al suo interno o è ancora in una fase sperimentale (anche sotto il profilo metodologico), con l'impossibilità di individuare un'opinione che, indipendentemente dalla significatività percentuale del suo ambito di applicazione, sia largamente maggioritaria e assumibile come punto di partenza.

In questi ultimi casi, entrambe le impostazioni che sono state sopra prospettate entrano in difficoltà. Sennonché, mentre per l'approccio tradizionale l'incertezza che attiene al fondamento epistemologico è per così dire risolutiva, in quanto impedisce l'impiego processuale del sapere scientifico, l'impostazione oggi prevalente non esclude la fruibilità del sapere ancora controverso, con il rischio, però, di un circolo vizioso, talvolta ritenuto apparente, ma in realtà incombente: la questione scientifica, rilevante per il processo, viene affrontata attraverso un sapere, che, tuttavia, pone il problema della sua validità epistemologica²⁴. Il processo – enfatizzando l'onnipotenza legittimante della concezione argomentativa della prova, ossia estendendo il metodo patrocinato dalla sentenza Franzese per la diversa questione delle leggi scientifiche statistico-probabilistiche – ritiene di poter gestire questa complessità, aperta dalla crisi del positivismo scientifico e dal ritrovato primato del diritto. Vediamo come.

3. *Un importante angolo visuale: la giurisprudenza penale in materia di morti da amianto*

La questione di fondo sopra evocata – quale scienza assumere come mezzo di prova nei casi in cui manca un sapere generalmente condiviso – non è certo nuova. Si può dire, anzi, che la scienza è un sapere in continua evoluzione, ragion per

²⁴ Coglie in ciò più di un profilo di paradosso, G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2005, n. 5, p. 23.

cui è frequente che essa sia attraversata anche da divisioni e contrasti. Ciò che qui interessa, però, non è la dialettica, per così dire fisiologica, tra le tesi scientifiche che si contendono il campo, quanto l'ipotesi – meno frequente – del contrasto insanabile tra impostazioni inconciliabili: la condizione, dunque, di una scienza lacerata. La casistica è molto variegata; e la sua compiuta disamina richiederebbe un apposito studio. In questa sede l'orizzonte è molto più circoscritto. Si limiterà infatti l'attenzione, a titolo esemplificativo, su uno dei punti di emersione della problematica che, per attualità e complessità, appare particolarmente significativo. Il riferimento è alla contrastata giurisprudenza, che – ai fini dell'accertamento del nesso di causalità c.d. generale²⁵ – si sta occupando dell'eziologia del mesotelioma pleurico.

Si tratta di processi del tutto particolari che imprimono alle categorie sostanziali torsioni inusuali e innaturali. Basti pensare che, stante la latenza più che quarantennale della patologia tumorale, oggetto del processo penale è un fatto tipico di pari durata; la colpevolezza si radica su condotte asseritamente colpose lontane nel tempo, se non remote; il reato nondimeno non è prescritto perché la prescrizione decorre dall'evento, verificatosi all'incirca quarant'anni dopo l'esposizione al fattore di rischio. Si comprende, dunque, che, dal punto di vista degli imputati, tali processi vengono celebrati per lo più a carico dei soggetti (all'epoca apicali) sopravvissuti.

Orbene, com'è noto, nel mondo scientifico non c'è concordia con riguardo all'eziologia delle c.d. morti da amianto. Secondo un primo orientamento, l'inalazione delle fibre di amianto, da cui scaturisce il processo causale, funzionerebbe come dose c.d. killer, nel senso che essa attiverrebbe un decorso patologico sul cui sviluppo sarebbe del tutto ininfluenza l'esposizione successiva al medesimo fattore di rischio. A conclusioni opposte giunge invece la tesi delle c.d. dosi correlate: la durata delle esposizioni alle inalazioni di amianto inciderebbe comunque sui tempi di latenza della malattia, accelerando il sopraggiungere del decesso. L'opzione per la prima o per la seconda impostazione è decisiva ai fini della disciplina della successione nella posizione di garanzia dei soggetti tenuti al debito di sicurezza: ossia al fine di attrarre nell'area della responsabilità penale non solo il datore di lavoro alle cui dipendenze è avvenuto l'innescò della malattia, ma anche quello alle cui dipendenze il lavoratore ha continuato successivamente a essere esposto all'amianto.

3.1. *Il manifesto metodologico della sentenza Cozzini*

Ai fini della corretta impostazione del problema causale e dei suoi risvolti probatori, una posizione di assoluto rilievo viene comunemente riconosciuta alla

²⁵ Per usare ancora la terminologia della sentenza Franzese, si tratta del corso causale reale, afferabile sulla base delle leggi scientifiche.

sentenza Cozzini²⁶, la quale, pur rilevando che non spetta alla Suprema Corte stabilire se una data legge scientifica sia affidabile o meno, rivendica il controllo di legittimità su quale “*debba essere l’itinerario razionale di un’indagine che si colloca su un terreno non proprio nuovo, ma caratterizzato da lati oscuri, da molti studi contraddittori e da vasto dibattito internazionale*”.

In questa prospettiva, la Corte di cassazione, nell’ammettere che la scientificità della prova possa essere riconosciuta dal giudice anche quando “*vi sono tesi in irrisolto conflitto*”, subordina tale epilogo alla diretta verifica, da parte del giudice, dell’attendibilità degli studi che sorreggono una certa tesi scientifica, considerando: “*Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L’ampiezza, la rigurosità, l’oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l’elaborazione dello studio (...). L’attitudine esplicativa dell’elaborazione teorica (...) il grado di consenso che la tesi accoglie nella comunità scientifica*”.

Particolare attenzione viene riservata, oltre che alla qualificazione dell’esperto compulsato, anche all’eventuale esistenza di conflitti di interesse, specie in presenza di finanziamenti che possano, se non orientare, comunque condizionare l’attività di ricerca scientifica. Qui il riferimento è all’indipendenza dello studio scientifico fatto valere da una delle parti; essa, segnatamente in un settore come quello delle morti da amianto, deve essere adeguatamente valutata, perché altro è un’indagine condotta da un centro di ricerca imparziale sotto il profilo dei finanziamenti, altro uno studio commissionato da soggetti coinvolti nelle dispute processuali. Una siffatta eventualità – sia chiaro – suggerisce, però, soltanto cautela di giudizio; non consente invece presunzioni di inattendibilità degli studi condotti nell’interesse dell’imputato, né l’implicita conclusione che sia più credibile il consulente dell’accusa in quanto carente di un interesse all’alterazione della verità. L’esperienza insegna che, specialmente in alcuni settori, esistono consulenti per così dire fidelizzati dagli uffici della pubblica accusa, eppure nessuno dubita che il loro operato debba valutarsi soprattutto per il metodo e la serietà degli argomenti. Il resto rientra nella (libera) scelta professionale di operare al servizio della funzione accusatoria, la quale vale tanto quanto la scelta di operare al servizio della difesa.

Come si vede, il consenso della comunità scientifica rimane un criterio di valutazione imprescindibile, ma destinato a essere corroborato sulla base di altri parametri oggetto di verifica processuale. Soprattutto, muta il ruolo del giudice che, pur senza assurgere a *peritus peritorum*, si smarca dalla condizione di passività ri-

²⁶ Cass. pen., sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341, con nota di P. TONINI. V. in particolare il punto 16. L’impostazione della sentenza Cozzini si ritrova anche nella sentenza Cantore: Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, rv. 255105. L’estensore di entrambe le pronunce è il cons. R. Blaiotta.

spetto al sapere degli esperti; nel senso che, sotto il profilo probatorio, i criteri di risoluzione della disputa scientifica non sono più appannaggio esclusivo e insindacabile degli scienziati.

Non a caso nelle cadenze argomentative della citata sentenza è stata colta l'eco degli enunciati metodologici della nota pronuncia Daubert della Suprema Corte statunitense, risalente a oltre vent'anni orsono²⁷. In effetti, è comune l'ispirazione di fondo: l'idea che l'inferiorità cognitiva del giudice possa e debba essere compensata attraverso l'assunzione, da parte sua, del ruolo di fruitore selettivo e critico del sapere scientifico²⁸, in modo da contrastare la tendenza della prova scientifica a svalutare il principio del libero convincimento, che deve mantenere invece un fondamentale ruolo di garanzia e controllo di razionalità.

Al contempo, la sentenza Cozzini parrebbe propendere per una figura di esperto per così dire intermedia, tra quella di chi è chiamato unicamente a fotografare lo stato del dibattito scientifico e quella speculare dello studioso che porta nel processo, insieme con le sue conoscenze (eventualmente superiori), anche le sue convinzioni. Mediando tra questi modelli contrapposti, affiora la figura (non priva di contorni problematici) del testimone esperto, il cui potere di argomentare conformemente alle proprie convinzioni scientifiche e alle evidenze disponibili è temperato dal dovere di tenere conto, magari anche sollecitato dalle parti o dal giudice, delle diverse tesi scientifiche che si contendono il campo, sebbene da lui personalmente non condivise. Egli – è quanto traspare dalla sentenza in questione – non è certo tenuto a sposarle, ma deve considerarle, se del caso confutandole. Il confronto scientifico – è questo il senso del discorso – non ammette discriminazioni e personalismi. La compiuta emersione delle coordinate del dibattito è la precondizione della dialettica tra tesi opposte. In breve: l'autorevolezza dell'esperto è una fondamentale credenziale, che non legittima l'argomento dell'*ipse dixit*.

3.2. La giurisprudenza successiva

L'elaborazione giurisprudenziale successiva non ha mancato di riportarsi al precedente della sentenza Cozzini. Si tratta, però, di richiami ora formali e finanche mistificatori²⁹, ora espressivi addirittura di un velato dissenso. In realtà lo spirito di fondo della sentenza Cozzini – ravvisabile nella valutazione trasparente

²⁷ P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1344. La sentenza Daubert v. Merrel-Down Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), può leggersi in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 719. Nella nostra letteratura, su quest'ultima pronuncia v., tra i tanti autori, per tutti M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 219 s.

²⁸ G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, cit., p. 23.

²⁹ Lo rileva Cass. pen., sez. IV, 27 febbraio 2014, n. 18933, *De Jure*.

della prova scientifica e del suo controllo di razionalità – non ha avuto adeguato seguito.

Si pensi alla sentenza Ramacciotti³⁰, la quale, sebbene si dichiara coerente con il precedente della sentenza Cozzini, in realtà riapproda all'apoditticità e all'opacità motivazionale in punto di prova scientifica³¹. Concentrando l'attenzione sull'insorgenza della patologia, la Corte condivide la sentenza di condanna impugnata “*nella parte in cui, giudicata inattendibile la teoria della c.d. 'trigger dose', assume che il mesotelioma è patologia dose-dipendente*”. Nel sostenere l'assunto la Corte si spinge fino a prendere posizione, sulla falsariga della sentenza impugnata, sulla corretta interpretazione del pensiero dello studioso Irving Selikoff, affermando che la preferenza di quest'ultimo per la tesi delle dosi correlate “*ha trovato puntuale conferma nelle risultanze peritali alle quali il giudice di merito ha ampiamente attinto*”. In realtà, la Corte, nel riferire che la sentenza impugnata ha correttamente valutato le risultanze della prova peritale, offre una estrinseca ricapitolazione dei contrasti scientifici relativi all'insorgenza del mesotelioma pleurico, concentrandosi però principalmente sull'impostazione prescelta. Conseguentemente, il lettore è chiamato a fidarsi, in ragione di una specie di proprietà transitiva, dell'esperto di cui si fida il giudice di merito, dando per scontato il suo valore, la sua indipendenza di giudizio, il grado di consenso che la tesi sostenuta ha in seno alla comunità scientifica (ossia se si tratta di tesi maggioritaria o meno). In conclusione, non è affatto chiaro il percorso in base al quale la sentenza Ramacciotti ha statuito che la tesi delle dosi correlate sia quella scientificamente corretta.

Ad analogo risultato giungono altre pronunce. Il riferimento è, per esempio, alla sentenza Pittarello³², la quale conferma la condanna della Corte territoriale perché, a proposito della legge scientifica di riferimento, essa “*ha correttamente adottato quella della dose cumulativa*”. Come si vede, questa pronuncia, capovolgendo nella sostanza l'impostazione argomentativa della sentenza Cozzini, attribuisce allo scrutinio di legittimità il compito di stabilire qual è la tesi scientificamente preferibile, dando l'impressione di voler elevare la tesi scientifica prescelta a principio di diritto. Il manifesto metodologico della sentenza Cozzini, la cui impostazione viene definita come “*teoria più restrittiva*”, benché espressamente ri-

³⁰ Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2012, n. 33311, *De Jure*. Alla sentenza Ramacciotti si richiama, prescindendo dal ricordare la sentenza Cozzini, Cass. pen., sez. IV, 16 ottobre 2012, n. 49215, *De Jure*.

³¹ Rilevano correttamente che la pronuncia in questione tradisce le coordinate di fondo della sentenza Cozzini, S. CAVALLINI, L. PONZONI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto: il diritto penale tra conservazione, tensione e trasfigurazione di causalità e colpa*, in *Indice pen.*, 2013, p. 156.

³² Cass. pen., sez. IV, 22 marzo 2012, n. 24997, rv. 253303.

chiamato, non risulta applicato, a meno che non si ritenga che esso valga per il solo giudice territoriale, e che in sede di legittimità sia sufficiente verificare, al più, la sua mera evocazione ad opera del giudice di merito.

Questo indirizzo di pensiero è, se possibile, ancora più chiaro nel perentorio periodare di un'altra recentissima pronuncia che affronta l'eziologia delle c.d. morti da amianto: *“Sul punto questa Corte si è espressa recentemente in termini inequivocabili, affermando che la letteratura scientifica è sostanzialmente convergente sulla circostanza che nella fase di induzione ogni esposizione ha un effetto causale concorrente e, pur non essendovi certezze circa la dose sufficiente a scatenare l'insorgenza del mesotelioma pleurico, è stato comunque accertato che il rischio di insorgenza è proporzionale al tempo e all'intensità dell'esposizione (...): insomma, la scienza medica riconosce un rapporto esponenziale tra dose cancerogena assorbita determinata dalla durata e dalla concentrazione dell'esposizione alle polveri di amianto e risposta tumorale (...). Analogamente la sentenza impugnata ha mostrato la piena convergenza delle opinioni della comunità scientifica internazionale, al pari della giurisprudenza sulla teoria della 'dose dipendenza' o 'multistadio' senza che sia possibile comprendere appieno le ragioni dell'isolato dissenso manifestato dai consulenti della difesa, propugnatori dell'opposta e superata teoria della 'trigger dose'”*. A conferma della correttezza della sentenza di merito impugnata, la Corte di cassazione, senza avvedersi della circolarità e autoreferenzialità del ragionamento, riporta testualmente i passi della sentenza *sub iudice* che a loro volta richiamano i precedenti di legittimità che ritengono corretta la tesi delle dosi correlate³³.

Alla luce di questi sviluppi la Suprema Corte, trasformandosi in un tribunale scientifico, sta di fatto orientando, più che nel metodo, nella sostanza decisionale, favorevole alla tesi maggiormente repressiva delle c.d. dosi correlate, la giurisprudenza di merito, la quale non a caso si richiama a questi precedenti con funzione decisoria³⁴.

A fronte di ciò, l'attuale elaborazione giurisprudenziale non sembra centrare l'obiettivo della uniformità d'indirizzo applicativo, posto che non mancano pronunciamenti dissenzienti della stessa Corte di cassazione, come nel caso della sentenza Criminna³⁵.

Né, per superare l'impasse, è corretto auspicare un intervento delle Sezioni Unite: il disorientamento applicativo adesso in esame, infatti, non origina da una questione interpretativa irrisolta, ma riguarda l'accertamento di fatto. Semmai, la

³³ Cass. pen., sez. IV, 21 novembre 2014, n. 11128, in *Pluris*.

³⁴ Per attingere alla recente esperienza libero-professionale dello scrivente, v. per esempio, Trib. Livorno, GUP dott.ssa Dani, 2 aprile 2014, nella parte in cui il Giudice in risposta dell'argomento difensivo centrato proprio sulla divisione della scienza, si riporta al precedente della sentenza Pittarello.

³⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 28 marzo 2013, n. 30206, rv. 256374.

questione di diritto concerne la giuridicità dei criteri di accertamento della prova scientifica, evidentemente non ancora acquisita. Ma sul punto, più che un contrasto giurisprudenziale, sembra esservi un vuoto di elaborazione, reso ancora più evidente dall'intervento solitario della sentenza Cozzini.

4. *Il giudice controllore attivo tra mito e realtà*

Come si è detto, l'impostazione metodologica della sentenza Cozzini è certamente quella più convincente, al punto che non è mancato chi in dottrina l'ha autorevolmente definita "*quanto di meglio la Corte di Cassazione abbia prodotto nel recente periodo, a custodia del nomos e della razionalità del giudizio*"³⁶.

In effetti, i criteri elaborati dalla giurisprudenza nordamericana, e richiamati dalla sentenza Cozzini, costituiscono un indiscusso passo avanti nella prospettiva del corretto impiego processuale della prova scientifica.

In particolare – ed è questo il profilo più rilevante – essi consentono di scremare la base cognitiva dell'accertamento causale, espungendo la scienza c.d. spazzatura, ossia la conoscenza che sfugge a qualunque seria valutazione di scientificità. Una scienza che si proclama tale, nonostante l'assenza di credito presso la comunità scientifica di appartenenza, l'esiguità delle pubblicazioni scientifiche di supporto, la mancanza di respiro a livello internazionale, non può essere assunta come base del giudizio causale solo perché sostenuta dall'esperto occasionalmente compulsato.

Per il resto, tuttavia, i criteri individuati dalla sentenza Cozzini non vanno sopravvalutati. La loro funzione, infatti, non è quella di sostituire, bensì di corroborare il criterio del consenso, comprovando cioè l'affidabilità di un sapere che è già riconosciuto come attendibile da una parte significativa della comunità scientifica di appartenenza.

In altre parole: non vi sono parametri che, singolarmente considerati o utilizzati congiuntamente, consentano di accertare la qualità della scienza prescindendo del tutto dal criterio della prevalenza delle opinioni espresse nel mondo degli scienziati del settore, che rimane il criterio di partenza e al tempo più significativo.

Solo per fare qualche esempio, si pensi al c.d. *impact factor*: le citazioni obiettive e meritate fortunatamente esistono, ma convivono con quelle amichevolmente elargite e slealmente negate, in un mercato dalle quotazioni non sempre trasparenti. Nemmeno il sistema del *peer review* in doppio cieco assicura l'ineccepibilità del giudizio di scientificità, che è condizionata dalla specifica competen-

³⁶ D. PULITANÒ, *Populismi e penali. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in questa *Rivista*, 2013, p. 141.

za, a volte tale solo per rango accademico, del *referee*, e mal si adatta agli studi che utilizzano metodologie di ricerca nuove o extraparadigmatiche³⁷ (con ragionevole certezza, che, se fossero stati sottoposti al sistema del *peer review* dai teologi del tempo, i quattro evangelisti non avrebbero dato alla luce la loro opera).

Se, dunque, competitività e personalismi affliggono, come tutte le comunità, anche quella scientifica, relativizzando la funzione indiziante di alcuni tradizionali criteri di accreditamento dei c.d. prodotti scientifici, è anche vero che fortunatamente tali distorsioni non arrivano ad inquinare il valore delle tesi largamente condivise. Questo spiega perché i criteri individuati dalla sentenza Cozzini, sebbene imperfetti, vedono aumentare la loro forza argomentativa quando accreditano la tesi scientifica maggioritaria.

Per contro, sarebbe una forzatura ritenere che la criteriologia messa a fuoco dalla sentenza Cozzini risulti sufficiente e decisiva nei casi in cui la scienza è divisa e non sia possibile individuare una verità prevalente.

In quest'ambito, bisogna evitare di enfatizzare eccessivamente la capacità di giudizio critico del giurista, che porta il rischio di un'insostenibile assolutizzazione del ruolo del giudice, nel momento in cui è chiamato a passare dalla posizione di passività, di cui si è detto, a quella di arbitro della disputa scientifica. Le espressioni usate per descrivere il cambiamento di prospettiva sono affatto significative: mentre, secondo l'insegnamento legalista che diparte da Karl Engisch, il giudice è *mero* fruitore di leggi scientifiche, per il nuovo corso di pensiero il giudice è "fruitore *attivo* della conoscenza altrui", ossia controllore di un sapere che pure gli è estraneo³⁸. Sennonché, si può fondatamente dubitare che l'auspicato attivismo del giudice sia effettivamente alla sua portata e non rischi piuttosto di affidare tanto la risoluzione del contrasto di opinioni scientifiche, quanto la sua verifica in sede di legittimità, a ritrovati virtuosismi retorici, tradizionalmente appannaggio dell'avvocatura, oggi al servizio degli scienziati e dei giudici più eloquenti. Detto altrimenti: resta il dubbio che un compito così impegnativo sia gestibile da un giudice pur consapevole e attento³⁹.

4.1. *La scelta tra le tesi in conflitto*

Il punto merita attenzione. Pare necessario distinguere, infatti, a seconda del grado di divisione che esiste in seno alla comunità scientifica con riguardo a una certa acquisizione. Il dissenso, infatti, al pari del consenso, è una componente fi-

³⁷ Sul punto, cfr. P.P. RIVELLO, *La prova scientifica*, cit., p. 70.

³⁸ G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, cit., p. 23; S. LORUSSO, *La prova scientifica*, cit., p. 42.

³⁹ Per la conclusione affermativa, v. le battute finali dell'ampio e approfondito studio di R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 451.

siologica del confronto tra scienziati. Ragion per cui, se si prescinde dai casi, di cui si è detto, di leggi scientifiche indiscusse, per il rimanente (e tutt'altro che marginale) ambito l'esistenza di due o più tesi in contrasto tra loro non appare una anomalia, né tale mancanza di unanimità può precludere al giudice di valorizzare la tesi che raccoglie maggiori consensi. È a questa eventualità che evidentemente fa riferimento la sentenza Cozzini, quando menziona "il grado di consenso che la tesi accoglie nella comunità scientifica", ricordando che "le Sezioni Unite di questa Suprema Corte hanno già avuto modo di affermare, condivisibilmente, che le acquisizioni scientifiche cui è possibile attingere nel giudizio penale sono quelle 'più generalmente accolte, più condivise', non potendosi pretendere l'unanimità alla luce della oramai diffusa consapevolezza della relatività e mutabilità del sapere scientifico"⁴⁰. È chiaro, pertanto, che per il giudice sarà molto più agevole ergersi, per dirla ancora con la sentenza Cozzini, a "*custode e garante della scientificità della conoscenza fattuale*", quando motiva la sua preferenza per la tesi largamente maggioritaria, sostenuta da studiosi autorevoli anche a livello internazionale e i cui riscontri sono documentati nella migliore letteratura di settore.

Il discorso si opacizza però al di fuori di quest'ambito. Come potrebbe il giudice, nel rispetto dei criteri distillati dalla sentenza Cozzini, motivare la sua preferenza per la tesi assolutamente minoritaria, sconosciuta o contestata dalla maggioranza degli scienziati? Perché ciò avvenga – e considerato che il giudice non è portatore di verità scientifiche sue proprie – occorre che la tesi minoritaria non sia tale se rapportata agli studi specialistici più aggiornati; ovvero sia largamente condivisa seppure nell'ambito di un più ristretto e qualificato circuito. Nel qual caso torna a pesare il livello del consenso nel circuito scientifico di riferimento.

La stessa incertezza si presenta con riguardo a questioni scientifiche – come, per l'appunto, l'eziologia del mesotelioma pleurico – in relazione alle quali la scienza è spaccata a metà: come fa il giudice a superare nel processo l'irrisolto contrasto della comunità scientifica direttamente interessata? In effetti, quando il contrasto si registra anche nella più ristretta cerchia degli studi maggiormente accreditati, non sembra che esso possa essere superato dal giudice in modo convincente. Non a caso gli arresti recenti della Corte di cassazione cominciano a negare che, con riguardo al caso dell'eziologia delle morti da amianto, ci sia un dubbio scientifico. C'è il rischio, però, che per questa via si risolva il problema negandolo ossia creando una verità scientifica giurisprudenziale.

Si badi: le perplessità anzidette non muovono dalla convinzione che sia il modello accusatorio, caratterizzato dal principio dispositivo, a risultare inidoneo alla scoperta della verità scientifica per mancanza di garanzie di obiettività. Questa

⁴⁰ Il riferimento è a Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, rv. 230317.

obiezione, avanzata oltre oceano⁴¹, ha certamente un suo fondamento di verità, in quanto l'esperto che prende parte alla contesa finisce per calarsi nella logica di risultato tipica della parte processuale. Essa, nondimeno, parrebbe risultare spuntata con riguardo al nostro assetto processuale, che conosce il temperamento, non incontroverso⁴², del potere istruttorio del giudice. L'obiezione che qui si muove è dunque più radicale, perché non riguarda tanto il modello processuale di accertamento della verità scientifica, ma le regole di giudizio da utilizzarsi per la valutazione della prova. Infatti, e come si è detto fin dall'inizio, altro è la prova che può apprezzarsi in base alle massime di esperienza di cui il giudice è diretto gestore (si pensi alla prova dichiarativa), altro è la prova scientifica che vede il giudice nella posizione di fruitore di un sapere che pur sempre gli è estraneo, massimamente nei contesti di stallo gnoseologico, ossia di incertezza scientifica insuperabile. Specie in tali casi, può chiarire il processo ciò che la scienza non riesce a fare al suo interno? La verifica probatoria del giudice, infatti, deve rimanere ancorata a verità scientifica e razionalità del giudizio. Ed è ben difficile che ciò possa avvenire disattendendo il criterio del consenso che una data tesi scientifica raccoglie, alla luce di un vaglio aggiornato e altamente specializzato, nell'ambito della comunità degli studiosi che si occupano della materia.

4.2. *L'incertezza scientifica insuperabile*

A quest'ultimo proposito la sentenza Cozzini non risulta del tutto convincente.

La terzietà del giudice, infatti, non è garanzia che può riequilibrare, di per sé, il divario gnoseologico tra esperti e giudicante, perché terzietà e competenza sono entità eterogenee. Quando la scienza è divisa a metà o si è in presenza di un sapere scientifico ancora pionieristico e controverso non c'è modo di approdare, nel processo, a una certezza logico-razionale idonea a reggere il peso morale di una condanna penale. Non si trascuri, inoltre, che altro è il dubbio sulla valutazione della prova nel processo civile (la giurisprudenza d'oltre oceano, che sta alla base dell'odierno dibattito e alla quale ha attinto la sentenza Cozzini, origina da controversie civilistiche); altro è il dubbio sulla colpevolezza dell'imputato di un reato. È inutile ricordare l'esistenza di una inoppugnabile specificità penalistica, che è legata alla natura degli interessi libertari in gioco e si riflette sul valore che assume l'incertezza del giudizio. Nel caso della prova scientifica incerta, i tradizionali principi di garanzia, condensati nel brocardo *in dubio pro reo*, si saldano con

⁴¹ S. HAACK, *Prova ed errore: la filosofia della scienza della Corte Suprema americana*, in *Ars interpretandi*, 2006, 11, p. 303 s. In argomento, v. anche G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, cit., p. 59.

⁴² Sia consentito il rinvio a F. GIUNTA, *Luci e ombre sulle prospettive di riforma dell'esame incrociato*, in *Giust. pen.*, 2011, III, c. 40.

il precauzionismo decisionale cui sono chiamate a uniformarsi le istituzioni: se queste ultime possono imporre legittime limitazioni all'agire dei cittadini in contesti di incertezza scientifica, non si vede come, nelle medesime condizioni, si possa consentire l'azione punitiva dello Stato.

Ne consegue che, più che mai in questa controversa materia, la prova scientifica è ben lontana dall'essere divenuta una prova legale o una novella prova regina. Il sapere scientifico rimane una preziosa risorsa da utilizzare con un vaglio critico accresciuto, ma pur sempre nel rispetto dei principi di garanzia e delle regole di giudizio. Non bisogna dimenticare che il giudice, a differenza dello scienziato, non ha la facoltà del *non liquet*, e che per questa ragione vale nel processo penale la regola di giudizio secondo la quale la colpevolezza deve essere affermata oltre ogni ragionevole dubbio. Formula, questa, forse ridondante, ma sacrosanta per quei contenuti di garanzia, che costituivano un patrimonio ritenuto irrinunciabile già prima della sua positivizzazione nell'art. 533 c.p.p. Ciò differenzia il processo penale dal dibattito scientifico: entrambi si nutrono di certezze probabilistiche e verità che nel tempo possono risultare controvertibili. Solo dal primo però può derivare la pena.

In breve: il sistema possiede già gli strumenti per il giudizio sulla eziologia delle morti di amianto fintanto che la scienza non approderà ad apprezzabili convergenze cognitive. Il riferimento è alla formula liberatoria, la cui adozione si impone alla fine di un percorso bifasico che confermi la fondatezza e l'insuperabilità del dubbio. In primo luogo, il giudice dovrà escludere, sulla base degli imprescindibili criteri elaborati dalla sentenza Cozzini, di trovarsi di fronte a scienza spazzatura. Si tratta di verificare, cioè, la serietà scientifica delle tesi in reciproco e irrisolto conflitto nonché la loro pertinenza rispetto allo specifico oggetto del processo penale. In secondo luogo, dovrà valutarsi se esistono elementi che consentano al giudice di orientare il suo libero convincimento in termini di razionalità. Si pensi, per esempio, all'esistenza di esperimenti recenti che smentiscano la tesi avversaria, rispetto ai quali i sostenitori della tesi smentita non oppongono alcuna valida controdeduzione.

In assenza di evidenze idonee a far propendere per una delle tesi in conflitto, l'impossibilità della spiegazione scientifica in termini di certezza razionale cede il passo alla regola di giudizio che risolve il dubbio a favore della persona indagata o imputata. La formula dubitativa si impone non solo nel caso in cui la prova scientifica pionieristica sia accusatoria, ma anche nel caso in cui, alle stesse condizioni di serietà, essa sia a favore dell'imputato. Il regime del dubbio ha infatti un'evidente *ratio* di garanzia, sfruttabile dalla difesa se riesce a scalfire la credibilità della tesi (scientifica) accusatoria oltre ogni ragionevole dubbio.

5. *La scienza incerta tra categorie del reato e prova dei fatti*

Le conclusioni cui si è pervenuti appaiono coerenti con la funzione descrittiva che svolgono gli istituti, tradizionalmente afferenti al piano della tipicità. Il riferimento è, oltre alla causalità, di cui si è parlato finora, anche alla c.d. misura oggettiva della colpa.

5.1. *Causalità e colpa tra accertamento scientifico e rigidità funzionale*

Con riguardo alla causalità, è noto il suo ruolo tipizzante nell'ambito di un illecito, qual è quello penale, notoriamente governato, nel nostro sistema, dal fondamentale principio di legalità. Tanto basta a distinguere il versante penalistico della causalità, con annesso il corollario del massimo rigore nel suo accertamento, da quello civilistico, posto che qui la causalità opera come criterio di ascrizione del danno nell'ambito di un illecito, quello aquiliano, ritenuto invece atipico.

Finché la tipicità penale sarà un valore non bilanciabile con l'istanza di prevenzione, e funzionerà anzi come la principale garanzia di contenimento delle spinte punitive, la causalità, al pari di ogni elemento di tipicità, dovrà rimanere sottratta ai tentativi, pur presenti e allarmanti, di una sua "flessibilizzazione" operativa a seconda delle fenomenologie di rischio⁴³, pena l'erosione del principio di legalità quale base legittimante dell'intero sistema punitivo.

Ne consegue l'illegittimità di ogni tentativo di declinare le garanzie che presiedono all'accertamento della causalità, in ragione dei settori di intervento del processo penale (responsabilità medica, da infortuni sul lavoro, da circolazione stradale, ecc.). Ma ne consegue altresì l'insostenibilità di teorie causali non provabili con standard di certezza adeguati alla serietà e alla gravità dell'intervento repressivo.

Un discorso analogo va fatto con riguardo all'accertamento della regola cautelare violata, quale imprescindibile (ulteriore) componente descrittiva della tipicità del reato colposo.

Naturalmente vengono qui in rilievo quei settori nei quali la regola cautelare ha un sostrato, non già meramente esperienziale, ma squisitamente, scientifico, ossia quando il ricorso a massime di esperienza non basta.

Come noto, con riguardo al tormentato campo della responsabilità del sanitario, il recente decreto Balduzzi – con un intervento normativo non ineccepibile

⁴³ In argomento, v. A. GARGANI, *La 'flessibilizzazione' giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 397 s.

sul piano della tecnica legislativa⁴⁴ – ha vincolato l'accertamento della colpa medica al parametro dei migliori protocolli del settore, allo scopo di ancorare la colpa a reali parametri di scientificità; immunizzandola così dal rischio di un regresso verso il giudizio morale (meglio: moralistico), condotto alla stregua del parametro dell'agente modello. Ebbene, nel caso di scienza incerta, ossia di dubbio cognitivo fondato su tesi contrastanti indubbiamente serie, lo stallo cognitivo non può risolversi a danno dell'imputato. Ciò vale per il caso in cui il medico si sia attenuto a un protocollo scientificamente valido, ancorché smentito da un altro protocollo altrettanto valido, seppure diverso o addirittura contrastante.

In breve: nel campo della causalità e della colpa alla determinatezza come predicato della fattispecie corrisponde la certezza come carattere indefettibile della prova.

Ciò non significa l'inutilizzabilità delle conoscenze epidemiologiche nel processo penale, che possono fungere da prova scientifica del pericolo, non solo quando esso è un requisito del reato (il riferimento è al reato di pericolo concreto), ma anche quando esso rileva quale segnale di allarme che concretizza il dovere di diligenza attualizzando l'adozione di una regola cautelare (il riferimento è qui al reato colposo di evento).

5.2. *Imputabilità e prevenzione: la coppia impari*

La questione assume una complessità ulteriore con riguardo alle conoscenze scientifico-forensi sottese all'imputabilità, le quali, a differenza delle scienze c.d. dure, costituiscono, soprattutto in quest'epoca di crisi della psichiatria (dentro e fuori il processo penale), un sapere "debole"⁴⁵, come tale, fortemente influenzato da componenti valutative sociali e culturali. L'indeterminatezza del concetto clinico di capacità di intendere e di volere rende labile, in modo speculare, i confini codicistici della nozione di malattia mentale e velleitari i tentativi di positivarli. In effetti, sul versante dell'imputabilità la crisi dello schema nosografico della malattia mentale, caro all'impostazione tradizionale, ha reso da tempo impraticabile il ragionamento sillogistico-deduttivo in materia di capacità di intendere e di volere, con la conseguenza di una proliferazione di scuole di pensiero, che rendono sempre più difficile la scelta decisionale del giudice.

Ma non è tutto: la stessa tradizionale ricostruzione sistematica dell'imputabilità, quale categoria esterna al fatto tipico, che funge da presupposto della

⁴⁴ *Amplius* F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. legale*, 2013, p. 819 s.

⁴⁵ 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.

colpevolezza normativa, fa sì che in questo settore l'istanza di legalità sia realisticamente meno marcata.

Né maggiori certezze sembrano provenire dall'odierno neoneuropositivismo, che, come si è rilevato, finora ha offerto meno di quanto pareva promettere⁴⁶. È il paradosso della nostra epoca: mentre cresce la sensibilità penalistica per la corretta formazione dei processi decisionali, quale base imprescindibile della responsabilità penale, decresce la fiducia nella sua verificabilità empirica.

Così il diritto penale, avendo chiesto alla psichiatria forse più di quanto questa possa offrire, non riesce più a fronteggiare in nome della scienza l'istanza di prevenzione generale, soprattutto nella zona grigia e opaca della seminfermità mentale⁴⁷, nella quale la voce flebile della scienza, cui spetta la preliminare decisione circa la sussistenza di una patologia, viene sopraffatta dal parametro normo-valutativo sociale del disturbo mentale, ossia dalla c.d. psicologia del senso comune, quale necessario completamento del giudizio di spettanza del giudice. In questo contesto, la prova scientifica, che non esaurisce il giudizio di imputabilità, non è incerta per la mancanza di una tesi prevalente, ma per la prevalenza di tesi dotate di scarsa capacità esplicativa. Ne consegue che, a rigore, la cronicizzazione del dubbio dovrebbe aprire la strada a un altrettanto sistematico giudizio liberatorio, con sacrificio della tutela⁴⁸. Questo epilogo – che nel campo della causalità e della colpa è pur sempre eccezionale – nel settore della imputabilità assumerebbe notevole frequenza, con la conseguenza di apparire chiaramente impraticabile specie se si considera che detto giudizio segue all'accertata sussistenza del reato nel complesso delle sue componenti oggettive e soggettive. Così, nel campo dell'imputabilità, che è istituto scientificamente anfibo, in quanto non è interamente rimesso alla conoscenza scientifica ma sollecita valutazioni di spettanza del giudice, scienza (debole) e prevenzione (perennemente forte) entrano in bilanciamento⁴⁹; gli esiti di questa impari coproduzione, però, sono prevedibilmente favorevoli all'istanza di tutela (del resto non si manca di notare che anche le neuroscienze ben possono avere applicazioni *in malam partem*⁵⁰), ma poco uniformi perché di fatto rimessi al giudice e all'esperto nominato come perito⁵¹; da

⁴⁶ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in questa *Rivista*, 2012, p. 513 s.

⁴⁷ G. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, cit., p. 20.

⁴⁸ C. PIERGALLINI, *La regola dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 626.

⁴⁹ F. GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 123 s.

⁵⁰ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità*, cit., p. 530.

⁵¹ M. BERTOLINO, *Il “breve” cammino del vizio di mente*, cit., p. 328.

qui il rovesciamento del principio *in dubio pro reo* in quello opposto *in dubio pro republica*⁵².

6. *In chiusura: la questione scientifica come cuore della prova scientifica tra problemi aperti e problemi irrisolvibili*

Tirando le fila del discorso, ciò che caratterizza la prova scientifica non è dunque né l'oggetto (che può riguardare qualsiasi elemento utile all'accertamento della responsabilità), né il suo metodo (che varia in ragione dei saperi di volta in volta coinvolti, e che non consiste necessariamente in metodiche di laboratorio), ma la sua strumentalità alla risoluzione di una questione scientifica rilevante per il processo. La prova scientifica aiuta a verificare se sia corretto o meno affermare un certo collegamento tra fatti, non effettuabile o non escludibile, invece, in base alle massime di esperienza che sono alla diretta portata del giudice.

Il cuore pulsante della prova scientifica è costituito quindi da un problema scientifico aperto, ma risolvibile, perché, se il problema scientifico non fosse aperto a soluzioni differenziate, la prova sarebbe "semplicemente" tecnica, ossia caratterizzata da saperi acquisiti; se il dilemma scientifico fosse irrisolvibile, la prova non sarebbe utilizzabile in chiave colpevolista.

Fin qui si è parlato, però, principalmente della prova scientifica avente ad oggetto istituti fondamentali del diritto penale. Una notazione conclusiva in più merita l'impiego della prova scientifica, quale strumento di accertamento di una qualunque altra circostanza utile per il giudizio di responsabilità penale, diversa da quelle direttamente concernenti un elemento del fatto di reato. Si pensi alla verifica di un alibi. In questi casi la scienza è chiamata a provare il c.d. fatto secondario, sul modello della prova indiretta, detta pure critica o indiziaria. Anche qui, nondimeno, l'incertezza scientifica torna a rilevare nei termini di "certezza oltre ogni ragionevole dubbio" che si sono precisati con riguardo alla prova della causalità e della colpa. Con un'ulteriore precisazione: la prova scientifica indiretta, non vertendo su un elemento della fattispecie sostanziale, ha bisogno di una massima di esperienza per chiudere l'ultima inferenza del ragionamento probatorio⁵³. L'accertamento che sugli indumenti della vittima vi sono tracce del DNA dell'imputato prova solo che è avvenuto un contatto fisico con gli indumenti intimi, non con la persona che li indossava. La massima di esperienza consente chiarire – secondo le circostanze di fatto – che, non avendo l'imputato ragioni plausibili per

⁵² C. PIERGALLINI, *La regola dell'“oltre ogni ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law*, cit., p. 626.

⁵³ P. TONINI, *Dalla perizia neutra al contraddittorio sulla scienza*, in *Scienza e processo penale*, cit., p. 19.

entrare in contatto con gli indumenti della vittima ed essendo gli indumenti per l'appunto intimi, detto contatto è avvenuto mentre quest'ultima li indossava.

Nella prova scientifica indiziaria la voce della scienza non è dunque meno perentoria. È il suo oggetto che richiede di essere co-illuminato dalle massime di esperienza, senza il cui corretto governo il sapere della prova scientifica resta monco.

GIANFRANCO MARTIELLO

L'USO DELLE ARMI DA FUOCO DA PARTE DELLA POLIZIA
NELL'ATTUALE ESPERIENZA GIURIDICA TEDESCA ^(*)

SOMMARIO: 1. Occasione, contenuto e finalità del presente lavoro. – 2. Delimitazione dell'oggetto. – 3. Uno sguardo d'insieme alla eterogenea disciplina dello «*Schusswaffengebrauch der Polizei (gegen Personen)*». – 4. L'uso dell'arma da fuoco nel «*Verwaltungsrecht*», tra formale frammentazione della normativa e sua sostanziale unità. – 5. (*segue*) La disciplina amministrativa dell'uso dell'arma da fuoco: note interpretative e sistematiche. – 6. La dimensione penalistica del tema: i problemi di perimetrazione verso il diritto di polizia. – 7. Un sintetico confronto tra “modelli” diversi di tipizzazione dell'uso delle armi da parte della forza pubblica.

1. *Occasione, contenuto e finalità del presente lavoro*

I tragici episodi di cronaca che, negli ultimi anni, raccontano del cruento uso della forza da parte dell'apparato di pubblica sicurezza hanno suscitato apprensione ed un vasto dibattito anzitutto in seno alla così detta “società civile”. Ed in quanto parte di essa, anche il giurista, per quanto gli compete, è chiamato ad offrire il proprio contributo. Invero, fatti come ad esempio quello della morte di Carlo Giuliani, ovvero episodi come il decesso, nel corso dello svolgimento di operazioni di polizia, di Federico Aldrovandi, di Stefano Cucchi o di Gabriele Sandri, giusto per citare i più noti, ripropongono all'attenzione dello studioso del diritto anzitutto il problema, quanto mai storicamente dibattuto, dell'individuazione dei limiti che la coazione pubblica incontra di fronte al progressivo emergere dei diritti fondamentali dell'individuo. In questa sede, per la precisione, si intende soltanto raccogliere lo stimolo che dai suddetti fatti di cronaca proviene a riflettere ulteriormente, specie in prospettiva *de iure condendo*, sulla disposizione che forse più di ogni altra riassume l'approccio che il nostro ordinamento penale ha adottato rispetto al tema dell'uso pubblico della forza: l'art. 53 c.p.

Nella consapevolezza che una compiuta riflessione sugli istituti giuridici non possa prescindere quanto meno da uno sguardo alle soluzioni che, rispetto alle

^(*) Il presente lavoro è debitore della cortese ospitalità del prof. Bernd Schünemann, direttore dello «*Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik*» presso la LMU di Monaco di Baviera, e della amichevole disponibilità dei dott. Luis Greco, Benjamin Roger, Anselm Reinertshofer e Peter Kasiske.

medesime esigenze che essi cercano di soddisfare, vengono fornite da altri, comparabili ordinamenti, il presente lavoro cercherà anzitutto di ricostruire la disciplina dell'uso dell'arma da fuoco da parte delle forze di polizia nel sistema tedesco, che ormai da tempo, come noto, funge da riferimento privilegiato per il penalista italiano. In sede di conclusioni, poi, si cercherà di effettuare un primo confronto tra le diverse risposte che, a problemi sostanzialmente analoghi, il nostro ordinamento e quello tedesco offrono, così da offrire alla riflessione del giurista italiano ulteriori spunti per auspicabili chiarimenti dell'esistente e future modifiche di una disciplina, come quella dell'art. 53 c.p., che avverte tutto il peso dei propri anni.

2. Delimitazione dell'oggetto

Numerosi appaiono i casi che forniscono alla dottrina tedesca l'occasione per interrogarsi sui limiti dell'uso delle armi da fuoco da parte di un soggetto pubblico, di volta in volta designato o come «*Hoheitsträger*» (letteralmente: «detentore dell'autorità») e quindi, per estensione, «detentore di una pubblica funzione») o, più specificamente, come «*Amtsträger*», ossia «pubblico ufficiale»¹, come definito dal codice penale (v. § 11, n. 2, StGB).

Volendo instaurare un accettabile parallelismo con i contenuti, il campo applicativo tipico e la portata generale del nostro art. 53 c.p., le fattispecie che in questa sede più interessano sono essenzialmente due, tutte relative all'uso dell'arma da fuoco da parte della Polizia («*Schusswaffengebrauch der Polizei*»: *S.d.P.*). In primo luogo, infatti, assume rilievo il caso più generale dell'utilizzo dell'arma da fuoco contro le persone, che vanta una disciplina specifica rispetto all'uso della stessa arma contro cose o animali. Non indifferente risulta inoltre, dal punto di vista della disciplina, che il predetto utilizzo dell'arma si diriga su singole persone («*S.d.P. gegen Einzelpersonen*») o contro un assembramento («*S.d.P. gegen Menschenmenge*»). In secondo luogo, si tratterà del caso, più specifico, dell'uso delle armi quale «estremo mezzo di salvataggio» («*finaler Rettungsschuss*») che porta alla morte voluta del soggetto colpito (si parla difatti anche di «*gezielte Töderschuss*» o «*finaler Todesschuss*»)², del quale in Germania molto

¹ La traduzione dei termini tedeschi è stata curata dall'autore. Nella citazione della dottrina, il riferimento va inteso di norma alla pagina, tranne i casi in cui sia specificato il *Randnummer* (Rnd).

² Per le diverse sinonimiche terminologie, v. per tutti H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 4ª ed., Müller Verlag, Heidelberg, 1993, 343 e J. BENFER, *Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft*, 2ª ed., Beck, München, 2010, Rnd 1636.

si è dibattuto specialmente quando esso si è reso necessario per la liberazione di ostaggi soggetti a sequestro («*Geiselnahme*»).

Come anticipato, ben più numerosi sono però i luoghi tematici ove la dottrina tedesca è adusa discutere problematicamente dello *S.d.P.* Nondimeno, essi ci paiono esorbitare dall'ambito della trattazione a causa, fondamentalmente, o delle assorbenti interferenze che essi mostrano con altre questioni di parte generale, o per il ruolo primario che in essi svolge il diritto speciale. In questa prospettiva, si pensi, ad esempio:

a) all'uso delle armi da parte dei militari impegnati in missioni all'estero, del quale spesso si parla in occasione delle operazioni di «*Peace keeping*»³, per non parlare del vasto dibattito suscitato dalla morte di Bin Laden⁴. In questo campo, infatti, l'aspetto prevalente della questione sembra più che altro riguardare problematiche di diritto internazionale, se non addirittura l'opportunità politica;

b) all'uso dell'arma da fuoco da parte dei militari della *ex D.D.R.* posti a guardia del celeberrimo “confine interno” di Berlino. La ritrosia nasce qui non tanto dal timore di scadere in una sorta di localismo giuridico, ma dal fatto che la questione dell'uso dell'arma da fuoco tende in realtà a rifluire nel diverso alveo dell'adempimento di un dovere, ed in specie in un suo precipuo aspetto. Nel contesto appena richiamato, infatti, l'attenzione dello studioso tedesco si è appuntata principalmente sulla validità, e quindi sulla valenza scriminante, della stratificata normativa che nel tempo aveva definito il quadro giuridico dell'impiego delle armi da parte dei così detti “*Mauerschützen*”, ossia i “guardiani del muro”⁵. Non è infatti un caso che il tema sia stato monopolizzato dal dibattito suscitato dal ricorso, da parte delle più alte corti tedesche, alla discussa «*Radbruchsche Formel*»⁶. Ad oggi, la disciplina dell'uso delle armi per la sorveglianza dei confini

³ Per tutti, sul punto, P. MEINERT, F. STRAUSS, *Amtsshaftung der Bundeswehr für Rechtsverletzungen im Rahmen von UN-Friedenmissionene*, in *Jura*, 2011, 321 ss.; nella nostra dottrina, per tutti, F. VIGANÒ, *Missioni militari all'estero e uso legittimo delle armi alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 3092 ss.

⁴ Al riguardo, v. K. AMBOS, J. ALKATOUT, *Der Gerechtigkeit eines Dienst erwiesen? Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit der Tötung Osama bin Ladens*, in *JZ*, 2011, 758 ss.; H. DE LISLE, “*Die Tötung eines feindlichen Kämpfers ist kein Verbrechen*”, in *DRZ*, 2011, 226; C. BOMMARIUS, “*Tötung im rechtsfreien Raum*”, *ivi*, 227.

⁵ Particolare attenzione ha suscitato il § 27 della «legge sui confini di stato della D.D.R.» («*Gesetz über die Staatsgrenze der Deutschen Demokratische Republik*») del 25.3.1982 dedicato proprio all'impiego delle armi da fuoco. Sul tema v. comunque ampiamente, e per tutti, H. ROSENAU, *Tödliche Schüsse in staatlichen Auftrag*, 2^a ed., Nomos Verlag, Baden-Baden, 1998, 37 ss.

⁶ Per un quadro di tale orientamento seguito sia dal BGH che dal BVerfGE, v. H. ROSENAU, *Tödliche Schüsse*, cit., 117 ss. e H. OTTO, *Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte*, in *JZ*, 2005, 479. Critico su tale uso della formula di Radbruch, oltre a H. ROSENAU, *op. ult. cit.*, 129 ss., è H. DREIER, *Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, in *JZ*, 1997, spec. 428 s. Il dibattito è noto anche da noi: per tutti, v. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note*

trova collocazione nel § 11 della «legge sulla coazione diretta nell'esercizio della forza pubblica da parte degli impiegati con compiti esecutivi del Governo federale» del 10 marzo 1961 («Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes»: UZwG), che però non sembra discostarsi molto dai principi che regolano la materia qui in rilievo⁷;

c) all'uso delle armi da fuoco, riservato alla Polizia federale, per il mantenimento della sicurezza del trasporto aereo, posto che dal duemilacinque il tema risulta oggetto di una specifica disciplina legislativa⁸, che peraltro non è risultata improntata a tutti i principi che governano, come si vedrà, l'uso "ordinario" delle armi da fuoco da parte della Polizia. Riprova ne sia che il Tribunale costituzionale tedesco ha dichiarato illegittima, principalmente al cospetto del diritto alla vita, quella parte della disciplina che prevedeva la possibilità di abbattere l'aereo dirottato ragionevolmente destinato ad essere utilizzato come arma, non avendo affatto il legislatore considerato la presenza a bordo di persone innocenti⁹;

d) all'uso della tortura («Folter») o comunque alla sua minaccia al fine di prevenire gravi reati o determinare la cessazione del loro svolgimento. La questione ha suscitato un ampio dibattito dottrinale a seguito del noto «Fall Daschner», che aveva visto il dirigente di polizia Wolfgang Daschner condannato ex § 240 StGB per avere minacciato un soggetto sottoposto ad interrogatorio, e sospettato di aver rapito un bimbo che si riteneva in pericolo di vita, di infliggergli sofferenze fisiche se non gli avesse rivelato il luogo dove il piccolo era segregato¹⁰. La possibile pertinenza del caso al tema qui in discussione potrebbe rinvenirsi non tanto nel fatto, invero solo eventuale, che la ventilata tortura fisica possa poi attuarsi con l'uso di armi da fuoco, quanto nella circostanza che parte della dottrina tende in certi casi emergenziali, e con evidenti intenti legittimanti, ad assimilare l'uso della tortura alla costellazione del *finaler Rettungsschuss*, anch'esso consentito, come si dirà, in casi di estremo pericolo per la vita o l'incolumità personale, par-

sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista (2001), ora in Giuliano Vassalli, *Raccolta di scritti*, a cura di F. Palazzo, Laterza, Bari, 2010, 29 ss.

⁷ Sull'argomento, v. per tutti L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, vol. II, V.D.P., Hilden/Rhld, 2005, 282.

⁸ V. specialmente i §§ 12.3 e 14.3 della «legge sulla sicurezza del volo» del 11.1.2005 («Luftverkehrsgesetz»), sui quali, pur brevemente, v. per tutti T. FISCHER, *StGB und Nebengesetze*, 62^a ed., Beck, München, 2015, § 34, Rnd 20.

⁹ V. BVerfG, 15.2.2006, n. 357/05, in *NJW*, 2006, 751, §§ 118 ss., nonché W.R. SCHENKE, *Die verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftStG*, ivi, 736; D. KUGELMANN, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 2006, 306; B. HIRSCH, *Diritto all'uccisione di innocenti? La lotta sulla sicurezza aerea* (trad. it. di D. Siciliano), in questa *Rivista*, 2009, 189 ss. La vicenda non era peraltro sfuggita, in Italia, a D. SICILIANO, «Non si possono fare con una scavatrice tenere carezze». *Sulla giustificazione dell'uso della forza militare contro aerei civili*, in *Pol. dir.*, 2008, 353 ss.

¹⁰ Tale citatissimo caso, noto anche come «Fall Gägner» dal nome del sequestratore, è stato deciso nel senso del testo da LG Frankfurt a.M., 20.12.2004 - 5/27 KLS 7570 Js 203814/03, che può leggersi in *NJW*, 2005, 692.

lando evocativamente di «*Rettungsfolter*»¹¹. È tuttavia probabile che la trattazione, qui, di un tale argomento sarebbe avvertita dal giurista nazionale come un “fuor d’opera”, in quanto tema senz’altro estraneo al tradizionale ambito applicativo e contenutistico dell’art. 53 c.p. Peraltro, proprio nel momento in cui si scrive il Parlamento sta ultimando l’approvazione di un disegno di legge che, pur con notevole ritardo, darà effettiva attuazione alla Convenzione Onu sulla tortura del 1984 ed al relativo protocollo opzionale del 2002, introducendo anche il reato di tortura, aggravato se commesso da un p.u.¹²

Così circoscritti gli ambiti tematici di rilevanza dello *S.d.P.* ai fini del presente lavoro, si tratterà anzitutto di dare conto della normativa in proposito vigente nell’ordinamento tedesco, non trascurando ovviamente di segnalare, seppure con la necessaria agilità, i contributi che la dottrina e la giurisprudenza hanno offerto in proposito.

3. *Un sguardo d’insieme alla eterogenea disciplina dello* «Schusswaffengebrauch der Polizei (gegen Personen)»

Già da un primo sguardo emerge come l’assetto normativo dell’istituto qui in rilievo sia nell’ordinamento tedesco diverso da quello nostrano a partire dalle fonti normative coinvolte. Vanamente, infatti, l’interprete italiano cercherebbe nello StGB una disposizione dai contenuti comparabili a quelli del nostro art. 53 c.p. Ed invero, la specifica disciplina dello *S.d.P.* risulta collocata non già all’interno

¹¹ Danno conto del dibattito, E. HILGENDORF, *Folter im Rechtsstaat?*, in *JZ*, 2004, spec. 337 ss. e K. HOFFMANN-HOLLAND, *Strafrecht, A.T.*, 2^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, 109. In particolare, per una tale assimilazione v. W. BRUGGER, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, in *JZ*, 2000, spec. 168-169 e, più cautamente, V. ERB, *Nothilfe durch Folter*, in *Jura*, 2005, spec. 29; per la prevalente opinione, contraria all’assimilazione di tali istituti e convinta del valore assoluto del divieto di tortura, v. F. JESSBERGER, “*Wenn Du nicht redest, füge ich Dir grosse Schmerzen zu*”, *ivi*, 2003, spec. 713 s.; K. ELLBOGEN, *Zur Unzulässigkeit von Folter (auch) im präventiven Bereich*, *ivi*, 2005, spec. 342; F. SALINGER, *Absolutes im Strafprozess? Über das Foltverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung*, in *ZstW*, 2004, spec. 47; L. GRECO, *Die regeln hinter der Ausnahme. Gedanken zur Folter in sog. Ticking time bomb-Konstellationen*, in *GA*, 2007, 642 s.; M. MÖHLENBECK, *Das absolute Folterverbot*, P. Lang Verlag, Fankfurt am Main, 2008, 72 s.; C. MOMSEN, § 32, in *AA.VV.*, *StGB Kommentar*, a cura di B. Heintschel-Heineg, Beck, München, 2010, 289; FAHL, *Notwehr und Tabu*, in *JR*, 2011, spec. 341.

¹² Sul travagliato percorso attuativo della normativa interna di recepimento degli strumenti internazionali firmati dall’Italia in materia, v. di recente A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c’è*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, 129 ss.; F. PERSANA, *L’adesione dell’Italia al protocollo opzionale del 18 dicembre 2002 alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumane o degradanti*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 713 ss.; M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2013, 85 ss.

del codice penale, bensì nell'ambito del «*Verwaltungsrecht*», il diritto amministrativo. Ciò peraltro non significa, ovviamente, che la tematica qui in discorso presenti un interesse trascurabile per il diritto penale tedesco, non fosse altro per il rilievo dei beni giuridici potenzialmente esposti a pericolo dall'uso di armi da fuoco; anzi, il tema dell'uso della violenza nell'ambito dei rapporti tra forze dell'ordine e cittadino appare tutt'altro che esangue nel dibattito scientifico e normativo, posto che, se da un lato non mancano veri e propri "libri neri" che denunciano l'uso indiscriminato – e spesso letale – delle armi da fuoco da parte della Polizia¹³, dall'altro vi è anche chi avverte invece l'esigenza di innalzare il livello di protezione penale dei «*Polizeibeamten*» (i funzionari di polizia), come testimonia, ad esempio, l'ampia discussione sollevata da un recente progetto di legge governativo teso a rinvigorire la cornice edittale del reato di resistenza a pubblico ufficiale del § 113 StGB¹⁴. Come meglio si vedrà in seguito, comunque, proprio la mancanza di una normativa penale giustificante *ad hoc* l'uso delle armi da parte della Polizia, unitamente al rifiuto culturale di attribuire in materia al diritto penale un ruolo servente rispetto a quello amministrativo, ha alimentato sia in dottrina che in giurisprudenza un nutrito dibattito sulla possibilità di ricondurre comunque i casi di *S.d.P.* nell'alveo della legittima difesa («*Notwehr*»), del soccorso difensivo («*Nothilfe*») o dello stato di necessità («*Notstand*»). Si può quindi già sin d'ora anticipare come l'individuazione della disciplina dello *S.d.P.* costituisca il luogo di incontro-scontro di norme eterogenee, che origina un problema di interferenza tra due diversi settori dell'ordinamento giuridico, che da tempo si contendono il monopolio normativo sullo *S.d.P.* Non si pensi, però, che la questione sia solo accademica, attinente cioè al ruolo di maggiore o minore ancillarità che in materia si voglia riconoscere all'una o all'altra branca dell'ordinamento: come infatti si vedrà, dalle scelte interpretative che si ritengono di privilegiare derivano effetti tutt'altro che trascurabili sulla perimetrazione dell'area di liceità dell'agire armato del poliziotto.

4. *L'uso dell'arma da fuoco nel «Verwaltungsrecht»: tra formale frammentazione della normativa e sua sostanziale unità*

Come appena detto, la disciplina dello *S.d.P.* è contenuta nel diritto amministrativo. Ciò detto, due appaiono fondamentalmente le tipologie di fonti che qui

¹³ V. ad esempio G. SCHUNMANN, *Schwarzbuch. Die Polizei*, Weltkries-Verlag, Dortmund, 1982, spec. 29 ss. e R. GÖSSNER, *Polizei im Zwielicht. Gerät der Apparat außer Kontrolle?*, Campus, Frankfurt-New York, 1996, spec. 188 ss. V. anche le statistiche riportate in www.schusswaf-feneinsatz.de/Statistiken_files/Statistiken.pdf.

¹⁴ V. infatti, tra gli altri, C. BRAUNBECK, *Parlamentarier stärken Polizeibeamten den Rücken*, in *DRiz*, 2011, 282 e S. CASPARI, *Der Wolf im Schafspelz*, *ivi*, 2011, 126.

interessano, ognuna delle quali vanta un proprio campo applicativo. In primo luogo, ed a livello centrale, viene in rilievo anzitutto la già richiamata «legge sulla coazione diretta nell'esercizio della forza pubblica da parte degli impiegati con compiti esecutivi del Governo federale» (UZwG), la quale si riferisce espressamente e soltanto ai dipendenti dell'amministrazione federale (v. il § 6), nel cui ambito è poi la stessa legge a circoscrivere la cerchia di coloro che possono fare uso dell'arma da fuoco, quali, tra gli altri, i poliziotti federali, i pubblici ufficiali in servizio di vigilanza ai confini e alle dogane, quelli deputati all'amministrazione delle acque e della navigazione, ecc. (v. in dettaglio il § 9)¹⁵; principi generali sull'agire della Polizia federale, che si ripercuotono anche sull'oggetto della trattazione, sono inoltre contenuti nella «legge sulla Polizia federale» del 1994 («*Gesetz über die Bundespolizei*»: BPolG). In secondo luogo, ed a livello periferico, occorre considerare i «diritti di Polizia» dei singoli *Länder*, ognuno dei quali, forte della specifica competenza in materia, si è dotato nel tempo di una propria normativa, applicabile ovviamente soltanto ai rispettivi organi di polizia («*Landespolizei*»)¹⁶.

A tutta prima una siffatta frammentazione dello scenario normativo parrebbe rendere laboriosa già la mera ricognizione del diritto vigente, senza poi contare, da un lato, la necessità quanto meno di distinguere la trattazione dello statuto normativo del *S.d.P.* nel suo duplice livello federale e locale, e dall'altro, e con riferimento a tale ultimo ambito normativo, la non trascurabile difficoltà di individuare le effettive direttrici di siffatta, parcellizzata disciplina. Sotto il profilo ordinamentale, è chiaro che ad una tale pluralità di potestà legislative concorrenti potrebbe corrispondere una congerie eterogenea di discipline, con le conseguenti – e comprensibili – preoccupazioni per la salvaguardia della parità di trattamento dei medesimi fatti e per le diverse aree di tutela del cittadino, tanto più giustificate ove si consideri la rilevanza dei beni giuridici che l'uso dell'arma da fuoco può compromettere. Nella pratica, però, tali preoccupazioni sono destinate a ridimensionarsi notevolmente.

Anzitutto, occorre considerare che le normative dei sedici *Länder* in tema di *S.d.P.* tendono ad uniformarsi, almeno nelle parti più connotative, alle direttive tracciate da un unico modello di riferimento, che tra il 1974 ed il 1977 i Ministri dell'Interno dei *Länder* elaborarono proprio al fine di unificare i diversi diritti di

¹⁵ La legge è agevolmente reperibile in rete, tuttavia, anche per un suo commento, v. G. WÄCKE, B. DREWS, *Allgemeines Polizeirecht der Länder und des Bundes*, C. Heymanns Verlag, Berlin-Köln-München-Bonn, 1961, 376 ss., B. WALTER, §§ 1-20 UZwG, in M. DREWES, K. MAGNUS MALBERG, B. WALTER, *Bundespolizeigesetz (BPolG)*, 4ª ed., R. Blomberg Verlag, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 2010, 736 ss.

¹⁶ Per un ampio quadro della disciplina dello *S.d.P.* nel diritto di polizia dei vari *Länder*, v. D. NEUWIRTH, *Polizeilicher Schusswaffengebrauch gegen Personen*, 2ª ed., V.D.P., Hilden/Rhld, 2006, 20 ss.

polizia allora vigenti nella R.F.T.¹⁷ Ebbene, tale progetto, noto come «Progetto per una legge di polizia unitaria» («*Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes*»): MEPolG)¹⁸, sebbene poi non tradottosi in una legge formale recepita da tutti i *Länder*, da un canto raccolse le linee qualificanti comuni ai vari *Polizeirechte* allora vigenti¹⁹, e dall'altro è servito, nei fatti, da modello di riferimento per lo sviluppo delle legislazioni “locali” di polizia ad esso successive²⁰. Dal canto proprio, la richiamata UZwG, peraltro precedente al Progetto, non sconvolge a livello federale la sostanziale unità di disciplina dello *S.d.P.* nell'ordinamento, sebbene – come non si mancherà di evidenziare – non sempre le due normative coincidano perfettamente.

5. (segue) *La disciplina amministrativa dell'uso dell'arma da fuoco: note interpretative e sistematiche*

Sopra delimitato il novero delle fonti di diritto amministrativo qui rilevanti, si tratta adesso di osservare più da vicino le disposizioni che disciplinano strettamente lo *S.d.P.* contro le persone, rinviando al prosieguo l'analisi delle problematiche “norme di collegamento” con il diritto penale (v. *infra* § 6). Prima di proseguire, va tuttavia premesso che l'attenzione sarà concentrata sul vero e proprio «uso dell'arma da fuoco», implicante lo sparo del colpo in chiave tanto di avvertimento quanto propriamente lesiva, che va distinto dalla «azione con l'arma da fuoco»: formula verbale, questa, che invece abbraccia tutte le condotte connesse

¹⁷ Sulla storia della formazione del Progetto, v. F.L. KNEMEYER, *Mustergesetzentwürfe als Mittel der Rechts- und Verfahrensvereinheitlichung*, in ZG, 1987, 228 ss.

¹⁸ La prima versione del testo, risalente al maggio 1976, può leggersi, con un primo commento, in *Die Polizei*, 1976, n. 3 (appendice), III ss. La versione definitiva del novembre 1977, alla quale ci riferiremo d'ora in poi, può essere reperita, con note esplicative, in G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes mit Begründung und Anmerkungen*, 2ª ed., R. Boorberg, Stuttgart-München-Hannover, 1978. Come già accaduto per il progetto organico di riforma dello StGB, anche a quello in oggetto è stato contrapposto uno “alternativo” di matrice dottrinale, lo «*Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder*» (AE PolG), che può leggersi in E. DENNINGER, M. DÜRKOP, W. HOFFMANN-RIEM, U. KLUG, A. PODLECH, H. RITTSTIEG, H.P. SCHNEIDER, M. SEEBODE, *Alternativentwurf einheitlicher Polizeigesetze des Bundes und der Länder*, Luchterhand, Neuwied, 1979.

¹⁹ Si noti, infatti, che nei primi commenti al Progetto, citati nella nota precedente, capita molto spesso che gli autori sottolineino come la norma/le norme analizzate «corrisponda/no al diritto vigente» («*entspricht geltendem Recht*», «*entspricht bisherigem Recht*», «*entsprechen den bestehenden gesetzlichen Regelungen*», ecc.).

²⁰ Cfr. per tutti D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 31 ss., che collega i singoli casi di uso dell'arma da fuoco sostanzialmente previsti nel Progetto con le disposizioni del diritto di polizia dei vari *Länder*.

all'arma, quindi anche l'impiego psicologico e tattico della stessa insito nel suo semplice porto, ossia le condotte di "non sparo"²¹.

Lo *S.d.P.* appartiene sistematicamente a quel delicato settore del diritto di polizia che è l'utilizzo della c.d. «coazione diretta» (*«unmittelbarer Zwang»*), che, in qualità di estremo mezzo disponibile (v. § 33), serve all'esecuzione degli atti amministrativi, specialmente dei provvedimenti di polizia²², e di talune misure del diritto processuale penale, là ove la legge ne permetta espressamente l'utilizzo²³. Sia il MEPolG che i *Polizeirechte*, sia, a livello federale, la UZwG prevedono infatti uno specifico intitolato normativo che si occupa di tale invasiva forma di azione della Polizia, fornendone una definizione e fissandone i limiti. Secondo quanto dispongono i §§ 2.1 UZwG e 36.1 MEPolG, la coazione diretta è «l'azione su persone o cose attraverso la forza fisica, i suoi strumenti sussidiari o attraverso le armi». Parimenti descritti (v. §§ 2, commi 2, 3, 4, UZwG e 36, commi 2, 3, 4, MEPolG) sono anche i concetti di: «forza fisica», che consiste in «ogni diretta azione fisica su persone o cose»; «strumenti sussidiari della forza fisica», dovendosi per tali intendere «specialmente manette, idranti, sbarramenti tecnici, cani di servizio, cavalli di servizio e mezzi di servizio»; «armi»²⁴, che ricomprendono «quelle contundenti, da punta, da fuoco, sostanze irritanti, esplosivi, autorizzate nel servizio». Sebbene, quindi, la coazione diretta possa estrinsecarsi attraverso diverse modalità, non stupisce che sia all'uso delle armi da fuoco che la normativa guardi con maggiore attenzione. Ed invero, pur non esimendosi né il MePolG né la UZwG dal fornire prescrizioni circa l'esecuzione dell'ordine legittimo di fare uso della coazione diretta (*«Handeln auf Anordnung»*), la prestazione di soccorso in caso di lesioni (*«Hilfeleistung für Verletzen»*), la necessità, di regola, della previa minaccia di fare uso di strumenti coattivi (*«Androhung»*) e l'uso delle manette (*«Fesselung von Personen»*)²⁵, è in tema di uso delle armi da fuoco

²¹ Sulla distinzione tra *«Schusswaffengebrauch»* e *«Schusswaffeneinsatz»* v. A. BORS DORF, *Schusswaffengebrauch*, in AA.VV., *Wörterbuch der Polizei*, a cura di M.H.W. Möllers, 2^a ed., Beck, München, 2010, 1703, ma cenni anche in F. RACHOR, *Das Polizeihandeln*, in AA.VV., *Handbuch des Polizeirechts*, a cura di H. Liskén, E. Denninger, 4^a ed., Beck, München, 2007, Rnd 971, che ritiene non "uso" l'utilizzare l'arma da fuoco come oggetto contundente.

²² Precisa tuttavia D. KUGELMANN, *Polizei*, cit., 305, che ove il poliziotto agisca su ordine del superiore, quest'ultimo non dovrà tuttavia essere ubbidito se detto ordine urti contro la dignità dell'uomo, persegua scopi non previsti dal servizio o la sua esecuzione costituisca reato.

²³ Sulla funzione, la residualità e la necessità di espressa copertura legislativa della coazione diretta, v. H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge*, cit., 341; D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 23 ss.; F.L. KNEMEYER, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 11^a ed., Beck, München, 2007, Rnd 369 ss.; D. KUGELMANN, *Polizei*, cit., 305.

²⁴ Il concetto di «arma» è recato dal § 1, commi 2 e ss. della «legge sulle armi» (*«Waffengesetz»*) dell'11.10.2002, sul quale sia sufficiente il rinvio a G.D. GADE, E. STOPPA, *Waffengesetz. Kommentar*, Beck, München, 2011, 23 ss.

²⁵ Cfr. i §§ 37-40 MEPolG e 5-7 e 8 UZwG.

che gli articolati si fanno più estesi e dal contenuto maggiormente dettagliato e restrittivo rispetto ai precedenti, considerata l'intensità dell'interferenza sui diritti soggettivi di coloro che l'azione armata subiscono²⁶. Punto di partenza non può che essere l'esposizione del dato normativo, consistente, fondamentalmente, nei §§ 41 e 42 MEPOG²⁷, dei quali si propone una libera traduzione²⁸:

«§ 41 Presupposti generali per l'uso delle armi da fuoco

(1) L'uso delle armi da fuoco è permesso soltanto quando altre misure di coazione diretta sono applicate senza successo o non promettono all'evidenza alcun risultato. Contro le persone il loro uso è permesso soltanto quando lo scopo non può essere conseguito con l'uso delle armi da fuoco contro le cose.

(2) L'uso delle armi da fuoco contro le persone è permesso soltanto per rendere taluno inabile all'aggressione o alla fuga. Un colpo, che con sicura probabilità ha effetto mortale, è permesso soltanto quando esso costituisca l'unico mezzo per respingere un pericolo attuale per la vita o un pericolo attuale di una grave lesione dell'incolumità fisica.

(3) Contro coloro che da una esteriore impressione non abbiano ancora 14 anni, le armi da fuoco non possono essere utilizzate. Ciò non vale quando l'uso delle armi da fuoco costituisca l'unico mezzo per respingere un attuale pericolo per la vita o l'incolumità.

(4) L'uso delle armi da fuoco non è permesso, quando per il poliziotto è conoscibile che il terzo estraneo con alta probabilità verrà esposto a pericolo. Ciò non vale, quando l'uso delle armi da fuoco costituisce l'unico mezzo per respingere un pericolo attuale per la vita».

«§ 42 Uso delle armi da fuoco contro persone

(1) Le armi da fuoco possono essere utilizzate contro le persone soltanto:

²⁶ In questo senso, v. J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1634 e F. RACHOR, *Das Polizeihandeln*, cit., Rdn 954.

²⁷ Si consideri, comunque, che di massima le medesime prescrizioni si ritrovano anche nei §§ 9 ss. della UZwG.

²⁸ Occorre avvertire che la contrapposizione tra «*Verbrechen*» e «*Vergehen*» prevista dal § 12 StGB, che altri in dottrina hanno reso parlando di “crimini” e “delitti” (v. AA.VV., *Il codice penale tedesco*, a cura di S. Vinciguerra, Cedam, Padova, 2003, 59), è stata qui tradotta impiegando le categorie del “delitto” e della “contravvenzione”, che ovviamente vanno intese in senso atecnico, servendo esse soltanto ad avvertire il lettore della maggiore gravità sanzionatoria dei primi rispetto ai secondi. Il discorso è simile quanto al riferimento del § 42.2 alla fuga «*aus einer offenen Anstalt*», ossia alla fuga da un “istituto aperto”, richiamando quest'ultimo la contrapposizione tra «*offener und geschlossener Vollzug*» (esecuzione “aperta o chiusa” della pena) del § 10 della legge di esecuzione penale («*Strafvollzugsgesetz*»: *StVollzG*): anche in tal caso, infatti, pur nella consapevolezza della non sovrapponibilità degli istituti, si è preferito tradurre il riferimento con quello, più familiare, alla semilibertà.

1. per respingere un pericolo attuale per l'incolumità fisica o la vita;
 2. per impedire la imminente commissione o prosecuzione di un delitto o di una contravvenzione mediante l'uso o il porto di armi da fuoco o mezzi esplosivi;
 3. al fine di catturare una persona che tenta di evitare l'arresto o l'identificazione mediante la fuga, quando essa:
 - a) è gravemente sospettata di un delitto;
 - b) è gravemente sospettata di una contravvenzione e le circostanze di fatto giustificano la supposizione che essa porti con sé armi da fuoco o mezzi esplosivi.
 4. per frustrare la fuga o per catturare una persona, che è da tenere in pubblica custodia o ad essa è da condurre:
 - a) a causa di una decisione giudiziaria relativa a un delitto o a causa di un grave sospetto di delitto;
 - b) a causa di una decisione giudiziaria relativa ad una contravvenzione o a causa del grave sospetto di una contravvenzione, purché le circostanze di fatto giustificano la supposizione che la persona porti con sé armi da fuoco o esplosivi;
 5. per impedire la violenta liberazione di una persona dalla custodia pubblica.
- (2) L'uso delle armi da fuoco ai sensi del comma 1, nr. 4, non è consentito quando si tratta dell'esecuzione dell'arresto di un giovane, o di un militare o quando deve essere impedita la fuga dalla semilibertà».

Al fine di conferire un certo ordine sistematico all'affastellato elenco di ipotesi del § 42.1 (e del § 10.1 UZwG), è stato proposto di distinguere queste ultime in base al criterio della funzione, preventiva o repressiva, che in esse l'uso delle armi da fuoco è chiamato a svolgere²⁹. In tale prospettiva, al primo di tali obiettivi sembrano guardare i casi di:

a) *respingimento di un pericolo attuale per l'incolumità fisica o la vita* (§ 42.1, n. 1). Premesso che secondo l'interpretazione prevalente il pericolo è «attuale» quando la verifica del danno è da attendersi in qualunque istante³⁰, occorre precisare che, pur nel silenzio della norma, il principio di proporzione comunque impone di commisurare la prognosi di pericolo per i beni della vita e dell'incolumità dell'innocente con la considerazione delle conseguenze dannose che l'uso dell'arma da fuoco può recare al soggetto passivo³¹. Non è espressamente richiesto, diversamente da quanto ad esempio si vedrà nel caso seguente, che l'aggressore porti con sé armi da fuoco od esplosivi o voglia utilizzarli, sebbene parte della dottrina richieda, per il motivo ora esposto, che questi se ne possa

²⁹ Per tale distinzione, v. D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 29 e 31 ss. Critico sulla reale valenza classificatoria «pura» del criterio è tuttavia F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 969.

³⁰ Cfr. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280.

³¹ Cfr. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280.

comunque servire³². In ogni caso, essendo il riferimento normativo direttamente ai beni finali da salvaguardare e non a fattispecie penali, l'uso dell'arma appare consentito anche ove il fatto non dovesse integrare previsioni criminose direttamente poste a protezione degli stessi, come nel caso in cui ci si trovasse di fronte a meri reati di pericolo (rispetto a tali beni) come l'incendio doloso, l'attentato alle infrastrutture ferroviarie, marittime, aeree o stradali, ecc.³³. Non meno importante è precisare che, almeno secondo qualcuno, il pericolo attuale per l'incolumità e la vita può riguardare qualsiasi persona e quindi anche lo stesso poliziotto³⁴: il che dovrebbe almeno in parte ridimensionare la rilevanza pratica del divieto per il poliziotto di ricorrere, nell'esercizio del proprio ufficio, ai §§ 32 e 34 StGb, come affermato – lo si vedrà – da una parte della dottrina amministrativa. Giova infine sottolineare che la previsione qui in commento non è riprodotta nella UZwG, il che, considerato il riconosciuto carattere tassativo delle autorizzazioni all'uso delle armi da fuoco, riduce gli spazi di intervento armato della polizia federale rispetto a quella dei *Länder* che tale previsione hanno invece riprodotto³⁵.

b) impedimento della imminente commissione di un delitto o di una contravvenzione perpetrata con il porto o uso di armi o esplosivi (§ 42.1, n. 2). A tale riguardo sarà sufficiente precisare che, secondo una condivisibile opinione, il «porto» dell'arma non è da intendersi in modo esclusivamente materiale, ossia quale oggettivo portare con sé un'arma, come nel caso del furto a mano armata di cui al § 244.1, n. 1, StGB: prescindere completamente dalla (manifestata) intenzione del suo uso, infatti, significherebbe autorizzare il poliziotto ad una risposta armata in aperto contrasto con il generale principio di proporzione³⁶. Per lo stesso motivo, si è inoltre ritenuto che tra il fatto criminoso ed il porto di armi da fuoco o di esplosivi debba sussistere un intimo collegamento, che viene meno allorquando il porto siffatto risulti ad esempio del tutto fortuito: si pensi al possesso dell'arma di servizio di un poliziotto che conduce un automezzo in stato di ebbrezza, commettendo così il reato del § 316 StGB³⁷. Siccome, a differenza, come si dirà, delle ipotesi previste dai nn. 3 e 4, la norma non fa alcun riferimento a circostanze di fatto che possano lasciar supporre che il reo porti con sé un'arma, il

³² Cfr. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280, ma in senso contrario v. F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 968, che lo ammette anche contro il delinquente disarmato in quanto estremo mezzo per evitare l'offesa descritta dalla norma.

³³ Per tale precisazione, v. F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 981.

³⁴ Cfr. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280.

³⁵ Sul punto, v. per tutti B. WALTER, §§ 1-20 UZwG, cit., 765.

³⁶ Cfr. sul punto L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 279 e D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 36. In questa prospettiva, secondo F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 988 e 969, in tale caso, ed in quelli simili di cui si dirà, la vera ragione che giustifica l'impiego dell'arma da fuoco sarebbe allora la pericolosità del soggetto passivo.

³⁷ Così, L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 279 e D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 37.

poliziotto dovrà avere la «sicura conoscenza» («*sichere Wissen*») di tale circostanza³⁸. Non alludendo, infine, la norma ad alcuna specifica tipologia di reato, l'uso dell'arma può essere funzionale anche alla protezione di beni materiali, sebbene il suo porto esponga a pericolo i beni della persona, portando così a possibili interferenze applicative con il caso precedente³⁹;

c) *impedimento della violenta liberazione di chi si trova in pubblica custodia* (§ 42.1, n. 5). Premesso che del concetto di «custodia pubblica» diremo *sub d*), basterà qui precisare che, diversamente proprio da quest'ultima, l'ipotesi qui in evidenza: da un lato, non richiedendo che la custodia sia stata disposta giudizialmente, comprende anche i casi in cui essa sia stata disposta dalla stessa Polizia, come nel caso di «arresto provvisorio» previsto dal § 127.2 StPO; dall'altro, prende in considerazione quale soggetto passivo della condotta armata della Polizia non già colui che si trova in custodia, bensì il c.d. «liberatore violento» («*gewaltätig Befreier*»), che quindi utilizza la propria forza fisica o mezzi tecnici che abbiano lo stesso effetto (e non ad esempio l'astuzia, l'inganno o la minaccia) per vincere la resistenza altrui e conseguire l'obbiettivo⁴⁰.

Allo scopo repressivo, in quanto con l'uso delle armi si intende garantire la pretesa punitiva dello Stato⁴¹, sembrano invece protese le ipotesi di:

d) *impedimento della fuga o cattura di una persona che è da mantenere o condurre in pubblica custodia per decisione giudiziaria relativa alla commissione, o ad un grave sospetto di commissione, di un delitto o di una contravvenzione qualificata* (§ 42.1, n. 4). La generica espressione «custodia pubblica» («*amtliche Gewahrsam*») si riferisce, infatti, a tutti i casi in cui un soggetto subisce la privazione della libertà a causa di un provvedimento dell'Autorità che è legittimata a disporla⁴². L'ipotesi qui normativamente considerata riguarda anzitutto quelle «custodie» che conseguono ad una decisione giudiziaria («*auf Grund richterlicher Entscheidung*»). L'ordine del giudice è di norma emanato o in forma di mandato di ricerca e cattura ai sensi dei §§ 112-114 StPO, o in forma di decisione giudiziaria penale di condanna a pena detentiva o ad una misura di miglioramento e di sicurezza *ex* § 61 ss. StGB, così come su autorizzazione giudiziaria opera l'ordine di esecuzione del 457 StPO o l'arresto in fase esecutiva che può essere ordinato dall'Istituto per l'esecuzione delle pene ai sensi del § 87 StVollzG⁴³. Le circostanze ulteriormente indicate dalla disposizione in esame, tuttavia, si riferiscono an-

³⁸ In questo senso, precipuamente, L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280.

³⁹ Cfr. G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 124; L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280.

⁴⁰ Cfr. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 281-282; D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 54; RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 989.

⁴¹ Così, G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 124.

⁴² Cfr. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 281 e D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 49.

⁴³ Per tali casi, v. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 281.

che alla condotta di chi si sottrae alla custodia disposta dalla Polizia (es.: § 127 StPO) o alla custodia in fase di iniziata esecuzione (es.: l'autorizzazione all'uso delle armi da fuoco del § 100.1 StVollzG)⁴⁴. Più precisamente, la facoltà di uso dell'arma da fuoco è riconosciuta contro il fuggitivo od il catturando da condurre in custodia allorquando, ai sensi del § 42.1, n. 4, si tratti: (α) di un soggetto che abbia commesso un delitto; (β) di un soggetto che sia «gravemente sospettato» di averlo commesso («auf Grund des dringenden Verdachts»), dovendosi qui intendere tale presupposto nel senso del § 112.1, StPO, il che richiama la necessità di un alto grado di probabilità di colpevolezza in considerazione dello stadio raggiunto dalle relative indagini⁴⁵; (γ) di un soggetto che abbia commesso, o sia gravemente sospettato di aver commesso, una contravvenzione, allorquando, però, «le circostanze di fatto giustifichino la supposizione» («sofern Tatsachen die Annahme rechtfertigen») che egli porti con sé armi o esplosivi, con il che la norma autorizza il poliziotto ad agire in base alle circostanze conoscibili *ex ante* con l'impiego di tutti i sensi (anche l'udito) entro il (minimo) tempo di decisione che egli operativamente di norma possiede⁴⁶. Va infine precisato che nelle ipotesi appena viste l'arma da fuoco non è mai utilizzabile nei casi precisati dal § 42.2⁴⁷.

e) *cattura di chi tenta di sottrarsi all'arresto o all'identificazione personale allorquando abbia commesso o sia gravemente sospettato di aver commesso un delitto o una contravvenzione qualificata* (§ 42.1, n. 3). Posto quanto già detto *sub d*), basterà qui sottolineare che il novero delle misure alle quali il soggetto tenta di sottrarsi è limitato dall'espresso richiamo all'«arresto» («Festnahme») ed alla «identificazione personale» («Identitätsfeststellung»). Dunque, soltanto le facoltà del §§ 127, 163b.1, ovvero 111 StPO possono rilevare, sì che altre forme di intromissione nella libertà personale, come quelle dei §§ 81a, 81b e 102 StPO (visita psichiatrica obbligatoria, esame ematico, raccolta delle impronte digitali, ecc.), non possono essere considerate⁴⁸.

Qualche delucidazione richiedono anche le importanti prescrizioni del § 41. Esso difatti anzitutto reca il criterio direttivo che deve guidare la Polizia nell'utilizzo dell'arma da fuoco, e che appare riassumibile nel canone di *extrema ratio*, ovverosia, come si esprimono i commi 2, 3 e 4, dell'«unico mezzo» («einziges Mittel»). In particolare, leggendo il § 41.1 si comprende come tale residualità del ricorso all'arma da fuoco, se diretta contro persone, sia duplice. A ben vedere, infatti, il

⁴⁴ Cfr. G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 124 e L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 281.

⁴⁵ In questo senso, v. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 281 e D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 46.

⁴⁶ In proposito, v. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280.

⁴⁷ Per un collegamento con le norme della StVollzG, v. G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 124.

⁴⁸ Cfr. G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 124, e più ampiamente L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280-281.

giudizio che porta a ritenere indispensabile per il poliziotto l'azione armata consta in due distinti momenti valutativi: il primo, che giudica la residualità dell'impiego dell'arma da fuoco rispetto a tutti gli altri strumenti di coazione diretta sopra richiamati, che devono o essere già stati applicati «senza successo» («*erfolglos*»), ovvero non promettere all'evidenza alcun risultato («*offensichtlich keinen Erfolg versprechen*»)⁴⁹; il secondo, che deve concludere per l'indispensabilità dell'azione armata contro le persone dopo aver scartato la possibilità di pervenire al medesimo risultato dirigendo l'arma contro cose o animali: si pensi al caso di una persona da catturare che scappi servendosi del proprio veicolo, la cui fuga dovrebbe essere impedita anzitutto utilizzando l'arma contro l'automezzo in modo da arrestarne il moto⁵⁰. Il compito del poliziotto risulta perciò difficile da assolvere, poiché in pochi secondi egli dovrà valutare se il ricorso all'arma da fuoco sia «appropriato», «adeguato», «necessario» e «proporzionato»⁵¹.

Di rilievo sistematico appare anche il divieto dell'uso delle armi da fuoco contro persone che non abbiano ancora compiuto i 14 anni. Tale divieto, espressione di un'intuibile norma di civiltà e proporzione giuridica, risulta tuttavia attenuato da una duplice circostanza normativa. Da un canto, infatti, va considerato l'implicito temperamento, probabilmente riconducibile al fatto che il poliziotto deve prendere decisioni in tempi molto ristretti⁵², che il comma 3 introduce nella parte in cui ritiene decisiva non già l'età effettiva della vittima bensì quella che traspare dalla sua «apparenza esteriore», che il poliziotto apprezzerà *ex ante* in modo soggettivo, sebbene doverosamente con grande cura⁵³. Dall'altro viene in rilievo l'espressa deroga dell'ultimo periodo della medesima norma, che, seppure nel rispetto del citato principio dell'«estremo mezzo», autorizza l'uso dell'arma da fuoco finalizzato a proteggere un soggetto da un attuale pericolo per la vita o l'incolumità, senza peraltro specificarne l'entità. Parte della dottrina ha spiegato la deroga in considerazione della sempre crescente violenza dei giovani criminali⁵⁴, ma il dato più rilevante da cogliere è la prevalenza riconosciuta ai diritti dell'innocente su quelli dell'aggressore, che in quanto tale, sebbene non adulto, perde il *favor* tradizionalmente riservato dall'ordinamento al criminale minorenni, come ad esempio si può notare nella disposizione del comma 2 del § 42.

⁴⁹ Di «evidente inutilità» delle altre misure parla infatti F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 957.

⁵⁰ L'esempio è riportato da L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 278.

⁵¹ Testualmente, H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge*, cit., 342.

⁵² L'ipotesi è avanzata da L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 278.

⁵³ Sui termini di tale giudizio, v. J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1647; L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 278.

⁵⁴ V. infatti J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1648. Di «limite necessario» parlano G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 121.

A principi di fondo analoghi si ispira anche la disciplina del comma 4, che reca il divieto di uso delle armi da fuoco allorquando per il poliziotto sia conoscibile la circostanza che «con alta probabilità» («*mit hoher Wahrscheinlichkeit*») metterà in pericolo un terzo estraneo («*Unbeteiligt*»), da intendersi come colui che non ha alcun collegamento con l'oggetto dell'intervento della Polizia⁵⁵. L'espressa prevalenza riconosciuta all'incolumità fisica del terzo – sebbene condizionata dal soggettivo apprezzamento del poliziotto circa l'alta riconoscibilità del pericolo per lo stesso – sui fini ordinamentali perseguiti dall'agente con l'uso dell'arma da fuoco dovrebbe portare, secondo qualcuno, alla rinuncia all'impiego di quest'ultima quanto meno in due casi: ove l'arma debba essere rivolta contro automezzi, almeno allorquando la prognosi di esposizione a pericolo dell'innocente non possa essere formulata nei confronti di *ogni* occupante il veicolo; più in generale, in contesti spaziali «movimentati» («*belebten*»), ove chiaramente il rischio di compromettere il terzo è alto⁵⁶. Al solito, tuttavia, le ragioni dell'innocente risultano sacrificate ove l'uso dell'arma da fuoco sia «l'ultimo mezzo» per proteggere (un altro innocente) da un pericolo attuale per la vita.

Non è tuttavia difficile comprendere come sia l'ipotesi del colpo “probabilmente mortale” del comma 2 la fattispecie più problematica di uso dell'arma da fuoco, come testimoniano, anzitutto, i sostanziali cambiamenti che in sede di redazione del Progetto subirono le prescrizioni ad essa dedicate, le quali, nel corso del tempo, si fecero in modo altalenante ora più restrittive ed ora più permissive⁵⁷. Ma la più evidente riprova della problematicità del caso è data dal fatto che, diversamente da quanto accade per la gran parte delle altre disposizioni del ME-PolG, la disciplina contenuta nel suo § 41.2, secondo periodo, non è riproposta nel diritto di polizia di tutti i *Länder*, così che la legittimità di tale pratica d'intervento non risulta ad oggi pacifica. Invero, se da un canto vi è largo consenso nel ritenere l'autorizzazione alla stessa contenuta – e come sopra delimitata – nelle varie leggi di polizia compatibile con il riconoscimento del diritto alla vita degli artt. 2, comma 2, della «legge fondamentale» tedesca («*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*»: GG) e 2 CEDU⁵⁸, dall'altro la legittimità dell'uso

⁵⁵ Così L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 279, che quindi esclude dalla qualifica coloro che «che aiutano i destinatari delle misure assunte dalla Polizia o le cui agevolmente conoscibili condotte mettono in conto».

⁵⁶ Cfr. J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1650-51.

⁵⁷ Si passò, infatti, dall'autorizzare il colpo mortale quando esso fosse «l'ultimo mezzo per la salvaguardia da un attuale pericolo di vita», al permesso del suo utilizzo quando esso fosse «l'ultimo mezzo per la salvaguardia da un attuale pericolo di vita o per l'incolumità fisica», sino a passare alla formula attuale: sul punto, v. infatti H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge*., cit., 344.

⁵⁸ In questo senso, tra gli altri, v. W. LANGE, *Der neue MEPolG – Fragwürdiges Schßwaffengebrauch*, in *MDR*, 1977, 13; H.G. SUNDEMANN, *Polizeiliche Befugnisse bei Geiselnahmen*, in *NJW*, 1988, 3193; D. KUGELMANN, *Polizei*, cit., 306-307.

del colpo mortale è da molti contestata quando non coperta da un'espressa autorizzazione legislativa, che risulta comunque guardata con sospetto. È pur vero che non manca chi, specie all'indomani di drammatici fatti di cronaca, ha cercato di dedurre implicitamente una tale autorizzazione già dalla regola generale, riportata come visto anche nel primo periodo del § 41.2 MEPolG, secondo cui l'uso dell'arma da fuoco deve mirare a rendere l'aggressore incapace all'aggressione o alla fuga⁵⁹; tuttavia, l'opinione prevalente ritiene siffatta operazione ermeneutica impraticabile, mancando tale previsione normativa della necessaria determinatezza sufficiente a giustificare, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, una così grave aggressione ai fondamentali diritti dell'uomo, che deve essere coperta da una espressa ed inequivoca previsione normativa⁶⁰. In ogni caso, rimangono forti dubbi sulla legittimità del colpo mortale sparato dalla Polizia, posto che non si manca comunque di sottolineare come il compito di quest'ultima non sia l'eliminazione dei devianti ma piuttosto la difesa dal pericolo, sì che l'uso dell'arma da fuoco dovrebbe anzitutto essere finalizzato a ridurre la capacità d'agire del reo e non già alla sua morte, che di principio non dovrebbe mai costituire l'effetto principale dell'intervento armato della Polizia ma, al limite, solo una sua conseguenza indesiderata⁶¹. Resta il fatto che il colpo mortale trova espressa previsione nel § 41.2, secondo periodo, che ne vincola il ricorso al rispetto di un duplice principio: quello dell' «unico mezzo» per perseguire gli scopi di polizia, già più volte richiamato, e quello di proporzione (tra i beni giuridici), i cui termini, dal lato del soggetto soccorso, sono esplicitati normativamente dal riferimento all'attuale pericolo di vita o di una grave lesione dell'incolumità fisica di un uomo, da intendersi nei termini del reato di «lesioni personali gravi» («*schwere Körperverletzung*») di cui al § 226 StGB⁶².

Fornite, almeno nelle intenzioni, le minime coordinate interpretative entro le quali leggere il dato testuale, si tratta adesso di emarginare i principî di fondo, già

⁵⁹ In questo senso, v. ad esempio A. VON WINTERFELD, *Der Todesschuß der Polizei*, in NJW, 1972, 1883 s. e H.G. SUNDEMANN, *Polizeiliche*, cit., 3193-94, che scrive poco dopo il tragico e clamoroso sequestro di Gladbeck, che non a caso è comunemente conosciuto come «*gladbecker Geiseldrama*».

⁶⁰ Cfr. D. KUGELMANN, *Polizei*, cit., 307; J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1643; F. RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 1012. Del resto, che il secondo periodo del § 41, comma 2, MEPolG fosse da intendere come «norma speciale» rispetto al primo periodo, che uscirebbe perciò limitato nella sua portata, era apparso chiaro sin dai primi commenti al progetto: v. W. LANGE, *Der neue*, cit., 12-13; G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 121.

⁶¹ V., quasi testualmente, D. KUGELMANN, *Polizei*, cit., 306 e J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1640.

⁶² In questo senso, v. L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 278, e sostanzialmente, sebbene alludano all'ipotesi non circostanziata del § 224, anche G. HEISE, R. RIEGEL, *Musterentwurf*, cit., 121, che precisano comunque l'esclusione di altri beni giuridici (ad es. patrimoniali) dall'alveo applicativo della disposizione.

peraltro emersi nel discorso, che animano la disciplina extrapenale dello *S.d.P.* così come la dottrina tedesca li ha individuati, sebbene essa non abbia riconosciuto loro il medesimo grado di realizzazione nell'ambito della normativa in questione. Proprio tale ultima precisazione ben si attaglia al primo dei principî che qui rilevano, ossia quello di legalità (*id est*: determinatezza). Se infatti, da un canto, l'unanime dottrina esprime la necessità che, in quanto fortemente lesivo dei più rilevanti beni individuali, l'intervento armato della Polizia venga disciplinato con scrupolo nei suoi presupposti e nelle sue modalità di esercizio, dall'altra non sono poche le voci che, in tale prospettiva, si sono espresse negativamente sulla normativa dianzi esposta, giudicata «opaca e poco determinata», figlia di un «compromesso» che avrebbe sacrificato chiarezza e precisione, se non addirittura afflitta da una tale «mancanza di chiarezza» sì da poter svolgere «appena una funzione orientativa della condotta dei poliziotti»⁶³. A prescindere dalla fondatezza di tali critiche, occorre comunque considerare che ogni tentativo di precisa codificazione dell'agire armato della Polizia, rispondente allo scopo anzitutto di orientamento comportamentale proprio del principio di determinatezza, deve in ogni caso fare i conti – com'è stato osservato – con la necessità che l'operatore ha di prendere le proprie decisioni di intervento in tempi il più delle volte assai ristretti, ciò che spesso gli preclude complesse opere di sussunzione alle quali una normativa complessa potrebbe astrattamente richiamarlo⁶⁴. Da qui, probabilmente, l'esistenza di un limite quasi “ontologico” al *quantum* di determinatezza che si può ragionevolmente esigere dalle norme in materia.

Maggior forza penetrativa – e non poteva essere diversamente – è invece generalmente riconosciuta al canone di *extrema ratio*, che trova infatti nella disciplina dello *S.d.P.* espressa affermazione e coerenti applicazioni. In effetti, come si ricorderà, nel descrivere il contenuto dei §§ 41 e 42 MEPolG (e 10 UZwG) più volte è emerso come la normativa fosse esplicita nell'orientare l'agire armato della Polizia anzitutto al canone del c.d. «ultimo mezzo» necessario al perseguimento dei suoi scopi istituzionali, che vuole l'utilizzo del colpo d'arma da fuoco doppiamente sussidiario: sia in senso oggettivo, con riguardo cioè agli altri mezzi di coazione diretta utilizzabili; sia in senso soggettivo, con riguardo al bersaglio (umano, animale o reale) da colpire.

Non v'è dubbio, tuttavia, che l'impronta più vistosa sulla normativa *de qua* sia quella impressa dal canone di proporzione, al quale la dottrina unanimemente

⁶³ V., in questi termini, H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge*, cit., 345 e RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 966.

⁶⁴ Così, RACHOR, *Die Polizeihandeln*, cit., Rnd 966.

riconosce, in materia, il ruolo di vero e principio informatore⁶⁵. Del resto, esso risulta storicamente affermato sin dagli albori del diritto di polizia, prima prussiano e poi tedesco, per divenire nel tempo principio generale del diritto pubblico, in quanto portato garantista dello Stato di diritto posto a presidio delle garanzie individuali, ed infine principio di riconosciuto rango costituzionale⁶⁶. Non è forse un caso, allora, che al «*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*» sia espressamente dedicato già il § 2 del MEPolG (ed il § 4 UZwG, di contenuto in larga misura analogo), che così recita:

«(1). Tra i possibili ed idonei provvedimenti, la Polizia deve adottare quelli che al singolo ed alla collettività prevedibilmente nuocciono di meno.

(2). Un provvedimento non può portare ad un danno che in modo conoscibile risulta sproporzionato rispetto all'evento avuto di mira.

(3) Un provvedimento è consentito soltanto sino a che il suo scopo è raggiunto o si appalesa che esso non può più essere conseguito».

Nella sua evocata codificazione, il principio in parola mostra all'evidenza un contenuto assai ampio, che abbraccia, com'è stato osservato, non solo la proporzionalità in senso stretto cui accenna il comma 2 (c.d. «*Angemessenheit*» – adeguatezza – ossia «*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*»), ma anche la necessità («*Erforderlichkeit*»), della quale sopra si è detto, e la idoneità («*Geeignetheit*») dell'agire della Polizia⁶⁷. In questa sede, basterà esplicitare come nello specifico campo dello *S.d.P.* “preventivo” la proporzione in senso stretto trovi plastica rappresentazione nel significativo richiamo dei §§ 41 e 42 MEPolG (e 10 UZwG) all'esistenza di un pericolo attuale per la vita e l'incolumità fisica – che ragionevolmente diviene pericolo attuale di una «grave» lesione dell'incolumità fisica in caso di colpo mortale – quale necessaria situazione “controbilanciante” il corrispondente (ed accettato) rischio al quale i medesimi beni della vita e dell'incolumità fisica dell'aggressore sono esposti dall'impiego dell'arma da fuoco. Nel confronto, quindi, tra beni di medesimo rango, il legislatore tedesco opera una scelta di prevalenza a favore di quelli del soggetto che subisce la condotta antiggiuridica di colui che verrà colpito dall'intervento armato della Polizia. Peraltro, tale *favor* risulta accentuato nei casi in cui la salvaguardia dei primari beni del

⁶⁵ Cfr., tra gli altri, i continui richiami di H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge*, cit., 342, J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1626, 1635, 1646; L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 277, 279; A. BORSODORF, *Schusswaffengebrauch*, cit., 1703; RACHOR, *Die Polizeibandeln*, cit., Rnd 957.

⁶⁶ Sulla storia ed attuale valenza del principio, v. in breve M. JAHN, *Das Strafrecht des Staatnotstandes*, V. Klosterman, Frankfurt am Main, 2004, 336 ss. e D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 103.

⁶⁷ Per una tale ricognizione contenutistica del principio, v. D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 103 ss.

soggetto “innocente” prevale: in primo luogo, sui diritti del (parimente innocente) terzo estraneo ai fatti, che come visto possono essere ad essa consapevolmente sacrificati; in secondo luogo, sulla considerazione della giovane età dell’aggressore, che invece, ad esempio nell’applicazione del § 32 StGB, costituisce ancora una remora, che, se non preclude del tutto la legittima difesa, di certo impone una sua valutazione in termini più rigorosi del solito, visto che la tenera età dell’aggressore costituisce un’indiscussa ipotesi di quei limiti «etico-sociali» che da tempo vengono contrapposti al diritto di difesa⁶⁸. Da segnalare, parimenti, è la valutazione di proporzione che il legislatore tedesco ha operato nei casi di *S.d.P.* “repressivo”, posto che in tali frangenti la natura degli interessi posti in bilanciamento risulta disomogenea. Se, infatti, nei casi in cui il reo risulti sospettato di portare con sé armi o esplosivi vi è ancora la possibilità di scorgere nella vicenda la contrapposizione tra beni di medesimo rango, posto che il porto di tali strumenti offensivi determina di per sé l’insorgenza di un pericolo per la vita e l’incolumità dell’agredito, il discorso cambia nei casi in cui, invece, il poliziotto è autorizzato ad usare l’arma da sparo per soddisfare la pretesa punitiva dello Stato. In tali casi, infatti, la scelta “valoriale” operata appare ancora più evidente ed è senz’altro da segnalare.

6. *La dimensione penalistica del tema:
i problemi di perimetrazione verso il diritto di polizia*

Sebbene il diritto di polizia contempri una disciplina specifica ed assai articolata dello *S.d.P.*, la dottrina tedesca molto discute circa l’eventuale ruolo regolativo che, in materia, potrebbero comunque svolgere le cause di giustificazione previste dallo StGB. In particolare, il problema più dibattuto è quello del “confine esterno” della disciplina penale applicabile allo *S.d.P.* nei suoi luoghi di tangenza con quella amministrativa. Come si anticipava, ciò porta in pratica a far coincidere il nucleo più problematico dello *S.d.P.* con una questione di interferenza normativa tra *Polizeirecht* e *Strafrecht*, il che richiama la complessa questione, mai del tutto sopita in Germania, della efficacia extrapenale delle cause di giustificazione. Solo alla luce di una tale problematica premessa, infatti, è possibile comprendere il perché delle molteplici e contrastanti teorie, di cui si dirà, che ricostruiscono in modo assai diverso il reciproco operare degli ambiti normativi di liceità ed illiceità dello *S.d.P.* previsti, rispettivamente, dal diritto penale e dal diritto di polizia, e

⁶⁸ Sulla nota teorica dei «sozialistischen Einschränkungen des Notwehrrechts», basti il riferimento a H. FRISTER, *Strafrecht, A.T.*, 5ª ed., Beck, München, 2011, 211 ss. e P. KASISKE, *Strafrecht I: Grundlagen und allgemeiner Teil*, Kohlhammer, 2011, Rnd 111 ss.

la cui stessa esistenza, altrimenti, il lettore italiano stenterebbe a spiegarsi. Ed invero, secondo un noto insegnamento, da tempo consolidatosi sia in Italia che in Germania, il giudizio di antiggiuridicità non avrebbe natura esclusivamente penale, risolvendosi esso piuttosto nell'affermata contrarietà del fatto all'intero ordinamento giuridico, la cui "unità" verrebbe così riaffermata. Ne dovrebbe perciò derivare: in primo luogo, che l'illiceità penale di un fatto è esclusa dalla presenza di una norma che prevede, permettendolo o rendendolo obbligatorio, il compimento di quello stesso fatto, a prescindere dal settore dell'ordinamento nel quale essa risulta collocata; in secondo luogo, che l'avvenuto accertamento, in sede penale, della liceità di un certo fatto comporta, automaticamente, la liceità dello stesso in tutto l'ordinamento giuridico, che non potrà il medesimo fatto sanzionare in diverso modo; in terzo luogo, che la condotta vietata in un settore dell'ordinamento diverso da quello penale non potrà essere dichiarata penalmente non illecita⁶⁹. Orbene, una tale concezione che potremo qui definire "forte" della valenza delle scriminanti non sembra così pacificamente condivisa dalla dottrina tedesca; non è un caso, infatti, che nel trattare il rapporto tra antiggiuridicità ed unità dell'ordinamento giuridico uno dei più noti manuali di parte generale anzitutto si interroghi prevalentemente sulla rilevanza penale del giudizio di liceità/illiceità extrapenale di un fatto, offrendo peraltro conclusioni elastiche, e passando all'esame del caso opposto, proprio portando l'esempio del poliziotto che agisca in modo giustificato ai sensi del § 32 StGB, riconosce la possibilità che il fatto rimanga nondimeno illecito per il diritto pubblico, che rimarrebbe libero di riconnettervi proprie sanzioni⁷⁰. Se così non fosse, del resto, il problema dei rapporti tra disciplina amministrativa e penale dello *S.d.P.* non sarebbe insolubile: se per il diritto penale un certo impiego dell'arma è lecito, tale qualificazione si dovrebbe mantenere in tutto l'ordinamento, compreso nel diritto di polizia; coerentemente, se per quest'ultimo un certo utilizzo dell'arma è lecito, tale dovrebbe essere anche in sede penale. Ma le cose non appaiono così lineari.

Formalmente, la disputa si appunta sul modo di intendere il § 35.2 MEPOlG, che allude al rapporto tra rilevanza amministrativa e penale della condotta del poliziotto. La disposizione, ripetuta con varianti lessicali in quasi tutti i *Polizeirechte*, e che la dottrina denomina «riserva dei diritti di necessità» («*Notrechtsvorbehalt*»)⁷¹, recita: «Le disposizioni relative alla legittima difesa ed allo stato di ne-

⁶⁹ Basti qui il riferimento, anche per la dottrina tedesca più tradizionale, a G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè, Milano, 1984, spec. 802 ss., nonché, più di recente, sebbene con alcune precisazioni, a F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, Giuffrè, 2000, 332 ss.

⁷⁰ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, A. T., 4^a ed., Beck, München, 2006, § 14, spec. Rdn 31-34.

⁷¹ La fortunata espressione risale a H. BLEI, *Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs*, in JZ, 1955, 625 ss.

cessità rimangono impregiudicate» («*Ungerührt bleiben die Vorschriften über Notwehr und Notstand*»)⁷². L'evidente trasversalità della clausola ha richiamato l'attenzione sia dei cultori del diritto penale che di quelli del diritto amministrativo (e di polizia), dando peraltro spesso l'impressione che il latente oggetto del confronto fossero i reciproci "rapporti di forza" tra i citati settori dell'ordinamento, anche se la questione mantiene un enorme significato pratico, dato che, in materia, le norme del diritto di polizia sono generalmente valutate come più restrittive di quelle del diritto penale⁷³. Non stupisce, perciò, il proliferare di svariate ricostruzioni⁷⁴, che volendo tuttavia semplificare possono ricondursi fondamentalmente a tre orientamenti⁷⁵:

a) quello c.d. «giuspubblicistico puro», detto anche «del diritto di polizia», secondo cui l'autorizzazione ad agire dei soggetti pubblici, quale è proprio quella che consente lo *S.d.P.*, non potrebbe essere ampliata dalle cause di giustificazione generali del diritto penale, così che i pubblici ufficiali non potrebbero mai avvalersi, almeno nell'esercizio delle loro funzioni, di queste ultime⁷⁶. A favore di tali conclusioni si fa anzitutto notare come ogni intervento intromissivo della pubblica autorità nella sfera giuridica dei privati cittadini richieda, per il principio di legalità, una specifica autorizzazione normativa, che non può rinvenirsi nelle generiche clausole che incorporano le scriminanti; in caso diverso, infatti, l'intera – e soprattutto più scrupolosa – regolamentazione che il *Polizeirecht* ha dato all'uso delle armi da fuoco verrebbe agevolmente elusa con il comodo ricorso a disposizioni assai più generiche ed elastiche. Si verrebbe così in pratica a creare una sor-

⁷² Tale clausola è contenuta anche nel § 10, comma 3, UZwG, che indubbiamente richiama le citate *Notrechtsvorbehalte* sebbene con una formula linguistica più generica: sul punto, v. infatti B. WALTER, §§ 1-20 UZwG, cit., 784 s.

⁷³ Su tale valutazione, v. per tutti K. KÜHL, *Strafrecht, A.T.*, 6^a ed., Franz Vahlen, München, 2008, § 7, Rnd 148 e K. HOFFMANN-HOLLAND, *Strafrecht, A.T.*, 2^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, Rnd 276.

⁷⁴ Per un più ampio quadro delle teorie proposte e delle argomentazioni portate, v. M. JAHN, *Das Strafrecht*, cit., 273 ss.; T. HILLERKAMP, *32 Probleme aus dem Strafrecht, A.T.*, 13^a ed., Franz Vahlen, München, 2010, 38 ss.; B. HEINRICH, *Strafrecht, A.T.*, 3^a ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2012, Rnd 396 ss.

⁷⁵ È questa, infatti, l'esemplificazione più diffusa tra i penalisti ed i cultori del diritto di polizia: v. ad es. H.L. GÜNTHER, § 32, in AA.VV., *Systematischer Kommentar zum StGB*, a cura di H.J. Rudolphi, E. Samson, E. Horn, vol. I, 8^a ed., Luchterhand, Köln, (1999), Rnd 15 ss.; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., § 7, Rnd 151 ss.; J. BENFER, *Rechtseingriffe*, cit., Rnd 1641 ss.; K. HOFFMANN-HOLLAND, *Strafrecht*, cit., Rnd 276.

⁷⁶ La tesi è ovviamente diffusa anzitutto tra i cultori del *Polizeirecht*: v. H. SCHOLLER, B. SCHLOER, *Grundzüge*, cit., 343-344; J.C. PIELOW, *Der sog. Todes- oder Rettungsschuß*, in *Jura*, 1991, spec. 487 s.; F. RACHOR, *Die Polizeibehandeln*, cit., Rnd 1013; L.J. TETSCH, *Eingriffsrecht*, cit., 280. Non mancano tuttavia i penalisti, anche autorevoli: v. H. BLEI, *Probleme*, cit., 626 ss.; K. SEELMANN, *Grenzen privater Nothilfe*, in *ZStW*, 1977, spec. 50 ss.; G. JAKOBS, *Strafrecht, A.T.*, 2^a ed., de Gruyter, Berlin-New York, 1993, cap. 2, sez. 12, Rnd 41 ss. e sez. 13, Rnd 42; M. JAHN, *Das Strafrecht*, cit., 417 ss.

ta di «diritto di necessità dello Stato» («*Staatsnotrecht*») del tutto incontrollabile, ulteriore e diverso da quello già esaustivamente disciplinato dalla Costituzione, che tiene conto di valutazioni politiche di ampio respiro che la norma penale non può contenere, anche in relazione al rapporto tra stato centrale e *Länder*. Né varrebbe obiettare che così stando le cose, e muovendo dal presupposto che il diritto di polizia è più restrittivo del diritto penale in tema di *S.d.P.*, il poliziotto che si imbattersse in una situazione fattuale di legittima difesa o di stato di necessità si troverebbe in una condizione ben peggiore di quella del cittadino, “libero” di invocare i §§ 32 e 34 StGB. Una tale eventualità, infatti, non è eccezionale, poiché, a causa del proprio ufficio, il poliziotto è istituzionalmente tenuto ad esporsi ad un pericolo maggiore rispetto a quello tipicamente corso dal privato, anche perché egli possiede un addestramento ed una preparazione tecnica tale che quest'ultimo ovviamente di norma non ha. Una variante di tale orientamento (c.d. “teoria pubblicistica limitata” o “della autodifesa”), pur ribadendo che di principio le pubbliche autorizzazioni ad agire dello Stato non possono essere ampliate attraverso le cause di giustificazione penali, ammette tuttavia un'eccezione ove il pubblico ufficiale agisca soltanto per autodifesa⁷⁷. Tale eccezione sarebbe motivata principalmente con due argomenti, peraltro contigui. Il primo sostiene che in caso di autodifesa il poliziotto può sì operare formalmente nel servizio ma sostanzialmente non certo nella percezione di stare adempiendo uno specifico compito dell'ufficio di polizia, che tuttavia è l'unico che il *Polizeirecht* può considerare: in tali frangenti, quindi, la collisione tra diritti di necessità penali e regolamentazione del diritto di polizia non vi sarebbe. Il secondo interpreta la sopra citata *Notrechtsvorbehalt* come riferita logicamente al caso di autodifesa poiché quest'ultima costituisce un diritto naturale del poliziotto in quanto essere umano, e quindi soggetto autonomo rispetto al suo essere (anche) pubblico ufficiale: ne deriva che le aggressioni antiggiuridiche ai danni della persona-poliziotto potrebbero essere legittimamente respinte anche oltre i restrittivi regolamenti di servizio.

Peraltro, si deve per completezza aggiungere che la tesi in discorso dovrebbe comunque garantire al poliziotto l'impunità, considerato che la stessa, prevalente dottrina penalistica ritiene che il catalogo delle fonti giuridiche («*rechtsquellen*») idonee a produrre cause di giustificazione non abbia affatto natura “chiusa”, potendo esso infatti arricchirsi con disposizioni provenienti, ad esempio, sia dal codice civile che dal diritto pubblico; anzi, pur non contemplando lo StGB “clausole aperte” come quella in pratica recata del nostro art. 51 c.p., si ritiene che anche i

⁷⁷ V. K. AMELUNG, *Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten*, in *Jus*, 1986, spec. 332 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentar*, in *GA*, 1985, spec. 365 ss.; R. MAURACH, H. ZIPF, *Strafrecht*, A.T., tomo 1, 8^a ed., Müller Verlag, Heidelberg, 1992, § 26, Rnd 34; K. HOFFMANN-HOLLAND, *Strafrecht*, cit., Rnd 276.

«*Dienstrechte*» (o «*Amtsrechte*»), ossia le norme di servizio che disciplinano l'attività istituzionale degli organi pubblici, possano originare situazioni scriminanti⁷⁸.

b) quello c.d. «penalistico puro», secondo il quale anche i pubblici ufficiali possono di norma ricorrere alle cause di giustificazione generali nell'esercizio delle loro mansioni, così che la condotta da essi tenuta nei confronti del soggetto leso, se conforme ai §§ 32 e 34 StGB, risulterebbe conforme non soltanto al diritto penale ma anche al diritto di polizia⁷⁹. Ed invero, si sostiene anzitutto che il pubblico ufficiale non può, in quanto «cittadino in uniforme», essere trattato in modo più svantaggioso rispetto al privato, senza contare che nessuno dubita, al contrario, che ad esempio le cause di giustificazione previste dai §§ 193 StGB e 127 StPO siano applicabili anche al pubblico ufficiale, il che renderebbe ancora più incomprensibile l'eventuale divieto per questi di avvalersi dei §§ 32 e 34 StGB. Ampliando il discorso – e sempre muovendo implicitamente dall'assunto che il diritto di polizia sia meno permissivo di quello penale – si osserva che se al poliziotto fosse ridotto il margine di lecito intervento a favore del cittadino aggredito, non riconoscendogli la possibilità di invocare il soccorso difensivo o di necessità, il tradizionale principio di sussidiarietà della difesa privata davanti alla tempestiva difesa pubblica statale risulterebbe superato, con la conseguenza che la difesa civica e l'autorganizzazione privata assumerebbero più vaste proporzioni: uno sviluppo, questo, che nessuno potrebbe auspicare. Del resto, il timore che riconoscendo al poliziotto i diritti dei §§ 32 e 34 StGB questi inizi a sparare senza criterio dovrebbe comunque essere escluso dalla circostanza che il poliziotto è addestrato proprio ad un uso efficace ma parco dell'arma da fuoco. In opposizione alle altre ricostruzioni, si fa infine notare: che anche nel diritto di polizia esistono clausole autorizzatorie di un determinato agire non meno generali ed ampie di quelle dei §§ 32 e 34 StGB; che il pubblico funzionario, allorquando si trova in una situazione di legittima difesa, debba agire, in base alla situazione che muta, a momenti come soggetto pubblico ed a momenti come privato è il frutto di una

⁷⁸ Cfr. anzitutto H. FRISTER, *Strafrecht, A.T.*, 5^a ed., Beck, München, 2011, cap. 13, Rnd 10 e T. FISCHER, *StGB und Nebengesetze*, cit., vor § 32, Rnd 6, ma anche, più in generale, R. MAURACH, H. ZIPF, *Strafrecht*, cit., § 25, Rnd 11 ss.; B. HEINRICH, *Strafrecht*, cit., Rnd 327 ss.; V. KREY, R. ESER, *Deutsches Strafrecht, A.T.*, 5^a ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2012, Rnd 453 ss.;

⁷⁹ Cfr., anche per ulteriori riferimenti di dottrina, J. WESSELS, W. BEULKE, *Strafrecht, A.T.*, 39^a ed., Müller Verlag, Heidelberg, 2009, Rnd 289; P. BOCKELMANN, *Strafrecht, A.T.*, 4^a ed., Beck, München, 1987, 95 s.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 15, Rnd 112 ss., § 16, Rnd 103 s.; G. STRATENWERTH, L. KUHLEN, *Strafrecht, A.T.*, 6^a ed., Franz Vahlen, München, 2011, § 9, Rnd 94; F. HAFT, *Strafrecht, A.T.*, 9^a ed., Beck, München, 2004, 70; K. KÜHL, *Strafrecht*, cit., § 7, Rnd 153 ss.; W. PERRON, § 32, in AA.VV., *StGB Kommentar*, a cura di A. Schönke, H. Schröder, 28^a ed., Beck, München, 2010, Rnd 42c; C. JÄGER, *Examens-Repetitorium. Strafrecht, A.T.*, 5^a ed., Müller Verlag, Heidelberg, 2011, 96; R. RENGIER, *Strafrecht, A.T.*, 4^a ed., Beck, München, 2012, § 18, Rnd 95 s. In giurisprudenza, v. BGH 23.9.1977 -1 Bjs 55/75, in NJW, 1977, 2172; Id., 30.6.2004-2 StR 82/04, in NSZ, 2005, n. 1, 31.

deformata assimilazione dello stesso al camaleonte, che appare assolutamente irrealistica; che la teoria differenziante – della quale si dirà *sub c)*, ma comprensibile già dalla sua stessa denominazione – porta ad un risultato contraddittorio, ossia che il poliziotto sarebbe giustificato penalmente e civilmente, ma per i danni che egli avrebbe inferto all'aggressore sarebbe comunque chiamato a rispondere in regresso dallo Sato.

c) quello c.d. «differenziante», o della «scissione», che volendo trovare una sintesi tra i due precedenti orientamenti afferma che le generali cause di giustificazione penali non fondano alcuna ulteriore facoltà di intervento della Polizia secondo il diritto pubblico, limitandosi semplicemente a sollevare il pubblico ufficiale da una sua eventuale responsabilità penale⁸⁰. Evidente presupposto di siffatta tesi è il riconoscimento di una netta crasi tra diritto pubblico (e di polizia) e diritto penale: il primo, infatti, giudicherebbe la liceità dei comportamenti “pubblici” dei poliziotti, mentre il diritto penale, al contrario, verrebbe in rilievo la sola rilevanza (penale) delle condotte del pubblico ufficiale quale “privato cittadino”. Il diverso contenuto delle regole pubblicistiche e penalistiche, frutto di un differente scopo funzionale delle stesse, spiegherebbe senza alcuna contraddizione logica il perché la medesima condotta possa essere illecita in un ramo dell'ordinamento e lecita nell'altro. Si avverte, infatti, che chi volesse preservare l'unità dell'ordinamento riconoscendo prevalenza alla di volta in volta più ampia norma autorizzatoria, in realtà dimentica le specificità di ogni settore giuridico e procura il mancato rispetto del riparto delle competenze legislative. Ne risulta, così, che un poliziotto che consapevolmente, in casi estremi, si determinasse a prestare soccorso a terzi oltre gli stretti confini delle sue facoltà d'ufficio dovrebbe essere pronto ad accettare per ciò le conseguenze disciplinari, sebbene rimanga fermo il fatto che per quanto attiene alle conseguenze civili e penali egli non possa essere trattato in modo peggiore rispetto ad un normale cittadino che prestasse il soccorso.

7. *Un sintetico confronto tra “modelli” diversi di tipizzazione dell'uso delle armi da parte della forza pubblica*

I meccanismi normativi che il legislatore potrebbe in astratto utilizzare per sancire la non punibilità di condotte penalmente rilevanti commesse nell'esercizio

⁸⁰ Cfr. P. KIRCHHOF, *Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe*, in *NJW*, 1978, spec. 972 s.; G. BEAUCAMP, §§ 32, 34 *als Ermächtigungsgrundlagen für polizeiliches Eingreifen*, in *JA*, 2003, spec. 404 s.; D. NEUWIRTH, *Polizeilicher*, cit., 25; A. ENGLÄNDER, *Grund und grenzen der Nothilfe*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, 233; W. JOECKS, *StGB Studienkommentar*, 10^a ed., Beck, München, 2012, § 32, Rnd 60; R. SCHMIDT, *Strafrecht, A.T.*, 9^a ed., Schmidt Verlag, Grasberg bei Bremen, 2010, Rnd 333; H. FRISTER, *Strafrecht*, cit., cap. 16, Rnd 34 ss., cap. 17, Rnd 31.

della funzione coercitiva pubblica sono riconducibili, fondamentalmente, a tre modelli⁸¹: il primo, ad esempio adottato dal codice Zanardelli ed attualmente recepito in molti Paesi, non prevede alcuna disciplina specifica della materia, che viene perciò lasciata alla copertura eventualmente offerta dalle cause scriminanti generali; il secondo, tipico dell'ordinamento tedesco, non contemplerebbe, al pari del primo, una precipua causa di giustificazione, ma lascerebbe alla normativa extrapenale il compito di regolamentare i casi nei quali l'uso pubblico delle armi è consentito; il terzo, infine, sarebbe il modello prescelto (unicamente) dal codice Rocco, e fondato, come noto, sulla previsione di una scriminante *ad hoc*. A fronte di tale modellistica, è stato affermato che «in un ordinamento democratico sembra [...] preferibile – così si procede in talune democrazie occidentali – introdurre una previa minuziosa disciplina extrapenale dei poteri-doveri della forza pubblica», la quale, si conclude, dovrebbe legittimare «l'impiego dei mezzi di coazione fisica (e ovviamente soprattutto le armi) esclusivamente come assoluta *extrema ratio*[...]»⁸². Sebbene non espressamente richiamata, è quindi all'esperienza tedesca che la nostra dottrina guarda con più attenzione⁸³.

Più che al modello in sé, è chiaro che i *desiderata* sopra riportati guardano alle “prestazioni regolative” che il sistema d'Oltralpe è in grado – o supposto tale – di offrire. A ben vedere, infatti, nell'auspicato recepimento del sistema normativo dello *S.d.P.* è implicita l'esigenza di non affidare più, come oggi accade, la regolamentazione di una così delicata materia ad una clausola generale del codice penale, che allo stesso tempo fonda e disciplini, in modo generico, l'uso delle armi da parte della forza pubblica, così scriminando *ex ante* la condotta dell'operatore a prescindere dal risultato della stessa⁸⁴. Al contrario, il risultato al quale si mira è chiaramente quello di pervenire ad una «minuziosa disciplina» dell'uso delle armi che funga da dettagliato (e restrittivo) presupposto autorizzatorio dello stesso, rispetto alla quale il codice si dovrebbe limitare a fornire la “copertura” dell'impunità; il che potrebbe avvenire, se non ci inganniamo, semplicemente ponendo in relazione applicativa l'invocata disciplina extrapenale con una scriminante aspecifica in grado di recepirne i contenuti regolativi, come potrebbe essere quella recata dall'attuale art. 51 c.p.

⁸¹ Per questa tripartizione, v. E. MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, 126.

⁸² Testualmente, M. ROMANO, *Commentario sistematico del c.p.*, vol. I, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2004, 563-564.

⁸³ Si pongono infatti sulla scia di Romano gli auspici di E. MEZZETTI, *Uso*, cit., 142; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, P.G., 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2013, 418-419; V. MUSACCHIO, *L'uso legittimo delle armi*, Giuffrè, Milano, 2005, 139; D. BRUNELLI, *L'uso delle armi del pubblico agente tra giustificazione e scusa*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Jovene, Napoli, 2011, 811.

⁸⁴ Sulla peculiare struttura scriminante della fattispecie dell'art. 53 c.p., v. infatti D. BRUNELLI, *L'uso*, cit., 789 s.

Il fatto è, però, che nessuno dei più noti progetti di riforma del codice penale ha seguito tale via. La strada più battuta è stata invece quella o del mantenimento dell'autonoma scriminante sulla falsariga dell'art. 53, tuttavia assoggettato ad un processo di "democratizzazione" contenutistica (si vedano gli artt. 16, lett. f, del "progetto Pagliaro", 38 del "progetto Grosso" e 31 del "progetto Nordio")⁸⁵, ovvero della sua considerazione come specifica ipotesi di adempimento del dovere (v. l'art. 15 del "progetto Pisapia")⁸⁶. Al più, sono rinvenibili echi del sistema tedesco – ammesso che ad esso si fosse guardato – in quelle proposte che, ad esempio, vietano l'uso dell'arma allorquando «a realizzare l'obiettivo è sufficiente l'impiego di un altro mezzo di coazione fisica meno pericoloso», o quando si «determini un concreto pericolo per la vita o per l'incolumità fisica di persone estranee» (art. 38, "progetto Grosso"), oppure subordinano il suo utilizzo alla necessità di «impedire la consumazione dei reati contro la vita, l'incolumità o [sic] la libertà» (art. 31, "progetto Nordio"). Viene perciò da chiedersi se tali soluzioni regolative, per di più reiterate durante un lungo arco di tempo, siano il frutto di un pigro adagiamento culturale su quella che ormai ci si è rassegnati a vedere come tradizione vincolante, o se invece esse abbiano (anche) una diversa ragione d'essere.

Orbene, non v'è dubbio che, come visto, la regolamentazione che il *Polizei-recht* dà all'uso delle armi sia formalmente molto articolata, ricca di ipotesi e sotto ipotesi di legittimazione all'intervento armato. Tuttavia, si è anche ricordato come la stessa dottrina tedesca ammetta una duplice circostanza (v. *supra*, § 5). Da un lato, infatti, è stato riconosciuto come alcune di tali previsioni normative fondino la reazione armata più sulla percepita (*ex ante*) pericolosità del soggetto passivo che sul concreto rischio per la vita o l'incolumità fisica che la situazione alla quale l'agente si oppone oggettivamente dimostra, il che solleva non pochi dubbi sulla loro agevole trasmissibilità oltre i confini meridionali della Germania. Dall'altro, si constatava come, nella pratica, l'operatore non abbia comunque tempo per complesse operazioni di sussunzione, per quanto la normativa possa in astratto richiederle, tanto che si è giunti espressamente ad ammettere che «*in der Praxis der Verhaltensmaßstab des einzelnen Polizeibeamten in erster Linie an den strafrechtlichen Bestimmungen über Notwehr und Nothilfe ausgerichtet ist*»⁸⁷: co-

⁸⁵ Una tale via di riforma era stata peraltro autorevolmente suggerita sin dai primi anni duemila: v. infatti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 4^a ed., Cedam, Padova, 2001, 286 (e ad oggi confermata nella 8^a ed., 2013, 278).

⁸⁶ I testi dei progetti sono reperibili sul sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it), nella sezione «pubblicazioni, studi, ricerche».

⁸⁷ Testualmente, F. RACHOR, *Das Polizeihandeln*, cit., Rdn 966. Similmente, C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 15, Rnd 113, ritiene che le discipline extrapenalistiche dello *S.d.P.* «riassumano in forma comoda e concreta» i requisiti tipici della legittima difesa.

me a dire, che alla fine si torna pur sempre operativamente alle (più intuitive) regole della legittima difesa e del soccorso difensivo, le quali del resto, ed a dispetto del dettato normativo, anche in Germania non disconoscono del tutto i principî informatori della disciplina extrapenale dello *S.d.P.*⁸⁸

A tale ultimo proposito, occorre ricordare come più volte si sia evidenziato come la quasi totalità delle più specifiche – e da noi “invidiate” – ipotesi di uso dell’arma codificate dal MEPOG e dalla UZwG altro non costituiscano se non la coerente concretizzazione dei principî di proporzione tra beni e di “ultimo mezzo” ai quali tale disciplina dichiara espressamente di ispirarsi. Ma a ben vedere, tali canoni non sono poi così dissimili da quelli che, di fatto, attualmente presiedono alla concreta applicazione dell’art. 53 c.p. Ed invero, oggi può dirsi assolutamente consolidato in dottrina e giurisprudenza l’assunto che vuole l’intervento armato della forza pubblica coperto dall’art. 53 c.p. soltanto alla duplice condizione che: l’agente non disponesse di altro strumento utilizzabile e, tra quelli disponibili ed ugualmente efficaci, egli abbia impiegato quello meno lesivo per la vittima (necessità); che l’intervento sia proporzionato alla situazione concreta, così che lo scopo dell’agente risulti conseguito con il minor sacrificio possibile del contrapposto interesse della vittima⁸⁹. Certo, è comprensibile dubitare che le dichiarazioni di principio dimostrino poi la medesima capacità tipizzante di un’autorizzazione comportamentale specifica, ma va anche detto che alla fine l’entità dell’incertezza dipende in larga misura dal tipo di “sensibilità giuridica” diffusa tra i protagonisti del sistema. Del resto, per onestà va pure ricordato che quando con l’art. 14 della l. n. 152 del 1975 il legislatore intervenne – forse in modo discutibile – per dettagliare i casi in cui l’uso delle armi doveva ritenersi “più speditamente” consentito ai sensi dell’art. 53 c.p., le reazioni in dottrina furono tiepide se non apertamente critiche, e foriere poi di ulteriori problematiche applicative⁹⁰. Si torna quindi al dilemma non nuovo se, pur nel quadro del canone

⁸⁸ Il riferimento è alla «intollerabile», «estrema» o «crassa» sproporzione tra beni aggrediti e difesi, che comunemente viene annoverata tra i già richiamati «limiti etico-sociali» della legittima difesa: v. tra gli altri T. FISCHER, *StGB und Nebengesetze*, cit., § 32, Rnd 39; A. ENGLÄNDER, *Grund*, cit., 356 ss.; H. FRISTER, *Strafrecht*, cit., cap. 16, Rnd 25.

⁸⁹ Per la dottrina, basti il rinvio a G. RIPAMONTI, *Art. 53*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, vol. I, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, 3^a ed., Ipsoa, Milano, 2011, 842 ss. In giurisprudenza, tra le più recenti v. Cass. pen., sez. V, 2.10.2014, Vasta, in *Guida dir.*, 2014, n. 42, 90; Id., sez. IV, 17.2.2011, Serafino, in *Cass. pen.*, 2012, spec. 1372 s.; Id., 15.11.2007, Saliniti, in *Giust. pen.* 2009, II, 260.

⁹⁰ V., già tra i primi commentatori della legge, F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. crim.*, 1975, 258 ss.; P. NUVOLONE, *Nota alla legge 22 maggio 1975, n. 152*, in *Ind. pen.*, 1975, 249; G. PECORELLA, *La legge Reale: un attentato alla costituzione*, in AA.VV., *Ordine pubblico e criminalità*, Mazzotta editore, Milano, 1975, 92 s.; R. SPIZUOCO, *La coazione del pubblico ufficiale e la rapina aggravata*, in *Riv. pol.*, 1976,

di determinatezza, sia più opportuna una legislazione (tendenzialmente) casistica o sintetica⁹¹.

In conclusione, si può osservare che la divergenza reale tra la disciplina tedesca e quella italiana dell'uso dell'arma da fuoco da parte della forza pubblica è nei fatti minore di quella che *prima facie* si potrebbe ritenere. Invero, sebbene alcune precipe disposizioni del MEPolG possano destare forti perplessità al giurista italiano, senz'altro refrattario ad infiltrazioni del diritto penale d'autore o all'affermazione "a tutti i costi" della prevalenza dei beni dell'agredito su quelli dell'aggressore, che in parte sono presenti, come visto, nel progetto tedesco⁹², è pur vero che i principi direttivi ai quali le disposizioni in materia dei due Paesi si ispirano non sembrano di certo antitetici, pur nella diversità delle cornici normative generali di riferimento, che comunque continuerebbero a fare da contorno alle eventuali norme d'importazione. Ciò che in ogni caso è opportuno avere sempre ben presente è che, qualsiasi sarà la futura disciplina – penale o extrapenale – che di tale scivolosa materia si voglia auspicare, essa dovrà fungere, prima che da regola di giudizio, da regola di comportamento riconoscibile e governabile dall'operatore: ciò che infatti più conta non è tanto implementare, nel processo, le condanne per uso illegittimo delle armi, ma fornire, "nella strada", regole (poche ma) chiare che tale uso il più possibile scongiurino.

315 ss.; M.A. COLACCI, *Problemi vecchi e nuovi a proposito dell'art. 53 cod. pen.*, in AA.VV., *Studi in memoria di Ugo Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, 150 ss.; E. MEZZETTI, *Uso*, cit., 137 s.

⁹¹ Sull'ampio dibattito, v. per tutti M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 50 s. e F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, 296 ss., nonchè, riassuntivamente, D. PETRINI, *Il principio di determinatezza*, in AA.VV., *Manuale di diritto penale*, P.G., Giuffrè, Milano, 2013, 126 ss.

⁹² Emblematiche, ad esempio, le ampie discussioni suscitate in dottrina dalle disposizioni della legge ex Cirielli sulla recidiva e dall'introduzione della legittima difesa domiciliare.

RENZO ORLANDI

IL METODO DELLA RICERCA. LE ISTANZE DEL FORMALISMO GIURIDICO E
L'APPORTO DELLE CONOSCENZE EXTRANORMATIVE ^(*)

SOMMARIO: 1. Preambolo. – 2. Le dottrine penalistiche all'epoca dello Stato-nazione. – 3. Lo Stato demo-costituzionale: approcci critici e aspirazioni di riforma. – 4. Lo Stato integrato nella realtà sovranazionale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Preambolo*

Le cose che mi accingo ad esporre esigono qualche notazione introduttiva, utile ad evitare fraintendimenti o incomprensioni che il titolo dato alla relazione potrebbe ingenerare.

Prima, importante premessa. Le riflessioni che seguiranno non hanno pretese di obiettività. Sono consapevole di offrirle a un pubblico composto di persone particolarmente autorevoli, molte delle quali sarebbero all'altezza di svolgere, sullo stesso tema, relazioni convincenti e pregevoli, dai contenuti e con modalità esplicative ben diversi da quelli che io proporrò.

Quando ci si misura con la storia di una disciplina accademica, per quanto ci si sforzi di assumere un atteggiamento neutrale, affiora un'inevitabile componente biografica o autobiografica. Contano molto, indubbiamente, i maestri diretti e indiretti che ci hanno influenzato quando abbiamo mosso i primi passi nella ricerca; conta altresì la letteratura (non solo giuridica) frequentata e meditata negli anni della formazione, sia scolastica sia universitaria; l'atmosfera culturale che accompagna le prime ricerche monografiche, così come i temi e i problemi proposti dalla contingente realtà giudiziaria del tempo. Un insieme irripetibile di fattori sociali, culturali, ambientali lasciano tracce profonde nello spirito del ricercatore, contribuendo a condizionarne – anche al di là delle sue intenzioni e delle sue consapevolezze – la scelta dei temi di ricerca e del metodo per investigarli. Ciò spiega il carattere necessariamente “generazionale” che ogni ricostruzione storica (specialmente nel campo delle scienze umane) finisce fatalmente con l'assumere. “Gli uomini somigliano più al loro tempo che ai loro padri”, recita un vecchio

^(*) Testo riveduto con qualche aggiunta e corredato di alcune essenziali note, della relazione all'incontro organizzato dall'Associazione fra gli studiosi del processo penale su «*Studio e didattica della procedura penale in Italia*», Firenze, 14 aprile 2014.

proverbio orientale¹. La verità riflessa in questo fulminante adagio appare tanto più evidente in un'epoca come la nostra, dove innovazioni tecnologiche, diversità di costumi e profondi mutamenti economico-sociali allargano l'intervallo psicologico fra le generazioni. Di ciò è bene essere consapevoli in questa sede.

C'è poi un secondo rilievo che è qui utile premettere anche perché dà un senso al modello esplicativo che mi accingo a proporre. Le questioni di metodo rappresentano una preoccupazione costante per chi fa ricerca. Si tratta tuttavia di preoccupazione per lo più coltivata singolarmente, in solitudine e in misura più o meno intensa, secondo la personale sensibilità dello studioso. Temi di ricerca e metodi per indagarli sono solitamente lasciati alla libertà del singolo, in base a scelte che seguono personali curiosità, propensioni e infatuazioni individuali, magari incoraggiate da maestri che fungono da guida, da colleghi incontrati come occasionali compagni di strada. Pretendere di mettere ordine in questa frastagliata realtà sarebbe fatica sprecata. La ricerca non può né deve essere incapsulata in teorizzazioni metodologiche che pretendano di limitarla. La libertà è attributo essenziale della ricerca: questa o è libera o non è ricerca (nel senso che la cultura accademica occidentale attribuisce al termine).

Detto questo, bisogna ammettere che vi sono momenti nei quali le questioni di metodo trascendono la dimensione individuale o di piccolo gruppo, diventando oggetto di discussione pubblica e di confronto fra gli appartenenti a una certa comunità scientifica. Ciò accade solitamente quando un mondo sta tramontando e ne sta nascendo un altro che esige un cambio di impostazione nella scelta dei temi, nel modo di affrontarli, nelle finalità della ricerca, nella costruzione di categorie concettuali adeguate a realtà percepite come nuove o inedite.

Credo che le scienze penalistiche stiano attraversando una di queste fasi. Del resto, anche in discipline giuridiche diverse dalle penali si nota un risveglio d'interesse per una riflessione corale sulla ricerca e i suoi metodi. Penso a un recente saggio di MARIO LIBERTINI sul metodo nel diritto civile e commerciale², alle meditazioni di SABINO CASSESE e ALDO TRAVI sul problema del metodo nel diritto amministrativo³, alle riflessioni di MARIO RUSCIANO sull'evoluzione del diritto del lavoro alla luce dei mutamenti economico-produttivi⁴. Anche nelle scienze penalistiche è affiorato un interesse dello stesso segno: ad esempio, in occasione del di-

¹ Citato in M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Torino 1998, Einaudi, p. 29.

² *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Rivista delle società* 2013, p. 1-41.

³ Di SABINO CASSESE si veda *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna 2014, pubblicato nella collana *Il diritto che cambia* dell'editore il Mulino. Di ALDO TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli altri saperi*, in *il Mulino*, 2003, p. 865-886.

⁴ *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi*, Napoli 2014, Editoriale scientifica.

battito organizzato dalla rivista *Criminalia* per il centenario della prolusione sassarese di Arturo Rocco⁵.

Simili contributi non pretendono, ovviamente, di imporre un metodo, rinne- gando o limitando la libertà di ricerca. Si pongono piuttosto come meditate pa- rentesi ricostruttive del divenire e del succedersi degli approcci metodologici. Ri- flessioni offerte al ricercatore nell'intento di affinarne l'abilità nell'uso degli stru- menti e delle categorie concettuali, essenziali per svolgere con accresciuta consa- pevolezza la propria attività.

Lo stato attuale della ricerca in campo processualpenalistico (come di altre di- scipline giuridiche) può essere colto solo grazie a una profondità prospettica che consenta di ripercorre l'evolversi delle correnti metodologiche succedutesi negli ultimi decenni.

A ben vedere, nel campo delle scienze giuridiche (e di quelle pubblicistiche in modo particolare), le questioni di metodo affiorano con evidenza e si pongono come urgenti nei momenti di crisi e mutamento della realtà statuale o, per essere più precisi, in coincidenza con l'evolversi delle forme di sovranità e dell'esercizio del potere politico (essendo lo Stato contemporaneo una delle forme in cui si manifesta la sovranità politica). Questa è precisamente la chiave di lettura che in- tendo adottare per esaminare la recente evoluzione delle questioni di metodo nell'ambito del diritto processuale penale italiano.

Uno sguardo all'indietro – limitato all'ultimo secolo o poco più – rivela uno sviluppo in tre tappe:

1. La prima, dominata dall'idea di *Stato-nazione*, va dal tardo Ottocento e si prolunga fino alla metà del secolo scorso;
2. Segue la fase dello *Stato demo-costituzionale*, dalla fine degli anni Quaranta all'inizio degli anni '90 del secolo XX;
3. L'ultima tappa è quella dello *Stato integrato nel contesto europeo*: essa copre l'ultimo ventennio e caratterizza la realtà nella quale siamo immersi.

Cercherò di illustrare e di argomentare come e in che termini il dibattito pub- blico sul metodo si sia andato intensificato in corrispondenza di ciascuno di que- sti passaggi con un'avvertenza: la novità politica, solitamente, precede, talvolta

⁵ *Legittimazione e metodo della scienza penale: a cento anni dalla prolusione sassarese di Arturo Rocco*, in questa Rivista, 2011, con interventi di MASSIMO DONINI, GIOVANNI FIANDACA, RENZO ORLANDI, TULLIO PADOVANI e DOMENICO PULITANÒ (p. 127-252).

In area tedesca si vedano i contributi di W. FRISCH, *Gesellschaftlicher Wandel als formende Kraft und als Herausforderung des Strafrechts*, in *Festschrift für HEIKE JUNG*, 2007, 189 ss.; B. SCHÜ- MENANN, *Standpunkte der deutschen Strafrechtslehrer zu den Zukunftsperspektiven der Rechtswissen- schaft und der akademischen juristischen Ausbildung*, in *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdog- matik* 2012, p. 302 ss. e di Th. WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel 21° secolo*, in questa Rivista, 2014.

anche di qualche decennio, la maturazione sul piano dottrinale di un metodo adeguato alla realtà studiata.

2. Le dottrine penalistiche all'epoca dello Stato-nazione

Con lo Stato-nazione, la legge statale è il perno attorno al quale ruota l'intero ordinamento giuridico. Sul piano dottrinale prevalgono, conseguentemente, correnti formalistiche inclini a riconoscere allo Stato-istituzione una sovranità pressoché incondizionata. Il giurista deve sforzarsi di chiarire il significato della legge, per affermarne il primato di fronte all'attività interpretativa dei giudici. Il suo compito è coerente con l'idea (tutta politica) di una sovranità statale che – tramite la legge – domina in maniera incondizionata i processi di produzione normativa.

Mi pare utile qui ricordare schematicamente alcuni documenti programmatici che influenzarono in diversi campi contigui al nostro le metodologie giuridiche di quei decenni:

a. nella prolusione palermitana di Vittorio Emanuele Orlando su *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), vero e proprio manifesto dello specialismo scientifico disciplinare nella giuspubblicistica italiana di fine Ottocento, si propugna l'idea – già avanzata dalla dottrina germanica – di una personalità giuridica dello Stato come trascendente la sfera giuridica dei singoli cittadini;

b. la prolusione bolognese di Giuseppe Chiovenda su *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), è imperniata sull'idea – anch'essa di provenienza germanica – della natura pubblicistica del processo civile: quest'ultimo è concepito non più come mezzo a disposizione del privato per ottenere ragione, bensì come espressione di un obbligo dello Stato di assicurare il diritto dei singoli (*Justizgewährungspflicht*);

c. la prolusione sassarese di Arturo Rocco su *Il problema e il metodo della scienza nel diritto penale* (1910) sarà infine il manifesto dello specialismo scientifico disciplinare che influenzerà per alcuni decenni le dottrine penalistiche in Italia.

Un importante tratto comune caratterizza questi tre documenti: alla forte affermazione di centralità dello Stato si associa la scelta di un metodo tecnico-giuridico, che si pretende neutrale. Occorre rifuggire tanto le fumisterie filosofiche quanto la piatta esegesi. Le dottrine privatistiche forniscono figure e categorie concettuali suscettibili di adattarsi anche allo studio delle discipline pubblicistiche. Tutti e tre gli autori guardano a quella parte della dottrina tedesca, detta *pandettistica*, che, nella seconda metà dell'Ottocento, era riuscita a imporsi in Germania pressoché in tutti i gli ambiti del diritto positivo. La realtà statale viene antropomorfizzata. Lo Stato è concepito alla stregua di una *persona* (in opposizione allo Stato-comunità): una persona sovrana, incommensurabile con la per-

sona fisica, ma che, al pari dell'individuo, ha una sua capacità di agire, di stringere rapporti giuridici, di esercitare diritti, potestà, e, in generale, di essere centro d'imputazione di situazioni giuridiche.

Dietro alla questione di metodo si intravede un problema politico contingente: lo Stato italiano – unificato da pochi anni – aveva bisogno anche delle dottrine giuridiche per rafforzarsi e guadagnare una propria identità. Se i giuristi dell'Italia unitaria prendevano ad esempio la Francia e le dottrine francesi come ordinamento cui ispirarsi, quelli dei decenni successivi cominciano a guardare con più interesse alla Germania, in quel tempo alle prese con un processo di unificazione non dissimile da quello che stava impegnando la politica italiana. Credo che anche per questo le dottrine germaniche – in quel torno di tempo – si siano rivelate più utili di quelle francesi ad affrontare i problemi della neonata realtà nazionale italiana. Sta di fatto che – all'inizio del secolo scorso – pressoché tutte le discipline giuridiche italiane (non escluse quelle privatistiche) erano state, per così dire, conquistate dalla pandettistica tedesca⁶.

Sembrano rilievi lontani e stravaganti. In realtà aiutano a mettere in luce la relazione che lega il tema della metodologia giuridica con le forme della sovranità politica, della quale il diritto e la procedura penale costituiscono – si può dire – le espressioni più dirette.

Il metodo tecnico-giuridico ha dominato a lungo la dottrina e la manualistica processualpenalistica.

Suoi caratteri essenziali sono:

– una rigorosa definizione dell'ambito disciplinare della materia, intesa in senso squisitamente normativo (il *diritto processuale penale*) rispetto agli ambiti disciplinari contigui o adiacenti (il *diritto penale*; il *diritto costituzionale*; il *diritto internazionale* etc.);

– l'elaborazione (o l'adattamento) di concetti giuridici essenziali per analizzare il processo penale da intendere esclusivamente come fenomeno giuridico; a ciò è correlato lo sviluppo di un lessico specialistico composto di termini tecnici atti a designare quei concetti con la dovuta precisione: nel vocabolario del processualista che professa questo metodo ricorrono spesso ad esempio espressioni quali *presupposti processuali*, *condizioni dell'azione*, *rapporto giuridico processuale*;

– la costruzione di un sistema (essenzialmente auto-referenziale) retto da principi dottrinali capaci di dar coerenza all'insieme di concetti giuridici che compongono il diritto processuale penale. Il metodo si ripromette di assicurare all'interprete quella visione sistematica del fenomeno regolato (in questo caso il

⁶ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, 2000, in particolare alle p. 71 ss.

processo penale) che dovrebbe consentir di colmare le lacune legislative, rispettando così lo spirito della legge statutale.

Il formalista non ambisce a scardinare l'ordine creato dal legislatore. Coltiva la neutralità come un valore e accetta come indiscussa l'autorità statale che pone le norme.

Non interessano i condizionamenti extralegali, percepiti come elementi di confusione di una analisi giuridica che si pretende pura, libera da incrostazioni extragiuridiche. Speculazioni filosofiche o sociologiche sono bandite come fattori di confusione. Al più possono servire al giurista come "ausiliarie": per confermare o sottolineare soluzioni già raggiunte con un ragionamento squisitamente giuridico. È assente un pensiero autenticamente critico, con riferimenti politico-culturali.

Il metodo tecnico-giuridico perdura fino agli anni Cinquanta/Sessanta del secolo scorso, sopravvivendo di qualche anno all'esperienza fascista. Anzi, dopo la caduta del fascismo, la dottrina penalistica ne tesserà le lodi, ravvisando nella sua asserita "neutralità" una ragione per "salvare" anche le norme penali e processuali volute dal regime autoritario (si vedano le prese di posizione di giuristi quali Piero Calamandrei, Giovanni Leone, Remo Pannain, Giuseppe Sabatini, Alfredo De Marsico, tutti favorevoli al mantenimento dei codici penali del 1930, proprio perché frutto di una cultura giuridica tecnica, non contaminata dalla politica⁷).

Negli anni Cinquanta del secolo scorso la ricerca e la produzione scientifica guardano ancora con fiducia al metodo tecnico-giuridico. Basti dire che la monografia di G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali* (1954), comunemente considerata una sorta di atto fondativo del diritto processuale penale italiano, non si discosta in nulla da quel metodo. E lo stesso vale per i trattati e manuali dell'epoca. Il *Trattato di diritto processuale italiano* di Vincenzo Manzini, più volte ristampato e ancora molto in auge negli anni '50, era – si può dire – un esempio perfettamente riuscito di applicazione del metodo tecnico-giuridico. Analogo rilievo vale per il *Manuale di diritto processuale* di Giovanni Leone sul quale si è formata la maggior parte di coloro che si sono laureati in Italia negli anni '50 e '60.

Occorrerà attendere qualche anno per veder spuntare, sul terreno delle dottrine processualistiche, gli effetti della svolta propiziata dall'entrata in vigore della costituzione repubblicana e del conseguente mutamento dell'idea di sovranità statale. Lo scarto temporale si spiega verosimilmente con il fatto che – anche sul

⁷ Per maggiori dettagli bibliografici su questo punto si rinvia alle informazioni contenute nel precedente studio *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. NEGRI e M. PIFFERI, Giuffrè, Milano 2011, p. 60-61.

piano indirizzi giuridici e giurisprudenziali – vige una sorta di principio di inerzia che si oppone al cambiamento⁸.

3. *Lo Stato demo-costituzionale: approcci critici e aspirazioni di riforma*

Verso la fine degli anni Quaranta del XX secolo, con il varo della Costituzione repubblicana e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sono poste le premesse politiche per un superamento dell'approccio tecnico-giuridico. La maturazione dottrinale di concetti giuridici adeguati alla nuova realtà normativa seguirà di qualche anno l'affermarsi del nuovo clima politico.

In questo sono antesignani i cultori del diritto processuale civile. Possono essere qui citati l'ultimo CALAMANDREI, quello dei saggi raccolti nel volume *Processo e democrazia* (1954); il suo allievo, MAURO CAPPELLETTI con scritti pionieristici sui rapporti fra processo civile e costituzione⁹ che rivelano un'acuta attenzione agli sfondi ideologici delle dottrine formali del diritto processuale¹⁰; e ancora VITTORIO DENTI, autore apertissimo alla riflessione sociologica e alla comparazione, con spiccata sensibilità per le interferenze fra problemi tecnico-processuali e questioni sociali¹¹.

Con qualche ritardo, anche i cultori della procedura penale avvertono l'esigenza di affrancarsi dall'approccio formalistico del tecnicismo giuridico, che non ammetteva "critiche ideologiche" al modello processuale vigente.

Sarà poi la generazione di processualisti degli anni Sessanta e Settanta a denunciare provocatoriamente il carattere "ideologico" del diritto processuale vigente, muovendo da opzioni politico-culturali di tipo progressista e/o da richiami ai valori della costituzione repubblicana.

⁸ Ciò è evidente nell'evoluzione giurisprudenziale, inevitabilmente legata alle opinioni dei giudici di legittimità, solitamente i più anziani e, quindi, formati su testi e manuali risalenti alla loro esperienza universitaria. Ad esempio, durante il ventennio fascista, la magistratura di legittimità era largamente composta da giudici educati nel clima dell'Italia liberale: il che spiega talune prese di posizione garantiste negli anni Trenta del secolo scorso (sul tipo di quella sfociata nella creazione giurisprudenziale dell'"atto inesistente", come reazione alla scelta legislativa di abolire le nullità assolute); per contro, negli anni '50 e '60, una magistratura di legittimità pressochè interamente composta da giudici cresciuti in epoca fascista, faticherà a prendere atto del nuovo corso impresso alla vita del diritto dalla costituzione repubblicana del 1948. Analoghi rilievi – come si dirà oltre nel testo – vanno fatti con riguardo all'evoluzione del pensiero dottrinale.

⁹ *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1957.

¹⁰ *Processo e ideologie*, Mulino, Bologna 1969.

¹¹ Si vedano, ad es., i saggi raccolti in *Processo civile e giustizia sociale*, Ed. Comunità, Milano 1971.

Gli autori più innovativi di questo periodo scoprono il potenziale teorico di correnti filosofiche straniere (soprattutto anglo-americane) che il fascismo aveva emarginato: in particolare, la filosofia analitica fornisce strumenti concettuali nuovi ed efficaci per rileggere in maniera critica anche gli istituti del diritto processuale. Il carattere “liberatorio” del nuovo approccio sta nella possibilità incoraggiata dal desiderio dell’autore-ricercatore di affrancarsi dalla presunta e ingannevole univocità dei testi legislativi: ogni linguaggio, incluso quello normativo, è pieno di insidie e ambiguità che vanno sapientemente smascherate e denunciate. Inoltre, ogni testo va calato in un contesto politico e sociale che è compito del giurista ricostruire. Se il tecno-giurista analizzava la norma di legge con una rassegnata e servizievole subalternità alla volontà del legislatore, il giurista-filosofo è invece consapevole del significato politico insito in ogni opzione interpretativa. La pretesa neutralità del tecnicismo altro non sarebbe che illusione o, peggio, inganno per mascherare il volto ideologico degli istituti giuridici, delle norme che li regolano e delle relative interpretazioni.

Di grande importanza (anche per i cultori della procedura penale) si rivelano gli studi di alcuni filosofi del diritto che arricchiscono le biblioteche anche dei processualisti. Meritano di essere ricordati UBERTO SCARPELLI con le sue riflessioni sul metodo¹², sull’educazione del giurista e i suoi studi sulla filosofia del linguaggio, che apriranno la strada a interessanti approfondimenti sui temi della prova e dell’attività decisoria del giudice; LUIGI LOMBARDI VALLAURI, con i suoi studi sul diritto giurisprudenziale, la sua acuta critica alla completezza della legge, la sua idea di “*giurista militante*”, chiamato a farsi “*filosofo e sociologo se vuole che la sua irrefutabile libertà nel formulare il diritto sia munita delle ispirazioni e dei controlli proveniente da una riflessione critica sui valori e da un’analisi scientifica dei fatti*”¹³; ALESSANDRO GIULIANI, con la sua revisione del concetto di prova, che rilancia la tradizione argomentativo-retorica ciceroniana, in una prospettiva di riforma in senso democratico degli istituti processuali¹⁴; GIOVANNI TARELLO, con i suoi studi sulla storiografia giuridica, sul realismo giuridico americano e sui rapporti fra politica e diritto.

Insomma, negli anni Sessanta del secolo scorso il clima culturale che si respira è ricchissimo di fermenti “anticonvenzionali” e critici rispetto all’ordine costituito. Per limitarsi al campo degli studi penalistici e processualistici si può dire che ora sono poste le premesse anche teoriche per un progressivo abbandono del

¹² *Il metodo giuridico*, in *Riv. dir. proc.* 1971, p. 553-574.

¹³ *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè 1967.

¹⁴ Di questo autore merita qui segnalare soprattutto la monografia dal titolo *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano 1961; un’opera che ha avuto un forte influsso sulla generazione di processualisti affacciatisi alla ricerca negli anni Sessanta.

tecnicismo giuridico, sempre più percepito come stretta camicia di forza che blocca la libertà di pensiero e di progettazione del giurista.

Guardando, in particolare, all'evoluzione delle dottrine processuali penali di questo periodo, si nota che le tendenze antiformalistiche si sviluppano lungo due linee diverse.

Un primo tipo di critica muove dall'inadeguatezza del modello processuale vigente considerato in contrasto con asseriti "principi naturali del processo".

È questo, ad esempio, il punto dal quale FRANCO CORDERO – verso l'inizio degli anni Sessanta – scaglia le sue critiche alla procedura penale allora vigente. Il metodo di Cordero, sicuramente influenzato dalla filosofia analitica e arricchito da un eruditissimo approccio storico-comparatistico, rivela – a mio avviso – una certa qual affinità con il pensiero strutturalista: il processo penale è analizzato come fenomeno politico-culturale, dove la presenza di elementi variabili nel tempo si combina con strutture fisse, inalterate e inalterabili che ne debbono costituire la struttura caratterizzante. Il modello vigente è analizzato alla luce degli (e in contrapposizione con gli) elementi che lo dovrebbero contrassegnare. Non ci si adagia sul modello legale storicamente dato. Si fa leva su un modello ideale per criticare il modello presente.

Esemplari, al riguardo, le parole scelte da Cordero, nella prima edizione del suo manuale (1966), per descrivere nella sua essenzialità il processo penale: «*Un dialogo che ha per posta la pena tende ad assumere la forma naturale del contraddittorio: se la contraddizione non ci fosse bisognerebbe procurarla artificialmente. La dottrina degli status causae, elaborata dai retori greci e romani, si svolge fra i poli dell'accusatio e della defensio e il medesimo motivo ricorre nella teoria medievale delle positiones. (dove – detto per inciso – appare evidente l'influenza degli studi di Alessandro Giuliani). E subito sotto prosegue: «Nella vicenda dei tempi sono mutate le forme, ma sopravvive il senso della contesa. Quarant'anni or sono, James Goldschmidt ha chiuso l'era dei grandi processualisti tedeschi, interpretando in questa chiave l'intera fenomenologia del processo. Quando la carica agonistica si affievolisce e la figura delle parti declina nell'ombra e la scena si riempie della presenza schiacciante del giudice, nelle cui mani l'imputato diventa un oggetto, la pratica dei giudizi degenera fatalmente. Non c'è strumento peggiore del monologo di Torquemada. A screditare il processo inquisitorio è sufficiente rilevare come sia un mezzo contro natura»¹⁵.*

Come si vede, l'approccio formalistico, tecnico-giuridico, viene qui superato in nome di un'opzione politico-culturale, a sua volta agganciata a una rocciosa "natura delle cose". Facendo leva sulla nozione politico-sociologica di "contesa",

¹⁵ Il brano è riportato con identica formulazione in *Procedura penale*, Giuffrè, Milano 1979, IV ed., p. 5.

ci si procura un punto di appoggio dal quale criticare *ab externo* il modello di processo vigente. Merita di essere sottolineato, a questo riguardo, il richiamo all'opera di GOLDSCHMIDT (*Prozess als Rechtslage*, 1925), propugnatore di una concezione realistica, aperta alle suggestioni extranormative provenienti dalle scienze sociali e, al contempo, quadratamente tecnica del processo: una visione informata al valore politico del liberalismo democratico, maturata nel confuso periodo weimariano di crisi della legalità statuale, quando le aperture al contraddittorio e il correlato coinvolgimento del cittadino-parte nella elaborazione della decisione giudiziaria (vista come creazione della norma del caso concreto) sembrava il possibile argine contro quelle derive autoritarie dell'esecutivo che il crepuscolo delle leggi (*Gesetzesdämmerung*) lasciava intuire e che la Germania avrebbe tragicamente sperimentato di lì a poco.

Un atteggiamento critico affine a quello di CORDERO è rintracciabile in altri autori: penso in particolare al tardo FRANCESCO CARNELUTTI dei *Principi*¹⁶ e all'innovativa monografia del suo allievo GIUSEPPE DE LUCA, dove – sempre sulla base di opzioni di realistica opportunità – si aggredisce per la prima volta il mito del giudicato penale¹⁷, nel quale si rifletteva simbolicamente il principio di unità della giurisdizione e, con esso, l'assolutismo dello Stato quale unico dispensatore di norme. E penso anche a MICHELE MASSA, autore quasi dimenticato, capace di sottoporre a serrata critica l'ordinamento processuale vigente da posizioni "ideali": il suo *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado* (Giuffrè 1964) si chiude con un capitolo (il 5°) dedicato all'esposizione dei principi naturali del giudizio penale, con un'espressiva quanto efficace scelta stilistica che inverte il tradizionale ordine espositivo.

Un secondo approccio caratterizza la nuova leva di processualisti che operano nello scorcio finale degli anni Sessanta e nel decennio successivo.

Possiamo chiamarla "svolta costituzionalistica". Il modello processuale vigente è criticato alla luce di principi non più naturali, ma giuridici. Nei principi fissati in testi sovralegali quali la Costituzione e la Convenzione europea dei diritti umani si coglie una sorta di giuridicizzazione del diritto naturale, quanto meno con riguardo ai diritti inviolabili della persona.

Un episodio può esser considerato emblematico di questo passaggio per la nostra disciplina. Alludo all'intervento che GIOVANNI CONSO (allora il più autorevole processualpenalista in circolazione) svolge nel maggio 1968 al Convegno di Pavia organizzato dall'Associazione fra gli studiosi del processo civile. Il tema che gli è assegnato è *La natura giuridica delle norme sulle prove penali*¹⁸. Conso lo af-

¹⁶ *Principi del processo penale*, Morano, Napoli 1960.

¹⁷ *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, Milano 1962.

¹⁸ *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.* 1970, 18 ss.

fronta abbandonando l'atteggiamento tecnico-giuridico al quale si era affidato negli studi precedenti in favore di una visione che oggi diremmo costituzionalmente orientata. Oggetto specifico del suo intervento era la controversa questione riguardante il valore probatorio da assegnare agli atti di istruzione sommaria, dopo che la Corte costituzionale (sent. 52/1965) aveva dichiarato illegittima la relativa disciplina per contrasto con l'art. 24 comma 2 cost. Le sezioni unite della Corte di cassazione (sent. Tarantini) si erano espresse in favore dell'utilizzabilità degli atti istruttori già compiuti, in forza del principio *tempus regit actum*, reso qui applicabile sulla base della formalistica distinzione fra norme processuali (fra le quali rientrerebbero quelle sulle prove) e norme sostanziali (sempre orientate al *favor rei*). Conso critica la soluzione formalistica offerta dalle sezioni unite: muovendo dall'art. 24 comma 2 cost. sostiene che le norme di garanzia (ancorché di natura processuale), in quanto più favorevoli all'imputato, vanno applicate retroattivamente, alla stessa maniera delle norme penali sostanziali; non possono essere assoggettate al regime intertemporale valido, in linea generale, per le altre norme processuali.

In un breve intervento nell'ambito di quello stesso convegno Mauro Cappelletti considererà la presa di posizione di Giovanni Conso "un vero e proprio avvenimento metodologico nella dottrina processualistica del nostro Paese"¹⁹.

La nuova leva dei processualisti che si affaccia all'insegnamento in quel periodo ha ormai via libera per proseguire l'opera di critica del diritto processuale vigente dal punto di vista dei principi sovralegali, proponendo studi destinati a influire sia sulle prospettive teoriche della ricerca, sia sul terreno pratico del discusso e tortuoso percorso di riforma del codice di procedura penale.

Già nella seconda metà degli anni Sessanta, appaiono gli studi di MARIO CHIAVARIO sulla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*²⁰. Seguono, negli anni Settanta, studi di notevole originalità, spesso dedicati a istituti classici riguardati però e riletti in chiave critica: quelli di ENNIO AMODIO in tema di formazione della prova, di logica del decidere e di partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia²¹; quelli di VITTORIO GREVI sul diritto al silenzio²² e sulla libertà personale²³; quelli di MASSIMO NOBILI sulla valutazione giudi-

¹⁹ La «natura» giuridica delle norme sulle prove, in *Riv. dir. proc.* 1970, 92.

²⁰ La *Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969.

²¹ L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria (a proposito di un recente contributo dottrinale), in *Riv. dir. proc.*, 1970; *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 310 ss.; *Motivazione della sentenza penale*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè 1977.

²² *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano 1972, Giuffrè.

²³ *Libertà personale dell'imputato*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano 1974.

ziale della prova²⁴ e sulla rilettura delle regole processuali alla luce della disciplina costituzionale del processo²⁵; quelli di GIULIO ILLUMINATI, sulla presunzione di innocenza²⁶; e, ancora, di PAOLO FERRUA sul principio di oralità²⁷. Comune a tutti questi autori (e ad altri che scrivono in quel periodo) è la critica del modello processuale vigente, sulla scorta di valori sovralegali che ne impongono la revisione. Siamo, del resto, nel periodo in cui la riforma processuale è percepita come possibile e imminente, anche grazie ai numerosi interventi della Corte costituzionale.

Nell'esperienza italiana, la "svolta costituzionalistica", mantiene – sul piano del metodo – alcuni tratti dell'esperienza tecnico-giuridica, in quanto tende ad esaurire sul piano puramente giuridico l'esame delle questioni processuali. Ma si discosta, al contempo, da quella esperienza, per il taglio critico e propositivo (in termini di superamento del modello attuale) facilmente riscontrabile in tutti gli autori appena ricordati. L'approccio storico-comparatistico è valorizzato per criticare il presente e immaginare modelli ideali di giustizia penale, in linea del resto con lo spirito politicamente *engagé* che i migliori giuristi dell'epoca non disdegnavano di manifestare, in aperto e quasi ostentato contrasto con la pretesa neutralità del tecnicismo giuridico.

Una variante (si potrebbe dire un completamento) dell'approccio critico appena considerato è riscontrabile in alcuni studiosi che propongono un'analisi realistica del fenomeno processuale, facendo ricorso alle scienze extranormative (in particolare alla sociologia del diritto e alla criminologia): ciò al fine sia di evidenziare le tare del modello processuale vigente, sia di superare la visione "angusta" di chi vede nel processo penale un accadimento esclusivamente giuridico (pur nel quadro dei principi sovralegali fissati in Costituzione e in Convenzioni o Patti internazionali).

Già alcuni autorevoli cultori del diritto processuale civile (penso in particolare ai già citati MAURO CAPPELLETTI e VITTORIO DENTI), avevano sottolineato l'importanza dell'osservazione sociologica nell'analisi di un fenomeno variegato e complesso come il processo giudiziario.

In campo penale, si può ricordare il nome di MASSIMO NOBILI, al quale va riconosciuto il merito di aver quanto meno tentato di arricchire lo studio della procedura penale con aperture alle scienze extra-normative e, segnatamente, alla sociologia. In un corposo articolo dal sapore programmatico apparso su *La Questione criminale*²⁸, Nobili sostiene la necessità di guardare al processo penale tenendo conto sia dei condizionamenti pratici che, di fatto, premono sui compor-

²⁴ *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano 1974.

²⁵ *La disciplina costituzionale del processo*, tip. Lorenzini, Bologna 1976.

²⁶ *La presunzione d'innocenza*, Zanichelli, Bologna 1979.

²⁷ *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano 1981.

²⁸ *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia: significato politico di una vecchia polemica*, in *Quest. crim.* 1977, 51-91

tamenti delle parti e del giudice, sia delle molteplici conseguenze sociali (verso terzi) che ne accompagnano lo svolgimento. Finché resta rinchiuso nella stanza delle categorie giuridiche, lo sguardo del processualista vede solo uno spicchio della realtà che sarebbe tenuto a indagare; non riesce a cogliere il lato più vitale dell'esperienza processuale, vale a dire il concreto operare dei protagonisti della vicenda giudiziaria (giudice, pubblico ministero, polizia, parti). Sfuggono inoltre alla sua attenzione le gravi distorsioni che spesso la vicenda è destinata a subire, ad esempio, per effetto della rappresentazioni che ne danno i *mass media*. Verrebbe conseguentemente considerato come singolarità non meritevole di critica l'uso anomalo e pretestuoso (per finalità politiche se non di puro protagonismo individuale) di istituti processuali quali, ad esempio, la comunicazione giudiziaria (come allora si chiamava) o le misure cautelari, spesso amplificati e falsati nei loro effetti da sapienti e interessate campagne di stampa.

L'invito non ha avuto molti seguaci. Quanto meno non fra i processualpenalisti del periodo qui considerato. Una delle rare eccezioni è forse rappresentata da alcuni dei saggi raccolti nel volume – curata da Ennio Amodio – sulla partecipazione popolare nei giudizi penali²⁹. Si trattava di una sfida non facile da raccogliere per la comprensibile (ancorché non giustificata) diffidenza o, addirittura, indifferenza che molti colleghi nutrono nei confronti delle scienze sociologiche.

Non sono mancate peraltro ricerche quantitative (riguardanti anche il processo penale) come quelle curate dall'*Istituto di ricerca sui sistemi giudiziari* fondato da GIUSEPPE DI FEDERICO, di DAVID NELKEN sui rapporti fra processo penale e informazione³⁰ e sulla ragionevole durata del processo³¹, di CLAUDIO SARZOTTI sull'organizzazione delle Procure della repubblica. Si ha però l'impressione che questa produzione (assai copiosa e, in taluni casi, di notevolissimo interesse per la ricerca anche giuridica) non sia stata finora oggetto di grande attenzione da parte dei giuristi e, in particolare, da parte dei cultori del diritto processuale penale. Credo che la ragione stia nella diversità di linguaggi, di semantiche concettuali, di approcci metodologici che ancora dividono i giuristi dai sociologi, dagli scienziati della politica e, più in generale, dagli specialisti di discipline extranormative.

Lo sguardo sui fatti e sul reale andamento della giustizia penale non sono stati decisivi per superare definitivamente le anguste prospettive e talune idiosincrasie

²⁹ *I giudici senza Toga. Esperienze e prospettive della partecipazione popolare ai giudizi penali*, Giuffrè 1979: si veda in particolare il contributo di M. Cacciani su *Funzionamento e rappresentanza della giuria nelle indagini di sociologia giuridica*, *ivi*, p. 187-229.

³⁰ D. NELKEN e M. MANERI, *Un'indagine sociologica*, in *Processo penale e informazione. Proposte di riforma e materiali di studio*, a cura di G. GIOSTRA, ed. Università degli studi di Macerata 2000, p. 213 ss.

³¹ D. NELKEN e M.L. ZANIER, *Tra norme e prassi: durata del processo penale e strategie degli operatori del diritto*, in *Sociologia del diritto* 2006, p. 143 ss.

proprie del tecnicismo giuridico. L'approccio critico al formalismo ha trovato espressione in atteggiamenti "visionari", rinvigoriti dalle aspirazioni di riforme penali che trovavano ricco alimento nel clima politico-ideologico degli anni Sessanta e Settanta. Realizzata la riforma processuale del 1988, affievolitosi l'approccio per così dire "ideologico" ai problemi giuridici e col cambio di passo determinato dal processo di integrazione europea si verificherà un brusco calo di tensione in quell'approccio critico. Anche gli studi e le ricerche in campo penale ne risentiranno.

4. *Lo Stato integrato nella realtà sovranazionale*

Negli anni '90, con i Trattati di Maastricht e di Amsterdam (preceduti dal Trattato di Schengen – 1985 – e dalla correlata Convenzione attuativa del 1990), si entra gradualmente in una nuova fase caratterizzata dalla lenta ma progressiva perdita di sovranità dello Stato e dal conseguente moltiplicarsi delle fonti normative (Trattato di Lisbona; decisioni quadro; direttive; raccomandazioni del Consiglio d'Europa etc. valore cogente della Giurisprudenza delle Corti europee).

Trattandosi della fase che stiamo vivendo, riesce difficile – per eccesso di vicinanza – farne un esame lucido e spassionato. Qualche spunto di riflessione può tuttavia essere azzardato, con l'avvertenza che il rischio di forzature soggettive è qui più elevato che nei punti trattati in precedenza.

Un fenomeno comunemente considerato caratteristico del momento presente è la crescita d'importanza del "formante giurisprudenziale" e la molteplicità delle fonti normative, con conseguente, inevitabile perdita di rilievo del "formante legislativo". Il lavoro del ricercatore ne risente necessariamente. Metodi e oggetto della ricerca vanno aggiornati e adattati a una realtà (comunitaria e sovranazionale) che esige soluzioni "armonizzate" sia per agevolare la cooperazione giudiziaria e di polizia fra gli Stati UE, sia per assicurare standard minimi di garanzie sotto il segno della CEDU.

Credo pertanto che il ricercatore odierno sia avvantaggiato se possiede l'*habitus* mentale del comparatista, utile, a mio avviso, per cogliere con la dovuta elasticità i concetti di un nuovo *ius commune* europeo che le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo stanno contribuendo a formare e le istituzioni dell'Unione Europea condensandole in direttive vincolanti per gli Stati membri³².

³² Cominciano a circolare (anche in Italia) strumenti manualistici, di ottima fattura, ormai indispensabili per orientarsi in una materia nuova, ma destinata a costituire bagaglio essenziale per il processualista anche dedito allo studio del diritto nazionale: consigliabile, al riguardo, il *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R. E. Kostoris, Milano, Giuffrè 2014.

Chi è allenato alla comparazione, chi ha maturato nel tempo uno sguardo di-sancorato dal diritto vigente nella realtà statuale per così dire “elettiva”, sa cogliere con maggior precisione i fermenti di novità e i concetti fondamentali che via via emergono (in particolare nel continuo lavoro della giurisprudenza). Prendiamo, ad esempio, una categoria concettuale come quella evocata dal sintagma “principio di proporzionalità”, frequentemente utilizzata nella nostra giurisprudenza costituzionale a proposito dei limiti da rispettare nella compressione di diritti individuali funzionali all’esercizio della giurisdizione penale; un principio largamente utilizzato anche dalla Corte di Strasburgo, che, a sua volta, si è ispirata a una risalente giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. Chi di quel principio conosce la storia e la lenta elaborazione giurisprudenziale e dottrinale è certamente nella posizione ideale per farne un uso corretto e consapevole. È solo un esempio, estensibile a molte altre categorie concettuali che circolano nella prosa normativa europea di origine sia giurisprudenziale sia legislativa.

Dalle Corti europee viene poi un invito al realismo. Le difficoltà pratiche in cui si dibatte oggi la giustizia penale italiana non possono lasciare indifferente il ricercatore. Anche perché la Corte di Strasburgo volge la propria attenzione all’esercizio concreto del potere punitivo da parte dei singoli Stati contraenti più che ai principi fissati nelle loro leggi interne.

La proposta avanzata da Massimo Nobili nel lontano 1977 andrebbe rimeditata e attualizzata. Oltre al “diritto processuale penale”, inteso come complesso di norme che regolano il processo, va studiato anche il fenomeno processuale in quanto tale, con attenzione ai molteplici fattori extranormativi (politici, sociali, culturali) che lo condizionano.

Ciò estende in misura considerevole il raggio d’azione del ricercatore ed esige l’acquisizione di abilità nel campo della ricerca di base. È vero che, in assenza di dati affidabili risulta impossibile assolvere questo compito; ma la mancanza di dati affidabili non può essere una scusante o un pretesto per astenersi dal ragionare sui dati. Dev’essere anzi motivo per esigere – da parte di chi fa ricerca – che quei dati siano raccolti e resi facilmente disponibili. Dagli studiosi dovrebbero venire impulsi e sollecitazioni affinché il lavoro giudiziario sia organizzato in maniera che talune informazioni quali, ad esempio, quelle concernenti la scelta dei riti alternativi (magari distinti per tipologie di reato), quelle riguardanti la durata delle diverse fasi procedurali, quelle relative al tipo di sanzioni irrogate e alle modalità esecutive delle stesse, siano considerate materiale ordinario e indispensabile per ricerche sulla giustizia penale: ricerche che abbiano il pregio anche dell’utilità sociale. Le tecnologie informatiche possono rivelarsi preziose alleate per assicurare simili risultati.

5. Considerazioni conclusive

Credo che nessuna delle abilità predicate dagli approcci metodologici passati in rassegna vada abbandonata. Ciascun metodo (da quello tecnico-giuridico a quello per così dire integrato con le scienze extranormative) ha caratteristiche che meritano di essere salvaguardate e che debbono ispirare l'odierna e la futura attività di ricerca.

Il processualista contemporaneo ha davanti a sé un campo ampio e variegato da coltivare: da lui si esigono abilità esegetiche, meglio se arricchite dallo *habitus* mentale del comparatista; sensibilità all'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata; consapevolezza del carattere "politico" del processo (come ci ha insegnato FRANCO CORDERO sulle orme di JAMES GOLDSCHMIDT). Ma anche attenzione ai problemi pratici e alle questioni organizzative riguardanti la giustizia penale: ciò che richiede predisposizione al lavoro interdisciplinare e capacità di coltivare relazioni con esperti di altri settori disciplinari sia nell'ambito delle scienze giuridiche, sia nel campo delle scienze sociali e storico-filosofiche.

Riassumendo e tirando le fila di quanto fin qui osservato direi che il processualpenalista contemporaneo dovrebbe:

a) impegnarsi nel definire e ridefinire un quadro normativo in costante trasformazione, per la molteplicità e frammentarietà delle fonti oltre che per il crescente ruolo creativo della giurisprudenza (sia interna sia sovranazionale). Questo compito (di continua ricognizione normativa) non può essere disgiunto da uno sforzo interdisciplinare, di riflessione comune con i cultori di discipline contigue (dir. penale, dir. costituzionale, dir UE, dir. internazionale) volto a cogliere i movimenti di lungo periodo di evoluzione del sistema giuridico. La progressiva specializzazione della ricerca va compensata dalla creazione di *pool* interdisciplinari. Qui, l'approccio formalistico e "sistematico", vale a dire, l'uso e la formazione di categorie concettuali atte a cogliere i nessi nascosti del tessuto normativo regolante il fenomeno processuale, mantiene una sua indiscutibile utilità. L'interprete deve avere l'accortezza e la prudenza necessarie a ricomporre il quadro delle regole processuali stabilendo i rapporti di gerarchia fra le diverse fonti normative e individuando di conseguenza i principi fondamentali della disciplina. Molti istituti del diritto processuale penale attendono di essere rivisitati alla luce del nuovo quadro normativo che si va delineando a seguito dell'integrazione dello Stato nazionale in una comunità sovranazionale. I temi sono molteplici e vari: penso, ad esempio, al giudicato; alle invalidità processuali; alle impugnazioni; ma anche alla collocazione istituzionale del pubblico ministero; all'imparzialità del giudice; alla responsabilità civile e disciplinare del magistrato; e, ancora, all'opportuna rivisitazione dei diritti difensivi nel contesto di un modello processuale ispirato ai valori dell'oralità e del contraddittorio nella formazione della prova; alla necessaria

ridefinizione dei diritti fondamentali della persona, tenendo conto degli orientamenti giurisprudenziali elaborati dalle Corti europee. Lavoro ampio, come detto, che attende le nuove leve di studiosi.

b) Il processualpenalista dovrebbe inoltre assumere su di sé i problemi pratici di funzionamento del sistema penale. In questa direzione sono andati, del resto, gli ultimi convegni dell'associazione fra gli studiosi del processo. Conviene ripeterlo: oggetto di studio non dev'essere solo il diritto processuale, ma anche il processo come concreto fenomeno della vita associata. La ricerca di base è essenziale. Come detto, non può essere una scusante l'assenza di dati affidabili sul piano statistico. Per superare le attuali inadeguatezze sarebbe opportuno, a mio avviso, avviare contatti con l'ufficio statistico del ministero della Giustizia e con l'ISTAT, se non altro per segnalare un interesse scientifico e di ricerca che finora ha latitato. Alcuni dati sono peraltro già disponibili e parrebbero affidabili (specie per quanto concerne l'esecuzione penale).

La bontà delle soluzioni legislative e giurisprudenziali va saggiata alla stregua sia di argomenti sistematici (interni all'ordine o al sistema normativo), sia di considerazioni tratte da scienze extranormative (quali la sociologia, la storia del diritto o delle istituzioni). In certi settori dell'esperienza penalistica, ad esempio in quello della giustizia penale minorile, è ormai riconosciuto come indispensabile il ricorso a nozioni fornite dalla psicologia infantile, dalla pedagogia, dalle scienze della formazione. In altri settori, ad esempio quello della responsabilità penale delle persone giuridiche, si rivela essenziale il ricorso alle scienze economiche e aziendalistiche. I problemi di cattivo funzionamento della giustizia penale pongono sempre questioni anche di carattere organizzativo che possono essere compresi ed avviati a soluzione solo con l'ausilio di esperti in scienza dell'amministrazione e di ordinamento giudiziario.

I saperi extranormativi vanno usati non già come ausiliari o ancillari rispetto alle soluzioni normative date (nel senso auspicato dal tecnicismo-giuridico), bensì come elementi di un sapere integrato (giuridico ed extragiuridico).

La progressiva specializzazione delle discipline giuridiche ha acuito in misura crescente e, si può dire, parossistica, lo sguardo su singoli istituti o su frammenti di realtà giudiziaria e rischia di far perdere di vista l'insieme del fenomeno processuale. È pertanto consigliabile che, nel loro periodo formativo, i giovani ricercatori evitino la monotematicità.

Nessun cultore del diritto processuale penale, oggi, è in grado di controllare i molti saperi necessari a cogliere la complessità del fenomeno che stanno studiando. Il rimedio – come già accennato – sta nell'apertura interdisciplinare. Il lavoro di gruppo, già importante per assolvere i compiti per così dire speculativi indicati sub a), si rivela oggi indispensabile anche per affrontare i problemi pratici posti dall'attuale situazione di crisi della giustizia penale (*in primis* sovraffollamento

carcerario, durata abnorme dei processi, tensioni patologiche fra magistratura e avvocatura, rapporti fra giustizia penale e mondo dell'informazione, dialettica fra esigenze di sicurezza sociale e salvaguardia dei diritti individuali, tutela delle vittime etc.).

A tal fine è opportuno che soprattutto i giovani ricercatori trascorrono periodi di studio in centri di ricerca o Università europee, per familiarizzarsi con altre realtà sociali, con metodologie di lavoro, tematiche di ricerca, orientamenti giurisprudenziali e normativi differenti dai nostri. Si aggiunga che lo studio di altre realtà (normative e giurisprudenziali) non è più interesse del solo comparatista. Può risultare rilevante persino sul piano applicativo, per intendere con maggior consapevolezza il diritto interno, come dimostrano alcune decisioni della Corte di cassazione in tema di mandato d'arresto europeo³³.

Un impulso all'interdisciplinarietà e alla comparazione viene oggi dalle fonti di finanziamento (europeo) della ricerca. In quella sede sono premiati progetti di largo respiro, dalle intuibili finalità pratiche, su temi che interessano più stati membri UE; progetti capaci di coinvolgere studiosi di discipline anche extragiuridiche, per l'ovvia ragione che i problemi concreti posti dalla realtà vanno compresi in tutte le loro sfaccettature ed esigono risposte che nessuno "specialista" è in grado di fornire.

c) Di grande utilità sarebbe, infine, (sotto il profilo sia dell'evoluzione delle teorie processualistiche, sia della ricerca di base) l'apertura – ad opera di gruppi di studiosi – di "poli tematici" collegati con istituzioni o realtà in grado di segnalare i problemi pratici che la quotidianità giudiziaria sfora in continuazione. Penso principalmente al Massimario della Corte di cassazione, dal quale potrebbero venire utili spunti per indirizzare una ricerca orientata alla soluzione di problemi concreti, prima che la Corte li esamini. Penso altresì a possibili rapporti con talune autorità indipendenti (garante *privacy*, anticorruzione, CONSOB) a loro volta in grado di ispirare studi e ricerche su temi meritevoli di approfondimento. E penso altresì ad enti privati – quali, ad esempio, l'Unione delle camere penali, i centri antiviolenza – dai quali potrebbero venire altre segnalazioni e suggerimenti preziosi. Per quanto riguarda la realtà europea, sarebbe opportuno, ai fini qui considerati e nei limiti del consentito, stabilire contatti (di studio e ricerca) con istituzioni quali OLAF e EUROJUST.

³³ Particolarmente eloquente, al riguardo, Cass. sez. unite 30 gennaio 2007, Ramoci, in CED RV 235348, dove un problema di consegna dell'imputato all'autorità tedesca viene risolto alla stregua di un attento esame della normativa che la *Strafprozessordnung* detta in tema di durata della custodia cautelare.

MICHELE PAPA

“A CHI LEGGE”: L’INCIPIIT VISIONARIO DEI DELITTI E DELLE PENE ^(*)

«Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co’ riti longobardi, ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell’Europa ha tuttavia il nome di leggi; ed è cosa funesta quanto comune al dì d’oggi che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini. Queste leggi, che sono uno scolo de’ secoli i più barbari, sono esaminate in questo libro per quella parte che riguarda il sistema criminale, e i disordini di quelle si osa esporli a’ direttori della pubblica felicità con uno stile che allontana il volgo non illuminato ed impaziente».

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, “A chi legge” (edizione a cura di F. Venturi, Torino, 1978, 3)

SOMMARIO: 1. Un mirabile *début d’oeuvre*. – 2. La ghigliottina dimenticata. – 3. I criminalisti dell’*ancien régime* nello specchio preparato per “chi legge”. – 4. Attraverso lo specchio: il volto sempre crudele del diritto penale. – 5. L’attualità di Beccaria: una questione non scontata. – 6. Una ricetta buona per ogni tempo?. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Un mirabile début d’oeuvre*

Sono parole di straordinario realismo grafico quelle con cui inizia, a partire dall’edizione del 1776, *Dei delitti e delle pene*¹. Cesare Beccaria apre il sipario e

^(*) Testo della relazione al convegno «Attualità e storicità dei Delitti e delle pene», Verona, 23 e 24 novembre 2014.

¹ “A chi legge” compare solo a partire dalla V edizione del 1776. Si tratta di un’aggiunta motivata dal desiderio di replicare alle reazioni suscitate dall’uscita del volume; particolarmente livorosa era stata quella del monaco veneziano Ferdinando Facchinei (*Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, consultabile, nei passaggi più significativi, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, *Con una raccolta di lettere e documenti*, a cura di F. Venturi, Torino 1978, 164 ss.). Nelle nuove note introduttive redatte da Beccaria si sente forte il pensiero dei fratelli Pietro e Alessandro Verri, già espresso nella loro personale replica al Facchinei (*Risposta ad uni scritto che s’intitola Note ed osservazioni sul libro Dei delitti e delle pene*, ivi, 178 ss.). Anche rispetto all’aggiunta “A chi legge” si è dunque dubitato che la penna fosse quella di Cesare. Per approfondimenti sulla genesi

mette in scena il sistema penale dell'*ancien régime* in tutta la sua sanguinosa, arbitraria crudeltà. “Chi legge” passa rapidamente dal testo alla visione: davanti agli occhi scorre una rappresentazione drammatica, sapientemente creata con immagini, metafore, di forte fisicità: ”avanzi di leggi”, “frammischiate”, “involve” “far-raginosi volumi”, “tormento”, “tremando”, “scolo de secoli i più barbari”²; addirittura iconografica è la visione di Prospero Farinacci – possiamo figurarcelo nelle carceri papaline di Tor di Nona – che guida, con “iraconda compiacenza”, la tortura degli inquisitori³.

L'*incipit* è giustamente celebre; e benché l'immediato seguito del discorso di Beccaria possa deludere, sviluppandosi in quella che – a distanza – può apparire una poco coraggiosa *excusatio* da sospetti di eresia e sovversione, l'iconismo di quelle parole iniziali ha scolpito la memoria e il senso comune dei penalisti, segnando la condanna lapidaria e irrevocabile di un mondo, quello appunto del diritto penale preilluministico⁴. Una condanna che spesso non si limita al periodo dell'*ancien régime*, ma unisce, nel buio della barbarie, tutto ciò che venne prima la c.d. svolta dei Lumi⁵.

dell'*incipit* e delle connesse pagine introduttive, v. *Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria, Dei delitti e delle pene*, a cura di Gianni Francioni, con *Le edizioni italiane del «Dei delitti e delle pene»* di Luigi Firpo, Milano, 1984, 301 s.; G. FRANCONI, *Notizia sul manoscritto della seconda redazione del Dei delitti e delle pene* (con una appendice di inediti di Pietro Verri relativi all'opera di Beccaria), in *Studi settecenteschi*, 1985-86, 7-8, 273 s.

² Queste brevi osservazioni riguardano la retorica di Beccaria. Per un'analisi linguistica propriamente condotta, v. G. CARTAGO, *La lingua “dei delitti e delle pene”*, in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa. Atti del Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita promosso dal Comune di Milano*, Bari, 1990, 138 ss.

³ Sulla controversa figura di Prospero Farinacci avremo modo di tornare brevemente. Per una accurata biografia, con allegati vari ed interessanti documenti, v. N. DEL RE, *Prospero Farinacci, Giureconsulto romano (1544-1618)*, Roma 1999.

⁴ A proposito di immagini che scolpiscono la memoria: la comparazione semiotica tra quelle prodotte dal linguaggio e quelle rappresentate dalle arti figurative è sempre di grandissimo interesse. Talora è proprio il realismo della parola scritta a sollecitare l'illustrazione pittorica: è interessante notare che il più significativo volume celebrativo del 250° anniversario della nascita di Beccaria presenta, nelle pagine iniziali e a beneficio di “chi legge”, una serie di tavole illustrative: esse riproducono disegni e quadri aventi ad oggetto tipiche icone di crudeltà riconducibili al diritto penale *ancien régime*. L'“*A chi legge*” del volume celebra il sviluppo delle suggestioni iconografiche di Beccaria passando dalle sue parole alla diretta rappresentazione visuale di quella barbarie. V. *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa, Atti del Convegno di studi per il 250° anniversario della nascita promosso dal Comune di Milano*, Bari, 1990, “*Illustrazioni*”, 25 ss.

⁵ A di là dei luoghi comuni, non mancano ovviamente, anche nella dottrina penalistica recente, analisi ponderate e documentate circa l'evoluzione del diritto penale prima di Beccaria, cfr. A. CADOPPI, *Storia del diritto penale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Parte generale*, I, Torino 2012, 7 ss., cui si rimanda anche per esaurienti riferimenti bibliografici.

La prosa realista, come si sa, è molto efficace nel rendere il discorso verosimile, credibile: per questo ha suscitato, nel corso dei secoli, una ciclica diffidenza, a partire dagli indirizzi di pensiero di matrice platonica che, è altrettanto noto, mettono in guardia dagli inganni dell'imitazione⁶. Ma a parte le riserve di carattere filosofico, ciò che qui preme ricordare è che il realismo non ha solo (anzi, non ha quasi mai) finalità informative⁷. Sia che rappresentino direttamente fatti, sia che diano un corpo alle metafore, le forme del mondo naturale possono essere efficacemente utilizzate, come è notissimo, per proiettare valori, opinioni morali, posizioni politiche; il realismo non serve solo per informare dunque, ma per argomentare, insegnare, convincere. Non è dunque solo veicolo di pensiero cognitivo, ma spesso di pensiero emotivo: esso vuol “spingere chi legge verso una scelta o una azione”⁸.

L'incipit di Beccaria mette in scena, magistralmente come si diceva, la sanguinaria fisionomia di un sistema criminale crudele e caotico, ma ne è chiaro l'intento argomentativo: l'iconografia realista di Beccaria *non è specchio del vero* ma, principalmente, *strumento espressivo dell'ingiusto*⁹.

Beccaria, insomma, vuol “spingere chi legge verso una scelta o un'azione”.

2. La ghigliottina dimenticata

Proprio una ventina di anni prima che Beccaria scrivesse la sua celebre opera, David Hume aveva notato:

⁶ La mimesi del reale insita in molte forme di rappresentazione artistica è, non a caso, vista come inganno e dunque con diffidenza sin dall'antichità greca; *in primis*, come è noto, nel pensiero di Socrate e Platone. Per chi fosse interessato, una buona sintesi storica sulla genesi e la funzione della mimesi del reale operata nella creazione letteraria e sulle critiche che nel tempo l'hanno accompagnata è offerto da: F. BERTONI, *Realismo e letteratura. Una storia possibile*, Torino, 2007, 37 ss. Mai dimenticare, ovviamente, la pietra miliare posta, in argomento, dall'opera magistrale di E. AUERBACH, *MIMESIS, Il realismo nella letteratura occidentale (1942-1945)*, edito in Italia da Einaudi, Torino, voll. I e II, 1972.

⁷ Tra le innumerevoli possibili citazioni, segnaliamo: K.L. WALTON, *Mimesis as Make-Believe. On the foundation of the representational arts*, Cambridge (Mass)-London, 1990.

⁸ Efficacissimo, nel descrivere la differenza tra il pensiero informativo e quello emotivo, S. BLACKBURN, *Essays in Quasi-Realism*, New York-Oxford, 1993, 3.

⁹ Non si ha certo intenzione di biasimare Beccaria per aver effettuato scelte stilistiche e di retorica efficaci (e peraltro ancora così diffuse). A parte ogni altra considerazione, basti ricordare che Beccaria scrive quando neppure la letteratura aveva ancora sviluppato la poetica – che sarà Ottocentesca – della narrazione realista. Si fosse chiesto a lui cosa voleva dire il termine “realismo”, avrebbe probabilmente risposto richiamando la disputa filosofica sugli “universalisti”, disputa che opponeva i “realisti”, cioè coloro che ritenevano esistente un rapporto “reale” tra i nomi e gli oggetti denominati e i “nominalisti”, cioè coloro che aderivano, piuttosto, ad una visione convenzionalistica, del linguaggio. Siamo dunque lontani dalla piena consapevolezza circa la funzione che una rappresentazione letteraria “visionaria” può avere, proprio perché animata da fini ideologici, nella disputa sui valori morali e politici.

«In ogni sistema morale in cui finora mi sono imbattuto, ho sempre trovato che l'autore va avanti per un po' ragionando nel modo più consueto, e afferma l'esistenza di un Dio, o fa delle osservazioni sulle cose umane; poi tutto a un tratto scopro con sorpresa che al posto delle abituali copule è o non è incontro solo proposizioni che sono collegate con un *deve* o un *non deve*; si tratta di un cambiamento impercettibile, ma che ha, tuttavia, la più grande importanza. Infatti, dato che questi *deve*, o *non deve*, esprimono una nuova relazione o una nuova affermazione, è necessario che siano osservati e spiegati; e che allo stesso tempo si dia una ragione per ciò che sembra del tutto inconcepibile ovvero che questa nuova relazione possa costituire una deduzione da altre relazioni da essa completamente differenti»¹⁰.

Hume stigmatizza la contaminazione tra essere e dover essere, tra fatti e valori, che affligge così spesso l'argomentazione. Secondo il filosofo scozzese, tale contaminazione inficia, da un lato, la corretta informazione sui fatti e, dall'altro la trasparenza della discussione sul dover essere, impedendo che dei valori si possa dialogare a viso aperto. Contro tale errore – o dolo – dell'argomentazione, detto della “fallacia naturalistica”, sarebbe opportuna, secondo Hume, una netta, leale, scissione metodologica tra la fedele descrizione di “ciò che è” e la chiara proposizione di “ciò che deve essere”. È quella che verrà detta “legge di Hume” o anche “ghigliottina di Hume”: una rivoluzionaria macchina ortopedica dell'argomentazione; una macchina che, per la crudeltà del destino, ha lavorato assai meno della ghigliottina sanguinaria di cui costituisce metafora.

La fallacia naturalistica, l'indebita contaminazione argomentativa tra descrizione dei fatti e proposizione di valori, è rimasta – anche oggi – caratteristica diffusa dell'argomentazione, anche di quella penalistica; spesso non si distingue il discorso su “ciò che è” da quello su “ciò che dovrebbe essere”; anzi: la diffusa abitudine a mescolare l'analisi dei fatti e la proposizione di valori da realizzare, la descrizione dell'essere e quella del dover essere, porta a sospettare di deviazione valoriale chi tenti semplicemente di separare i due piani di indagine.

Beccaria ammirava l'empirismo di Hume profondamente: “*la métaphysique profonde de M. Hume, la verité et la nouveauté de ses vues m'ont étonné, et éclairé mon esprit*”¹¹, ma non è forse la citata “ghigliottina” ciò che più lo interessò nel pensiero del filosofo scozzese¹². Come si diceva sopra, la prosa realista di Beccaria non è specchio del vero ma, principalmente, strumento espressivo dell'ingiusto.

¹⁰ D. HUME, *Opere filosofiche*, I: *Trattato sulla natura umana*, (1739), Bari, 2008, 496 s.

¹¹ C. BECCARIA, *Lettera a A. Morellet*, Milano 26 gennaio 1766, riprodotta in *Dei delitti e delle pene* (a cura di F. Venturi), Torino, Einaudi, 1973, 365

¹² In merito all'influenza di David Hume sull'Illuminismo italiano e su Beccaria in particolare, M. BALDI, *David Hume nel Settecento italiano, : filosofia ed economia*, Firenze, 1983, spec. 40 s., 165 s. Sulle premesse psicologiche e gnoseologiche del pensiero di Beccaria, G. ZARONE, *Etica e politica nell'utilitarismo di Cesare Beccaria*, Napoli, 1971, 15 ss.

3. *La criminalistica dell'ancien régime nello specchio preparato per “chi legge”*

Sulla scia di quanto rilevato, si può dunque innanzitutto sottolineare che il giudizio sul diritto penale preilluminista non può essere costretto nella semplificazione operata dall'espressionismo di Beccaria.

Sicuramente ingenerosa è la sua opinione sulla scienza criminale del Cinque-Sei-Settecento: una “inutile calunnia”, ha scritto Piero Fiorelli¹³; parole di “ingenerosa veemenza”, disse –pur nel contesto di una apologia commemorativa di Beccaria – Giacomo Delitala¹⁴. È infatti appena il caso di ricordare che sono proprio i criminalisti citati – assieme a altri, come Tiberio Deciani, risparmiati dall'invettiva di Beccaria – ad aver posto le basi della scienza penale moderna: “almeno per quanto riguarda la delimitazione tra lecito e illecito”, sottolineò sempre Delitala.

Il ruolo fondamentale svolto da quella scienza giuridica è incontestabile: si pensi alla grande influenza che essa ebbe, prima attraverso le varie *Practicae rerum criminalium* e poi grazie ad autori come Tiberio Deciani, nella costruzione delle fondamentali categorie dogmatiche del diritto penale moderno¹⁵, ma anche, molto concretamente, al suo decisivo influsso sulle prime “codificazioni” positive del diritto e della procedura penale (ad esempio, la *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532 ma anche nelle varie Ordinanze, Consolidazioni e Ricapitolazioni del diritto penale promulgate in Europa nel corso di quei secoli) e poi sulle stesse codificazioni propriamente dette.

È peraltro utile ricordare come nel mondo pre-illuministico non manchino, assai prima di Beccaria, personalità capaci di esprimere una straordinaria sensibilità per i profili umanitari della giustizia penale e per la mitezza dei castighi. Al frequente richiamo a Tommaso Moro¹⁶, possiamo aggiungere quello a Friedrich Von Spee, gesuita tedesco che scrive nella prima metà del Seicento¹⁷. Anche grazie a recenti, pregevoli, traduzioni della sua opera, un vasto pubblico può oggi leggere agevolmente le pagine di Von Spee, ove si trova una acuta e appassionata

¹³ P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria*, Milano, 1954, 249, nota 9.

¹⁴ G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria*, Torino, 1966, 122.

¹⁵ V per tutti, M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, vol. I, Milano 2009, spec. 13 ss., 18 ss., 225 ss.; v. anche M. PIFFERI, *Generalia delictorum, Il tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la “parte generale” di diritto penale*, Milano, 2006, spec. 93 ss., 355 ss.

¹⁶ V., ad esempio, I. MEREU, *La morte come pena*, cit., 65 ss., 108 s.

¹⁷ L'opera principale di Von Spee, uscita nel 1631 e più volte ripubblicata, è stata oggetto, a metà degli anni Ottanta del Novecento, di una nuova, ottima, traduzione italiana (di Mietta Timi) v. F. VON SPEE, *I processi contro le streghe* (*Cautio criminalis*), a cura di A. Foa, 1986, 2ª ed., Roma, 2004.

critica contro il livore oscurantista della caccia alle streghe e contro l'uso della tortura; pagine che anticipano di oltre un secolo gli argomenti di Beccaria¹⁸.

Ma torniamo a Farinaccio e agli altri "cinici" criminalisti dell'*ancien régime*. Quei giuristi, disprezzati da Beccaria e sempre ritenuti a lui "eticamente inferiori", erano forse privi di afflato umanitario, ma erano anche pienamente e sapientemente immersi nell'esperienza giuridica del loro tempo. Erano consapevoli della geografia reale, anche periferica, del sistema penale, delle innumerevoli variazioni concrete delle tipologie criminose, dello strettissimo rapporto tra la descrizione astratta dei reati e i modi attraverso cui gli stessi vengono provati in giudizio. Desiderosi di andare a tracciare, anche nei territori più remoti e per le evenienze più improbabili, come ricordava Delitala, "il confine tra il lecito e l'illecito".

Ma per chi ha davvero a cuore la legalità, molto, se non tutto, sta proprio qui: nel tracciare chiaramente "la delimitazione tra il lecito e l'illecito".

"Tracciare chiaramente" e, aggiungiamo, "efficacemente": in modo cioè che quel confine sia definito e difeso in modo vincente: non solo, dunque, con velleitarie proclamazioni o con le sole parole del diritto positivo, ma attraverso forme e strumenti realmente capaci di "mantenere fermo" il *limes* che separa il lecito dall'illecito: nell'esperienza giuridica concreta, nell'applicazione quotidiana del potere di punire.

Certo, il problema della legittimazione a tracciare il confine tra il lecito e l'illecito penale, il problema del fondamento del potere di criminalizzare questo o quel comportamento viene sentito in modo molto diverso nelle varie epoche storiche.

Oggi avvertiamo come ineliminabile la ricerca della necessaria legittimazione democratica del potere di punire. Ma è una idea dei nostri tempi; estranea a Farinaccio come lo era, in qualche misura, a Beccaria. Certamente Beccaria, a differenza dei criminalisti a lui antecedenti, ha ben ferma l'idea del contratto sociale, ha fede nel valore della volontà generale e dell'utile sociale: "...le sole leggi possono decretar le pene sui delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale"¹⁹. Ma, evidentemente, quando parla del legislatore, di colui che pone le leggi cui i giudici si devono supinamente adeguare, Beccaria non ha chiara l'idea della rappresentanza politica che si svilupperà nel Novecento. La legalità di Beccaria è sì vincola-

¹⁸ Anche quella della lingua è una barriera che ci separa dalla conoscenza diretta del pensiero pre-illuminista: è paradossale come sia molto agevole leggere i classici del mondo antico – tutti pubblicati in bella, e graficamente accessibile, traduzione italiana – mentre Claro, Deciani, Farinaccio e in generale tutti i giuristi del Cinque, Seicento e Settecento sono sempre confinati nell'originario testo latino; un testo che alla distanza linguistica somma spesso l'osticità dei caratteri originari di stampa, oggi accentuata dalla cattiva (distratta, sciatta) scannerizzazione anastatica delle copie fruibili *on-line*. Lo sottolineiamo, ovviamente, senza dimenticare la bellezza impagabile dei libri antichi e della lingua latina.

¹⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § III.

ta, anche nei contenuti, dal contrattualismo e dall'utilitarismo, ma rimane legata alla certezza dei comandi del sovrano: è infatti “il sovrano, che rappresenta la società medesima...”²⁰.

Quali che fossero le ambiguità, i vizi morali, e il cinismo dei giuristi dell'*ancien régime* biasimati da Beccaria, resta insomma la parzialità evidente del suo giudizio. Prospero Farinacci²¹, nelle carceri romane – sia Tor di Nona che Corte Savella – ci passò sicuramente: forse da carnefice²², come immagina Beccaria; certamente da detenuto, quando fu arrestato²³: difficile che in tali circostanze avesse voglia di pontificare sull'efficacia dei tormenti; difficile non avesse chiarissima, *verum ipsum factum*, la sofferenza umana generata dalla macchina inquisitoria.

Le parole che Beccaria rivolge “A chi legge”, insomma, non paiono affatto rappresentare realisticamente il diritto penale del suo tempo e quello precedente. Le immagini non sono quelle di una *web-cam*, di un periscopio, che riprende ciò che accade in un remoto scenario. La prospettiva non è “visuale”, ma piuttosto, “visionaria”; l'iconografia prodotta dal linguaggio di Beccaria è, come si diceva, generata per fini ideologici: essa non mira ad informare, ma a convincere. Essa vuol “spingere chi legge verso una scelta o una azione”.

Questa contaminazione “visionaria” tra rappresentazione del sistema penale e proposizione di un credo valoriale (fatto di principi, morale, politica, visione dei

²⁰ C. BECCARIA, *ibidem*

²¹ “*Homo nequissimus moribus sed doctrina eximia*”, così lapidariamente lo definì ROBERT-JOSEPH POITIER (*Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, V, Napoli, 1825, X, citato da N. DEL RE, *Prospero Farinacci, giureconsulto romano*, cit., 71 nota 2, Prospero Farinacci impersonò, nella sua vita, tutti i ruoli del teatro penalistico: insigne trattatista, Procuratore fiscale dello Stato pontificio, avvocato, nonché, imputato e detenuto. Sulla vita e le opere, v. N. DEL RE, *op.cit.*. V. anche con una colorita rassegna di epiteti negativi, F. CORDERO, *Criminalia, Nascita dei sistemi penali*, Bari, 1986, 339 ss.

²² Come segnalato nella nota precedente, Prospero Farinacci fu anche Procuratore fiscale dello Stato pontificio, dunque a capo, potremmo dire, della macchina accusatoria. Per i riferimenti alla sua condizione di inquisito, v. N. DEL RE, *op.cit.*,

²³ Come riferisce N. DEL RE (*op.cit.*, 14 ss.) Prospero Farinacci, che già aveva perso un occhio in una rissa, fu arrestato a Ponte Sisto alle due e mezza di notte del 29 ottobre 1584 per porto abusivo di arma proibita e tradotto nelle carceri di Corte Savella. Interrogato varie volte, fu poi tradotto nel carcere di Tor di Nona, dove fu rinchiuso nel settore delle segrete per ben cinque mesi. Fu scarcerato solo accidentalmente: dopo la morte del papa Gregorio XIII ebbe la possibilità di evadere in seguito alla “rottura” del carcere ad opera degli stessi detenuti, come accadeva tradizionalmente all'inizio di ogni sede pontificia vacante.

Nel 1595, Prospero Farinacci fu poi investito – ma questa volta senza essere arrestato – anche dell'accusa di sodomia omosessuale. Nel corso del processo contro un tal Bernardino Rocchi, arrestato per violenza sessuale ai danni di un bambino di tenera età, l'imputato raccontò di aver subito, a sua volta, atti di sodomia ad opera di Farinacci. Fu solo grazie alla interposizione di un cardinale che Farinacci riuscì a sottrarsi al processo e alla pena, ottenendo grazia dal papa Clemente VIII. Fu proprio in tale occasione che il pontefice avrebbe detto, giocando sul nome, “la farina è buona, ma assai sporco è il sacco che la contiene”; particolari e riferimenti in N. DEL RE, *op.cit.*, 23 ss.

rapporti civili) rappresenta – nel tanto che ha di bene e in un pochino che ha di “male” – un tratto della scienza penale il cui sviluppo e la cui persistenza dipendono – crediamo – anche da Beccaria.

4. Attraverso lo specchio: il volto sempre crudele del diritto penale

Quanto appena rilevato dà modo di passare a qualche breve considerazione sul tema umanitario, un altro tema proposto “A chi legge” con l’efficacia iconografica sottolineata. L’indignazione di fronte alla arbitraria violenza dell’*ancien régime* non può, ovviamente, che essere condivisa; il sistema penale di quei tempi grondava senza dubbio di sangue: il sangue dei corpi straziati, amputati, squartati, torturati²⁴. Questo volto sanguinario e crudele è innegabile; a Beccaria va il merito immenso di aver contribuito in modo determinante al suo superamento. Farinaccio, che pure aveva, come ricordato, sperimentato più volte il carcere da detenuto, non ebbe mai parole anche solo lontanamente paragonabili a quelle di Beccaria.

Ma, anche proposito del tema umanitario e dell’arbitrarietà del diritto penale, bisognerebbe forse distinguere meglio, nel comparare i sistemi penali dell’*ancien régime* e quelli successivi, la diagnostica dei fatti dalle premesse ideologiche che condizionano la nostra valutazione.

Non ci occupiamo di storia, ma, quanto ai fatti, è utile ricordare come l’impatto quantitativo della sanguinaria macchina inquisitoria sia stato, con riferimento ad esempio alla c.d. caccia alle streghe e alla persecuzione dell’eresia, recentemente, e senza *animus* reazionario, da più parti ridimensionato²⁵. D’altro canto, è addirittura un luogo comune constatare con quale efficienza i patiboli abbiano lavorato da Beccaria in avanti, a cominciare dalla poco successiva Rivoluzione francese. Patiboli operanti sia nelle forme delle esecuzioni capitali regolari e ufficiali, sia nel lavoro degli apparati extra-giudiziali, spesso collegati ai vari “stati di emergenza ed eccezione”, succedutisi nel corso dell’Ottocento, del Novecento, e ancora oggi. Tutto ciò anche all’interno di sistemi penali che si professavano e si professano totalmente devoti ai principi umanitari della svolta illuminista²⁶. Ma in fondo, lo stesso Beccaria aveva detto: “io non veggo alcuna necessità di distruggere un cittadino, se non quando la di lui morte fosse il vero e unico

²⁴ Tra le ricostruzioni storiche del diritto penale dell’*ancien régime*, v., da ultimo, A. CADOPPI, *Storia del diritto penale*, cit., 16 ss.

²⁵ V. ad esempio, A. DEL COL, *L’inquisizione in Italia*, Milano, 2006, spec. 193-211, cui si rimanda anche per ulteriori citazioni bibliografiche.

²⁶ Per tutti, I MEREU, *La morte come pena*, cit., 121 ss.

freno per distogliere gli altri dal commettere delitti...motivo per cui può crearsi giusta e necessaria la pena di morte”²⁷.

Non si può dimenticare, inoltre, la radicale demistificazione che dell'umanitarismo illuminista e di Beccaria in particolare, è stata operata a partire dall'opera di Michel Foucault²⁸. Come è noto, l'abolizione dei supplizi atroci, delle pene crudeli, della tortura, e la loro sostituzione con il lavoro forzato e il carcere, entrano, secondo Foucault, in un programma che mira alla “regolazione disciplinare” dei corpi, programma fortemente condizionato dalle nascenti esigenze di manodopera, micro-fisicamente educata, proprie della rivoluzione industriale che viene avviata in Europa a partire dalla metà del Settecento²⁹.

5. L'attualità di Beccaria: una questione non scontata

Ma cerchiamo di indirizzare più direttamente il nostro discorso verso i profili penalistici della questione. Non vi è difatti, in queste pagine, alcuna intenzione di sottoporre Beccaria ad un giudizio storico, cioè ad una valutazione della figura nel confronto con la realtà del tempo e con l'opera dei predecessori³⁰.

Come opportunamente si ricorda, l'opera di Beccaria segna la nascita del diritto penale secolare, razionalistico, garantistico e egualitario³¹. Che il progetto fosse buono, che gli strumenti fossero idonei, che, conseguentemente, sia stato effettivamente capace di realizzare quegli obiettivi poco importa: Beccaria la storia l'ha già giudicato e meritatamente coperto di gloria. Si tratta di un giudizio irrevocabile che è arduo mettere in discussione: a parte la difficoltà di riconsiderare premesse ideologiche ormai tabuizzate, occorrerebbero strumenti metodologici, competenze e un gusto revisionista che non ci appartengono.

Neppure, lo si è chiarito sopra, si vuole sostenere che la rappresentazione della giustizia penale *ancien régime*, da lui effettuata, sia frutto di totale mistificazione. Anche qui, nessun revisionismo è plausibile: la sanguinaria crudeltà, l'arbitrarietà, di quel mondo non l'ha certo inventata Beccaria. Poiché tuttavia il fine ideologico della sua descrizione è evidente, bisogna anche stare molto attenti a non farsi immobilizzare in una visione semplicistica, grottesca e demonizzante

²⁷ C. BECCARIA, op. cit., § XXVIII.

²⁸ Il riferimento è ovviamente alla sua opera, *Sorvegliare e punire. Nascita delle prigioni*, Torino, 1976, spec. 113 ss.

²⁹ B. HARCOURT, “*Dei delitti e delle pene*” di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno, in questa *Rivista*, 2013, 2014, 173 ss.

³⁰ V, da ultimo, M.N. MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in questa *Rivista*, 2013, 2014, 179 ss.

³¹ Efficacemente, F. GIUNTA, *Addio Beccaria?*, in *Giust. pen.*, 2014, 248 ss.

di quel mondo. L'esperienza dei sistemi penali antecedenti la svolta illuministica è complessa, affascinante: quei sistemi presentano evidenti aspetti di postmodernità. Certamente quell'esperienza non corrisponde, come propone una certa vulgata, ad un'era di plurisecolare terrore: come se, fino all'arrivo di Beccaria, il genere umano avesse vissuto in un enorme e duraturo campo di concentramento.

Ma lasciando da parte tutto ciò, che come dicevamo fa parte della valutazione storica, le nostre riflessioni si muovono nell'ottica più limitata del penalista, avendo come riferimento alcune categorie e modelli adottati da Beccaria per affrontare il problema penale e proporre, al suo interno, la realizzazione dei fondamentali valori di garanzia. Indipendentemente dalla valutazione di Beccaria come filosofo e giurista, come "letterato dei suoi tempi", possiamo affermare che la visione e le ricette del suo fortunatissimo libro possano ancora indicare il cammino ai penalisti d'oggi?

La domanda, molto diretta, pare legittima: chi non è storico del diritto può in fondo valutare con animo più esigente l'attualità di una celebrata figura del passato e della sua opera. Lo storico contestualizza, collocando personaggi ed idee nel loro tempo; il giurista del diritto vigente (meglio chiamarlo così che coll'attributo – riduzionistico – di cultore del diritto positivo), tributata la dovuta reverenza ai padri del passato, può porsi più immediatamente il problema della attualità di ciò che da loro è stato scritto, chiedendosi, ad esempio con riferimento a Beccaria, se gli schemi, le forme ordinanti, i principi, gli strumenti di garanzia proposti siano ancora utili per guidare, oggi, la comprensione e la progettazione del sistema penale.

Per sviluppare proficuamente il nostro discorso, occorre dimenticare, per un momento, il contesto celebrativo, le ricorrenze e le cornici dei tanti convegni organizzati a ridosso dei 250 anni dalla pubblicazione *Dei delitti e delle pene*.

Torniamo alla nostra quotidianità accademica e scientifica; difficile negare la presenza di un tratto fondamentale che caratterizza, anche emotivamente, la riflessione e il lavoro di tanti: la consapevolezza, o almeno la convinzione, di vivere un tempo che ha caratteristiche di inedita "unicità", un'epoca senza precedenti, ove l'accelerazione improvvisa della storia pone ai giuristi sfide del tutto nuove, sia sul piano dell'*intelligere* sia sul piano della proposizione di valori e norme. Lo sviluppo tecnologico e scientifico, le nuove forme di comunicazione, le reti economiche globali, i profondissimi mutamenti sociali, l'indecifrabile riassetarsi del rapporto tra individuo e autorità, l'evolversi rapido dello stesso concetto di persona umana, tutto pare muoversi verso la richiesta di nuovi strumenti per comprendere, ordinare, valutare e governare la realtà.

Per quanto riguarda più in particolare il diritto penale, il tema della "modernizzazione" è, come si sa, in discussione almeno dagli anni Novanta del Novecen-

to³². Da allora, la percezione di vivere un tempo di frontiera ha pervaso la dottrina e la giurisprudenza più sensibili, accomunandole nella preoccupazione che la nostra “società della frontiera” sia compresa e guidata, anche al fine di prevenire, nei limiti del possibile, l’anarchia di un nuovo “Ovest selvaggio”.

Non è necessario dilungarsi sul punto, se non per ricordare come tutti i temi fondamentali del diritto penale siano fortemente perturbati dalle trasformazioni contemporanee; tutti gli istituti sono investiti dal mutamento e dalla necessità di ripensamento: dalle fonti del diritto, alla forma codice; dai fondamenti della legalità penale alla ricerca di equivalenti funzionali per alcuni dei suoi corollari (ad esempio, la riserva di legge); dal ventaglio dei “soggetti penalmente responsabili”, con l’ampliamento della responsabilità dalle persona fisiche agli enti, alla personalizzazione delle responsabilità attraverso una profonda rivisitazione del concetto di imputabilità (anche alla luce delle neuroscienze) e di quello di colpevolezza. L’elenco, come dicevamo, potrebbe continuare agevolmente: si pensi al tema delle sanzioni o al principio delle rieducazione, finendo per coincidere, come nella mappa dell’impero scala 1:1., ipotizzata da Borges, con l’intero diritto penale come si presenta ai nostri occhi³³.

Come è stato recentemente notato, proprio sottolineando la distanza tra il diritto penale di oggi e quello auspicato da Beccaria: “siamo nel tempo della decodificazione, del pluralismo selvatico delle fonti, degli ordinamenti multilivello; siamo, si dice, nel tempo degli esiti giurisprudenziali imprevedibili... Tutti segnali di una “entropia giuridica labirintica e nebbiosa, nella quale giuristi e cittadini vagano senza bussola”³⁴. Torna in mente l’affresco di Beccaria: “*Alcuni avanzi di leggi involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti.....frammischiate poscia.....*”.

Ma dunque: siamo nuovamente prigionieri di un’ansa degenerata della storia? La nostra convinzione di vivere un tempo unico e inedito non è altro che lo smarrimento di chi è ricaduto in quello stesso caos che Beccaria mostrava iconograficamente “a chi legge” duecento cinquanta anni fa?

³² Per tutti, HASSEMER, *Kernzeichen und Krisen des modernen Strafrecht*, in ZRP, 1992, 378 ss.; PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. di dir. proc. pen.*, 1994, 1238 ss.; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, spec. 33 ss, 469 ss.; STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003.

³³ Il paradosso di JORGE LUIS BORGES relativo alla Mappa dell’Impero in scala 1:1 è contenuto nel racconto, *Del rigore della scienza*, in *Storia universale dell’infamia*, ora in J.L. BORGES, *Tutte le opere*, I, Milano, 1986, 1253.

³⁴ F. GIUNTA, *Addio Beccaria?*, cit., 250.

6. *Una ricetta buona per ogni tempo?*

Le domande appena formulate sono, come si intuisce, provocatorie e ad esse non si può dare agevole risposta. Ma servono per operare una scelta fondamentale tra due alternative: la riproposizione della ricetta di Beccaria, oppure la ricerca di nuove categorie ordinanti e di nuove forme di garanzia.

Non sfugge, ovviamente, la straordinaria complessità del discorso sull'alternativa delineata. Ma ciò che qui rileva è solo evidenziare i limiti della prima soluzione, quella che si riduce ad invocare un ritorno a Beccaria, inteso non solo come faro morale, ma anche come architetto di un modello di diritto penale valido anche per i nostri tempi, un modello attuale a prescindere da ogni variabile storico-geografica.

Volendosi soffermare brevemente sull'argomento, si può certamente ammettere che l'esperienza giuridica contemporanea, pur nella sua menzionata "unicità", presenti vari profili di somiglianza con quella pre-illuministica che Beccaria aveva sotto gli occhi. Ad esempio, la frammentazione delle fonti, anche penalistiche, l'instabilità e confusione dei dati normativi costituiscono un dato che certamente accomuna le due epoche. Ma anche se fosse così, possiamo ancora riproporre i rimedi che Beccaria indicò nel suo libro, esortando anche oggi ad una analoga rivolta morale contro il disordine delle fonti, l'incertezza delle pene, l'arbitrio dei giudici e poi all'adozione dei medesimi rimedi invocati duecento cinquanta anni fa? Occorre esortare i contemporanei a ritrovare non solo la retta via dei valori perduti, ma anche le vie di quella antica politica criminale ormai smarrita?

Crediamo di no. Non solo perché le soluzioni di Beccaria risultano oggi, al di là dell'anelito morale che esprimono, molto semplicistiche e riduzioniste. Ma anche e soprattutto perché, a parte questo o quel profilo di analogia, le somiglianze tra il tempo dell'*ancien régime* e il nostro non vanno assolutamente sopravvalutate. Le diversità dei contesti sociali, politici, culturali sono profondissime: come assimilare, ad esempio, l'antico antagonismo tra diritto positivo e diritto naturale con le questioni del costituzionalismo contemporaneo, oppure il ruolo dell'*arbitrium iudicis* con l'odierno protagonismo creativo dei giudici? Oppure, ancora, la pluralità degli ordinamenti nell'età del diritto comune e la complessità dei rapporti che oggi caratterizzano gli ordinamenti multilivello? L'elenco potrebbe agevolmente continuare.

Un secondo ordine di considerazioni riguarda una questione più profonda che condiziona la comparazione storica, e più in particolare il distinguere, ad esempio, tra epoche in cui imperverserebbe "il caos", il disordine selvatico delle fonti, ed epoche in cui invece regnerebbe l'ordine armonico e cristallino delle leggi. Riducendo ai suoi termini più banali una questione filosofica molto complessa (che ha ad oggetto niente di meno che la possibilità di conoscere effettivamente la realtà) resta il

fatto che, in certa misura, la percezione del disordine giuridico non dipende dallo stato delle cose, ma da una serie di altre variabili. Variabili oggettive e soggettive.

Innanzitutto, tra quelle oggettive, possiamo ricordare come a seconda dei tempi e dei luoghi, muti il rapporto tra regole giuridiche verbalizzate (cioè quelle contenute nelle leggi, nei codici, e, ove ammesso, nel diritto espresso dalle decisioni dei giudici) e quelle regole che la dottrina comparatistica chiama “operazionali”, cioè le regole della prassi, regole in parte sconosciute che governano il determinarsi fattuale dei rapporti sociali e giuridici³⁵. In alcuni sistemi, le regole verbalizzate rispecchiano abbastanza fedelmente le regole operazionali e viceversa; in altri sistemi, le regole verbalizzate si scostano invece notevolmente da quelle effettivamente praticate. Si scostano perché, ad esempio, hanno natura fortemente ottativa, propulsiva; perché esprimono un alto livello di “dover essere”, un auspicio forte verso la realizzazione di valori e principi.

Ma la cognizione, la percezione di un particolare sistema penale come selva disordinata o come armonica architettura è condizionata anche dalla maggiore o minore disponibilità dell'osservatore a separare fatti e valori, dati reali e desideri su come si vorrebbe che il sistema penale fosse.

In qualche misura, vediamo o non vediamo un “sistema penale ordinato” a seconda del mondo che guardiamo: ma la variabile decisiva non è tanto il *dove* o il *quando*, ma il *quale*.

Il cielo, per così dire, è sempre in ordine; la terra è sempre in disordine.

Se guardiamo alla realtà storica della giustizia penale, cioè alla terra, se guardiamo l'esperienza giuridica nel suo svolgersi oltre lo schermo delle verbalizzazioni normative ufficiali, probabilmente troveremo sempre il “disordine”, ad esempio nel conflitto tra fonti formali e sostanziali, nella concorrenza tra poteri, nell'uso arbitrario della pena, nell'imprevedibilità degli esiti processuali etc. Se invece guardiamo al cielo, cioè alla rappresentazione ideale del dover essere giuridico, immaginando che la realtà del mondo coincida con il diritto positivo e con i valori ufficialmente proclamati, allora troveremo sempre lo stesso “ordine”. Ma sarebbe veramente illusorio pensare che alcuni sistemi siano “meno selvatici”, meno disordinati di altri, solo perché più capaci di rimuovere, dall'immaginario, dai discorsi dei giuristi e dallo stesso diritto positivo, la realtà delle cose, deviando l'attenzione sul solo piano ottativo di ciò che deve essere. Non è nascondendo la polvere sotto il tappeto che si fa pulizia.

Insomma, il contrasto così netto tra il diritto penale dell'*ancien régime* e il diritto penale dell'Illuminismo, come quello tra l'ordine delle codificazioni ottocentesche e il caos dei nostri tempi, rispecchia certamente una evoluzione dei sistemi

³⁵ In merito a tale distinzione rinviamo a F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3^a ed., Torino, 2013, 41 ss.

stessi – sarebbe folle negarlo – ma costituisce anche, e forse principalmente, un radicale contrasto tra rappresentazioni morali, tra valori professati o taciuti, tra ideologie declamate, tra concezioni della persona e dei rapporti sociali, tra diversi modi di predicare la funzione delle norme e la loro necessaria aderenza alla prassi concreta.

7. Considerazioni conclusive

L'avvertenza che Beccaria indirizza “a chi legge” non pare rappresentare obiettivamente –come abbiamo visto – la realtà del suo tempo; le immagini non sono quelle di una *web-cam*, di un periscopio, che riprende ciò che accade in un remoto scenario. La prospettiva non è “visuale”, ma piuttosto, “visionaria”; l'iconografia prodotta dal linguaggio di Beccaria è generata per fini ideologici: essa non mira ad informare, ma a convincere. È una posizione che si muove sul piano della filosofia morale.

La contaminazione “visionaria” tra rappresentazione del sistema penale e proposizione di un credo valoriale (fatto di principi, morale, politica, visione dei rapporti civili) rappresenta –nel tanto che ha di bene e in un pochino che forse ha di “male” – un tratto della scienza penale il cui sviluppo e la cui persistenza dipendono –crediamo – anche da Beccaria. La tensione morale, encomiabile nei suoi scopi etici, può assecondare, tuttavia, come nell'incipit paradigmatico di Beccaria, una confusione cognitiva tra fatti e valori, confusione che può essere nociva tanto per la disamina dei primi quanto per la efficace promozione dei secondi.

Di fronte alle sfide poste dalla odierna “società della frontiera”, di fronte alla “nuova” caoticità della giustizia, possiamo occuparci del mondo che vorremmo, dell'idea di giusto che desidereremmo si realizzasse, e parlare solo o prevalentemente di questo. Beccaria ha indicato proprio tale direzione e i suoi meriti sono stati, per questo, immensi. Ma la sua –lo diciamo con reverente rispetto – è la ricetta di un filosofo morale³⁶. Non è solo di questo che abbiamo bisogno.

Forse, più che l'accento sui valori, più che la descrizione del dover essere, ciò che oggi merita maggiore attenzione è la visione della realtà. La diagnosi sullo sta-

³⁶ Si ricorda spesso che Beccaria è un utilitarista (cfr., G. NEPPI MODONA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Beccaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 477 ss., *amplius*, G. ZARONE, *Etica e politica nell'utilitarismo di C. Beccaria*, cit.) Senza poter entrare qui nella questione, si può tuttavia sottolineare che non si tratta di un utilitarismo fondato su basi realiste. L'utilitarismo di Beccaria è una ideologia razionalistica degli assetti sociali, una visione morale giustamente preoccupata di imporre, all'individuo, il minor prezzo possibile per la realizzazione del bene comune. Ma anche qui: è il gradimento emotivo per una certa, auspicata, visione dei rapporti sociali che lo anima, non la diagnosi sulla reale praticabilità ed efficacia del sistema delineato.

to fattuale della giustizia penale, sui meccanismi fattuali di imputazione della responsabilità. Abbiamo bisogno di comprendere, anche da questo punto di vista, in che cosa “è unico” il nostro tempo e di elaborare, sulla scia di tale diagnosi, nuove categorie ordinanti dell'esperienza giuridica.

Insomma, bisogna mettere finalmente al lavoro la ghigliottina.

Quella di Hume, ovviamente.

Separando fatti e valori, e interessandoci, ma veramente, anche dei primi. Provando a comprendere, a de-costruire la realtà dei sistemi penali. Per poi elaborare nuove forme giuridiche che assicurino, con efficacia empiricamente fondata, i valori da realizzare, *in primis* quelli fundamentalissimi di garanzia.

L'inattualità di ciò che abbiamo ereditato, da Beccaria come da tutti i grandi del passato, segna il campo del nostro impegno nell'oggi. Non sempre l'insegnamento dei maestri antichi può offrire una paterna e rassicurante ala protettiva, ove ciclicamente cercare riparo. Quel pensiero serve spesso per comprendere quali sono i termini esatti della solitudine con cui dobbiamo affrontare le sfide del nostro tempo.

Il discorso necessita di qualche precisazione finale.

Il desiderio di conoscere empiricamente “lo stato delle cose”, nel nostro caso: *lo stato di fatto di un sistema penale*, costituisce innanzitutto una opzione epistemologica. Tale opzione, che è essenzialmente di metodo, mira alla comprensione del diritto come fenomeno storico, come esperienza concreta e fattuale. Essa non esclude affatto che, dopo tale comprensione, e proprio sulla base di essa, il discorso si sposti sul piano del dover essere e dunque sul piano della progettazione, anche tecnica, di un sistema di norme positive capaci di orientare le condotte dei cittadini e di vincolare le decisioni dei giudici. Insomma: *l'intelligere* si pone come attività preliminare rispetto alla discussione sui valori e sui modi della loro realizzazione, cioè su ciò che si auspica debba essere³⁷. Anche attraverso il diritto positivo.

L'approccio che mira a conoscere la realtà dell'esperienza giuridica come ambito separato e preliminare rispetto alla discussione sul suo dover essere non è mai stato molto popolare nella scienza penalistica. Non è tema da poter sviluppare qui, ma si può notare come l'approccio realista si ponga contemporaneamente in conflitto con vari indirizzi di pensiero che hanno dominato a lungo il panora-

³⁷ Ovviamente, non si vuole con ciò negare la componente necessariamente valutativa del processo conoscitivo. È parimenti noto che la possibilità di distinguere nettamente fatti e valori è a sua volta una premessa filosoficamente contestata. Basti pensare, tra le correnti recenti, alla fenomenologia o all'ermeneutica. Senza toccare minimamente il problema, si può qui sottolineare come la inevitabile componente valutativa che caratterizza ogni interazione con il reale non pregiudichi comunque il tentativo di mantenere l'oggettività del momento conoscitivo e – ciò è molto importante – l'autonomia della successiva discussione sui valori.

ma della scienza penale. Il realismo è visto con ostilità sia nella visione giusnaturalistica del diritto, sia in quella giuspositivista.

In particolare nel giuspositivismo estremo, l'interesse per il diritto come esperienza, e per il chiarimento dei suoi tratti concreti, fattuali (dunque anche: irrazionali, imprevedibili, abnormi, anomici, privi di senso) è sentito un credo antagonista. La scelta in favore del realismo appare una scelta che nega l'importanza del diritto positivo e, di conseguenza, le regole, i principi e i valori lapidariamente indicati dalle norme vigenti. Si tratta tuttavia di una accusa frettolosa e ingiusta: dare infatti la priorità al momento conoscitivo del reale non vuol dire affatto compiacersi per lo stato delle cose e, in particolare, per il fatto che il diritto positivo, ad esempio quello penale di fonte legislativa, non riesca a dominare le decisioni dei giudici e comunque l'esperienza storica. Essere "realisti" è, come si diceva, principalmente una scelta epistemologica; non implica – o almeno non da subito – una opzione sui valori. Neppure, in diritto penale, su quello della stretta legalità. Dubitare che le norme positive vigenti abbiano, nella prassi, l'effettiva capacità di vincolare l'ascrizione della responsabilità penale non vuol dire riconoscere il valore del *nullum crimen sine lege* e sostenere il diritto libero. Una simile accusa ricorda quella dell'Inquisizione romana che, di fronte a chi dubitava che il sistema tolemaico riflettesse il vero, vedeva in tale posizione non una critica gnoseologica, ma un attacco diretto ai valori trascendenti che al sistema tolemaico erano attribuiti.

Quello con chi mescola inestricabilmente fatti e valori è d'altronde, già lo si notava, un dialogo difficile³⁸.

³⁸ Lo stesso Galileo Galilei, come si ricorderà, non la spuntò di certo sostenendo la distinzione tra il piano conoscitivo del reale e quello dei valori religiosi (e cioè provando a usare quella che sarebbe stata la "ghigliottina di Hume"); abiurando chiari piuttosto di non aver mai pensato al sistema copernicano come ad una rappresentazione realistica del cosmo; ma solo come una fantasiosa ipotesi di scuola.

MARIO PISANI

LA CRUDELTÀ: VARIAZIONI SUL TEMA^(*)

SOMMARIO: 1. Cultura e pratica della crudeltà – 2. La pena di morte: la “*mort simple*” e “*les supplices recherchés*” – 3. L’esecuzione e “*les supplices non-recherchés*” – 4. Presupposti e pratica della tortura giudiziaria – 5. Altre e persistenti forme di crudeltà nei sistemi penali.

1. Inizio col dire che l’amico Arroyo Zapatero deve aver sbagliato ad invitarmi a quest’incontro, dove si parla di teoria della crudeltà.

Infatti – lo aggingo subito – io non sono per nulla un teorico della crudeltà, e, se pur mi devo riconoscere un qualche punto d’onore, sarebbe se mai quello d’aver cercato, anche sulla scia del vostro Jimenez de Asúa, di rivitalizzare la vecchia dottrina del merito e del suo riconoscimento normativo, e dunque del diritto premiale. Il quale si occupa – com’è ovvio – delle buone, e magari delle ottime, azioni, e non certo di quelle cattive, e meno ancora di quelle assolutamente deteriori o, per l’appunto, crudeli.

Ma poiché, se non scrivere di crudeltà, amo però fare qualche lettura, ho pensato bene di rivolgermi a qualcuno che, invece, di crudeltà un poco se ne intendeva per davvero.

Comincio, dunque, e da lontano, ad evocare il *Dizionario filosofico*, dove, alla voce “*Tortura*” (datata 1769) Voltaire ci prospetta criticamente, se non proprio la teorizzazione, almeno quella che ben possiamo chiamare la “cultura della crudeltà”, che egli colloca tra i due estremi dell’assuefazione e dell’indifferenza.

Voltaire comincia a parlarci del pensoso magistrato, che magari – specifica – ha acquistato con poco denaro la sua carica, e con essa il diritto di farsi certe esperienze sul suo prossimo, e che, rientrato *chez soi*, racconta alla moglie come è trascorsa la giornata.

La prima volta la signora viene sconvolta dal racconto; già alla seconda volta, però, ella vi prende gusto (perché “tutte le donne sono curiose”); in seguito, poi, la prima cosa che la moglie chiede al marito non appena rientra è la seguente: «Amore mio (anzi: “*mon petit coeur*”), oggi non avete fatto applicare la tortura a

^(*) Contributo al seminario – dal titolo «*Ensayos para una teoría de la crueldad humana*» – svoltosi il 13 ottobre 2014 a Madrid, presso la *Fundación José Ortega y Gasset – Gregorio Marañón*.

nessuno?». Come a dire: l'assuefazione fa a poco a poco dissolvere il sentimento di reazione alla crudeltà.

Ma la cultura della crudeltà può anche essere frutto di una semplice e troppo diffusa indifferenza. Dopo aver deprecato che la Francia, da secoli civilizzata, è ancora però guidata da vecchie consuetudini atroci, è sempre Voltaire ad aggiungere, con amara ironia, quanto, in definitiva, si viene pensando nel suo Paese: "Perché mai dovremmo cambiare la nostra giurisprudenza? L'Europa si serve dei nostri cuochi, dei nostri sarti, dei nostri parrucchieri"; e dunque – questa dovrebbe essere la paradossale conclusione – "le nostre leggi sono buone". Come a dire: di che altro dobbiamo preoccuparci?

Ma, appunto a proposito di giurisprudenza, poco prima Voltaire aveva ricordato il celebre caso del "*chevalier de La Barre*": un giovane di molto spirito e di belle speranze, ma con tutto lo stordimento di una giovinezza sfrenata, condannato dai giudici di Abbeville per aver cantato canzoni empie, ed anche per non essersi tolto il cappello davanti allo scorrere di una processione di frati cappuccini.

Ebbene: quei giudici non si accontentarono che al malcapitato venisse strappata la lingua, tagliata la mano, bruciato il corpo a fuoco lento: "gli applicarono anche la tortura per sapere precisamente quante canzoni avesse cantato, e quante processioni avesse visto scorrere davanti a sé, sempre tenendo il cappello sulla testa".

Neanche qui, dunque, si tratta di teoria, ma di pratica giudiziaria della crudeltà. Ed è noto che, proprio nel vivo delle questioni che si agitarono intorno al caso La Barre, Voltaire ebbe a scrivere – sarà pubblicato nel 1766 – il suo celebre *Commentaire* del capolavoro di Cesare Beccaria.

2. Il richiamo di Beccaria ci immette direttamente nella tematica della pena di morte.

A tale proposito, in un seminario del 1999 Jacques Derrida ebbe a ricordare, per tale tipo di pena, la crudeltà come caratteristica coesistente: pena che – disse – "può andare dalla più grande brutalità dell'abbattimento, alle raffinatezze più perverse, dal supplizio più sanguinario o bruciante, al supplizio più denegato, più mascherato, più invisibile". Lo stesso autore non mancò di ricordare il Nietzsche della *Genealogia della morale*, laddove questi invitava a pensare alle "antiche pene tedesche": alla lapidazione; alla condanna della ruota – "la più caratteristica invenzione o specialità del genio tedesco nell'ambito delle pene!" – ; alle pratiche dell'impalare, del far lacerare o schiacciare da cavalli (lo "squartamento"); alla bollitura del reo in olio o vino (fino al XV secolo), allo "scuoimento", alla resecazione della carne dal petto, e ad altre forme di crudeltà. Il tutto per invitare a riflettere sui lunghi e difficili itinerari di sangue ed orrore compiuti nella storia prima di poter instaurare il dominio della ragione.

Su questa strada, a metà del XVI secolo, a proposito del nostro argomento già si era addentrato Montaigne, laddove, nei suoi *Essais*, parlando, pur senza escluderla, della pena capitale, scriveva (l. II, capit. XI) che, a suo modo di vedere, tutto ciò che sta al di là della semplice morte gli sembrava pura crudeltà (“... tout ce qui est au delà de *la mort simple*, me semble *pure cruauté*”). E può magari stupire che Montaigne si preoccupasse, addirittura in una prospettiva ultraterrena, di dare irriverente supporto a questo suo pensiero aggiungendo che ad evitare la “pura crudeltà” deve pur pensare chi abbia a cuore che le anime vengano traghettate nell’aldilà in buone condizioni: il che davvero non può avvenire – diceva – se prima esse sono state squassate e portate alla disperazione mediante tormenti insopportabili.

Ma poche pagine dopo Montaigne riprendeva l’argomento in prospettiva ben diversa, giungendo ad esprimersi nel senso di escludere che la previsione della pena di morte eseguita con crudeltà possa avere una qualche particolare efficacia di prevenzione dei delitti.

Nel già ricordato *Commentaire*, e subito dopo aver menzionato Beccaria, Voltaire (§ II) deprecherà vivamente “*les supplices recherchés, dans lesquels on voit que l’esprit humain s’est épuisé à rendre la mort affreuse*”, dicendoli inventati dalla tirannia, piuttosto che dalla giustizia.

E sarà poi il medesimo pensiero che animava lo stesso Beccaria, allorquando – unitamente ai due altri colleghi componenti la “Giunta delegata per la riforma del sistema criminale della Lombardia austriaca riguardante la pena di morte” – nel 1792 ebbe a scrivere che, salvo restando che “la pena di morte dovesse restringersi a pochissimi delitti”, la Giunta conveniva nell’opinione che la “pura e semplice inflizione di essa” – e per l’appunto: “*la morte simple*” – dovesse venir considerata come il supplizio estremo, dovendosi invece ometter del tutto, “come inutili e feroci”, quegli “ulteriori inasprimenti che solevano accompagnare negli antichi codici, per i delitti più gravi, la pena di morte”.

Ancora Voltaire ricordava il caso dell’Inghilterra, nell’epoca in cui si apriva il corpo del colpevole di alto tradimento e se ne strappava il cuore, per buttarlo alle fiamme. E quando poi, alla fine, i costumi si addolcirono (“*les moeurs s’adoucirent*”), ne venne come effetto che si è continuato, è vero, a strappare il cuore, ma soltanto dopo la morte del condannato.

3. Più di una volta è poi anche avvenuto che, in presenza o anche in assenza delle intenzioni di supplizio, l’esecuzione della condanna a morte, prima o dopo l’utilizzo di quella “macchina umanitaria” che per diverso tempo è parsa essere la ghigliottina, degenerasse in episodi di ulteriore crudeltà.

Nel suo *Piano di legislazione criminale*, del 1777, il “terribile” Marat ricordava il caso, occorso vent’anni prima, della pena inflitta a Damiens: il quale, “avendo ferito leggermente Luigi XV con una coltellata, fu condannato allo squartamento, pena prevista per il regicidio”. Ma avvenne però che i cavalli non riuscirono a smembrare il corpo del condannato, cosicché, alla fine, il boia dovette mutilarlo con un coltello.

Scrivendo, nel 1912, l’introduzione alla riedizione del suo *L’ultimo giorno di un condannato*, Victor Hugo ricordava un analogo episodio avvenuto poco tempo prima, a ghigliottina funzionante, in una località del mezzogiorno francese. Posto sotto il pesante “triangolo di ferro” – il tutto pare perfino incredibile –, avvenne che “il coltellaccio risalì e ricadde cinque volte, cinque volte colpì il condannato, cinque volte il condannato urlò sotto il colpo e scosse la testa viva invocando grazia. Il popolo, indignato, raccolse i sassi e, nella sua giustizia, si mise a lapidare il miserabile carnefice; il carnefice scappò sotto la ghigliottina e si nascose dietro i cavalli dei gendarmi. Ma non siamo alla fine. Il suppliziato, vedendosi solo sul patibolo, si era raddrizzato sulla tavola a bilancia, e lì, in piedi, spaventoso, grondante sangue, sostenendosi la testa, per metà mozza che gli pendeva sulla spalla, domandava con deboli grida che qualcuno andasse a slegarlo”. Ma, all’opposto, un giovanissimo aiutante del boia anche questa volta fece uso del coltello per finirne l’opera.

Ai supplizi, che Voltaire, per distinguerli da quelli intenzionali, avrebbe detto “non recherchés”, e che come tali potevano conseguire alle semplici disfunzioni dello strumento di morte, fa da correlativo, in termini di attualità (sono recenti dei casi occorsi nello Stato dell’Oklahoma e dell’Arizona) il supplizio eventualmente derivante dall’erroneo dosaggio delle miscele chimiche di morte che sono in uso oltreoceano, ancor più micidiali, ma sempre secondo legge, della cicuta di Socrate.

Siano o meno intenzionali i supplementi di crudeltà connessi all’esecuzione della pena capitale, siamo in molti, ad ogni modo, a ritenere che un passo ulteriore, e in qualche modo definitivo, ormai si imponga nella storia e nel panorama globale dell’umanità: quello di riuscire a far considerare la stessa esecuzione capitale di per sé, che si concluda senza “incidenti” di sorta, anche soltanto con la *mort simple*, come un trattamento crudele, e quindi disumano e degradante, da estromettere da ogni sistema penale.

4. S’è fatto riferimento a Beccaria e quindi, per implicito, al 250° anniversario di “*Dei delitti e delle pene*”.

Viene pertanto alla memoria che, ancora cinque anni dopo la sua prima pubblicazione, la *Constitutio Criminalis Theresiana ovvero Costituzione criminale*, edita a Vienna nel 1769, a specificazione del § XVII dell’art. XXXVII, intitolato

Dei motivi e indizi sufficienti alla tortura non che quando, contro chi, e come questa sia da istituirsi, conteneva un'appendice n. 4, recante il titolo: *Designazione e dichiarazione della specie di tormenti, e del modo di applicarli*. Vi erano delineate quattro figure: I. "lo strettorio dei pollici, ò li cosidetti sibili"; II. i "requisiti appartenenti all'allacciatura"; III. "l'eculeo, e corda ripetitiva, ò sia macchina per elevare in alto, e stendere per aria, con li pesi, che vi abbisognano"; IV. "lo stretto della gamba, ò sia il cosidetto stivale spagnolo".

Non a caso J. Kelly, nella sua "Storia del pensiero giuridico occidentale", scriveva che, nell'epoca di Bach e di Mozart, i sistemi della giustizia penale ci descrivono ancora "un'Europa piena di scene di terrificante crudeltà".

Nei domini di casa d'Austria la tortura sarà poi abolita nel 1776, e otto anni dopo anche nella Lombardia austriaca.

5. Oggi, è vero, nessun ordinamento, a quanto è dato saperne, prevede più una disciplina dei presupposti e delle modalità o tecniche di applicazione della tortura giudiziaria, né più si ispira ai criteri antichi del considerare la tortura, o magari la stessa pena carceraria, alla stregua di una medicina dell'anima. Il che non toglie – diciamo pure in parentesi – che in modo anacronistico, dimenticando la netta distinzione beccariana tra peccato e delitto, per inerzia si continui a parlare (... *quia peccatum est!*) di penitenza, e cioè di penitenziari e di diritto penitenziario ...

Ma, chiudendo la parentesi, è anche vero, d'altronde, che molti, troppi, sistemi penali offrono ancora diffusi spazi di *crudeltà oggettiva*, e per l'appunto sistematica e sistematizzata, palese od occulta.

Crudeltà palese, come quella che, di fatto, porta a configurare il carcere come un luogo dove si va a finire, non *come punizione* – la punizione conseguente alla semplice privazione della libertà – (si direbbe, parafrasando Montaigne, come *peine simple*), ma *per la punizione*: in vista, dunque, o nella scontata previsione di un sovrappiù negativo costituito da trattamenti, non di rado, per davvero inumani e degradanti. Non dimentichiamo la "abominevole istituzione" deprecata dal marchese De Sade, che pur era il teorico della ferocia: il carcere dove – scriveva – il malfattore viene ridotto "alla solitudine vegetale, ad un funesto abbandono", così che "i suoi vizi germinano, il suo sangue ribolle, la sua testa fermenta; l'impossibilità di soddisfare i suoi desideri ne fortifica la causa criminale ed egli non esce di là che più malandrino e più pericoloso".

E c'è poi anche la crudeltà strisciante ed occulta, come quella – nelle osservazioni a Beccaria Diderot ne parlava, a suo tempo, come di una "autres atrocité – che si realizzava, e magari ancora qua e là si realizza, quando, dopo anni di carce-

re, l'imputato, riconosciuto innocente, ma devastato nella stima, nel patrimonio e nella salute, si trova a venir rilasciato senza poi poter conseguire alcun indennizzo.

E trova corso anche un'altra forma di crudeltà, sempre strisciante ed occulta, e che perciò appare meno grave, sottesa alla indifferenza, o almeno alla trascuratezza, per la posizione, a volte assai tragica, delle vittime dirette o indirette dei delitti, specie quelli di violenza: i delitti che lo Stato – il quale richiede per sé il monopolio della forza fisica legittima e si assume il compito di tutelare la sicurezza e l'ordine pubblico – non era stato in grado di prevenire.

Tante tipologie di crudeltà, dunque, aggiungendosi a quelle, multiformi e laceranti, che vedono protagonisti gli autori dei reati più gravi, ancora affliggono il nostro mondo dei delitti e delle pene.

Ma dovrà pur venire un giorno – si può parlare, a tale riguardo, di utopia; ma c'è chi, invece, la può chiamare speranza della ragione e della ragionevolezza – un giorno (si diceva) in cui, da non so quale metaforico ed altissimo monte discenderà come un benefico vento impetuoso, che tutte disperderà, ad una ad una, quelle residue manifestazioni crudeli, per liberarne la storia e l'avvenire degli uomini.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

MARTA BERTOLINO – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

RENATO BRICCHETTI – Presidente di Sezione della Corte di Appello di Milano

DAVID BRUNELLI – Professore ordinario nell’Università di Perugia

MARGHERITA CASSANO – Consigliere della Corte di Cassazione

GIULIA CHECCACCI – Perfezionata presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

STEFANO CORBETTA – Magistrato del Tribunale di Milano

ALESSANDRO CORDA – Post-Doctoral Research Fellow presso la University of Minnesota Law School (USA)

EMANUELE CORN – Research fellow nell’Università di Antofagasta (Cile)

CRISTIANO CUPELLI – Ricercatore nell’Università di Roma “Tor Vergata”

OMBRETTA DI GIOVINE – Professore ordinario nell’Università di Foggia

ALBERTO DI MARTINO – Professore straordinario nella Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa

LUIGI FERRAJOLI – Professore emerito nell’Università di Roma Tre

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC – Professore nell’Università di Valencia (Spagna)

ANTONIO GULLO – Professore associato nell’Università di Messina

ALESSANDRA MACILLO – Dottoranda di ricerca nell’Università di Trento

FILIPPO MAGGI – Cultore della materia nell’Università di Ferrara

ANTONELLA MARANDOLA – Professore ordinario nell’Università LUM Jean Monnet

GIANFRANCO MARTIELLO – Ricercatore nell’Università di Firenze

DARIO MICHELETTI – Professore associato nell’Università di Siena

OSCAR MORALES – Avvocato presso lo Studio legale Uría Menéndez

FRANCESCO MORELLI – Ricercatore nell’Università di Ferrara

DANIELE NEGRI – Professore associato nell’Università di Ferrara

RENZO ORLANDI – Professore ordinario nell’Università di Bologna

- CATERINA PAONESSA – Dottore di ricerca nell’Università di Firenze
MICHELE PAPA – Professore ordinario nell’Università di Firenze
CARLO PIERGALLINI – Professore ordinario nell’Università di Macerata
GIORGIO PINO – Professore associato nell’Università di Palermo
MARIO PISANI – Professore emerito nell’Università di Milano
LUCA PISTORELLI – Consigliere della Corte di Cassazione
GAETANO RUTA – Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di
Milano
FRANCESCO SBISÀ – Avvocato del Foro di Milano
MICHELE TARUFFO – Professore nell’Università di Girona (Spagna)
GIOVANNI TUZET – Professore associato nell’Università Bocconi di Milano
DIRK VAN ZYL SMIT – Professore nell’Università di Nottingham (Regno Unito)
PAOLO VERONESI – Professore associato nell’Università di Ferrara
CATY VIDALES RODRÍGUEZ – Professore nell’Università Jaume I di Castellón de
la Plana (Spagna)
LUCIANO VIOLANTE – Professore nell’Università di Camerino
THOMAS WEIGEND – Professore nell’Università di Colonia (Germania)
FRANCESCO ZACCHÈ – Professore associato nell’Università di Milano “Bicocca”

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 R. Belfiore	Giulio Illuminati	Vania Patanè
Marta Bertolino	Gaetano Insolera	Paolo Patrono
Alberto Cadoppi	Sergio Lorusso	Massimo Pavarini
Giampaolo Demuro	Vincenzo Maiello	Davide Petrini
Alberto di Martino	Ferrando Mantovani	Carlo Piergallini
Vittorio Fanchiotti	Luca Marafioti	Tommaso Rafaraci
Giovanni Fiandaca	Enrico Marzaduri	Lucia Riscato
Giovanni Flora	Oliviero Mazza	Placido Siracusano
Luigi Foffani	Nicola Mazzacuva	Luigi Stortoni
Désirée Fondaroli	Alessandro Melchionda	Paolo Veneziani
Gabriele Fornasari	Sergio Moccia	
Roberto Guerrini	Vito Mormando	

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di settembre 2015



Edizioni ETS

www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

www.edizioniets.com/criminalia

Direttore

Fausto Giunta

Comitato di direzione

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

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

www.edizioniets.com/criminalia

- **Primo Piano**
MARTA BERTOLINO, *Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità, una relazione da scoprire* – MICHELE TARUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale* – DIRK VAN ZYL SMIT, *La pena dell'ergastolo in un mondo globalizzato* – THOMAS WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*
- **I grandi temi Garanzie e garantismo**
ALBERTO DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte* – LUIGI FERRAJOLI, *Cos'è il garantismo* – FRANCESCO MORELLI, *Le garanzie processuali nella morsa dell'ambiguità: contro la giurisprudenza delle interpretazioni mancate* – GIORGIO PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*
- **I grandi temi Il discorso di Papa Francesco all'Associazione internazionale di diritto penale**
FILIPPO MAGGI, *Una convergenza (laica) tra sacro e profano* – LUCIANO VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*
- **Tavola rotonda: Il processo penale italiano a venticinque anni dalla riforma del codice.** Nota introduttiva di Renzo Orlandi. *Ne discutono:* ANTONELLA MARANDOLA - DANIELE NEGRI - LUCA PISTORELLI - FRANCESCO SBISÀ - FRANCESCO ZACCHE
- **Opinioni a confronto. I molti volti del disastro.** Nota introduttiva di Alberto Gargani. *Ne dibattono:* DAVID BRUNELLI, *Il disastro populistico* – STEFANO CORBETTA, *Il "disastro innominato": una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli costituzionali ed esigenze repressive* – GAETANO RUTA, *Problemi attuali intorno al disastro innominato*
- **Il punto su... Problematiche penali della sicurezza sul lavoro** – JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, *La responsabilità colposa per gli infortuni sul lavoro nell'ordinamento penale spagnolo* – DARIO MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo* – OSCAR MORALES, *Questioni fondamentali riguardo al trattamento degli infortuni sul lavoro nel diritto penale spagnolo* – CARLO PIERGALLINI, *Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"* – CATY VIDALES RODRIGUEZ, *I reati contro la sicurezza e l'igiene sul lavoro nella legislazione spagnola*
- **Il punto su... Segretezza della camera di consiglio e diritto all'informazione** – RENATO BRICCHETTI, *La segretezza della camera di consiglio tornata d'attualità* – MARGHERITA CASSANO, *Il segreto della camera di consiglio*
- **Dibattito. Il vilipendio al capo dello Stato, oggi** – ANTONIO GULLO, *Eguaglianza, libertà di manifestazione del pensiero e tutela differenziata dell'onore: un equilibrio ancora sostenibile?* – CATERINA PAONESSA, *Né critiche, né scherzi sul Quirinale? Brevi riflessioni a margine delle "offese all'onore o al prestigio del Presidente della Repubblica"* – PAOLO VERONESI, *L'offesa all'onore e al prestigio del Capo dello Stato: sui chiaroscuri di una normativa e di una giurisprudenza da ricalibrare*
- **Diritto vivente. Il luogo pubblico e aperto al pubblico "virtuale"** – GIULIA CHECCACCI, *Facebook come un luogo pubblico: un caso di "analogia digitale" in malam partem* – GIOVANNI TUZET, *Luoghi, siti, bacheche. Un caso di interpretazione estensiva*
- **Antologia**
CRISTIANO CUPELLI, *Equivoci trionfalistici e letture correttive. Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità in malam partem* – OMBRETTA DI GIOVINE, *A proposito di un recente dibattito su "verità e diritto penale"* – FAUSTO GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio* – GIANFRANCO MARTIELLO, *Uso delle armi da fuoco da parte della polizia nell'attuale esperienza giuridica tedesca* – RENZO ORLANDI, *Il metodo della ricerca. Le istanze del formalismo giuridico e l'apporto delle conoscenze extranormative* – MICHELE PAPA, *"A chi legge": l'incipit visionario Dei delitti e delle pene* – MARIO PISANI, *La crudeltà: variazioni sul tema*

www.edizioniets.com/criminalia

€ 50,00

ISBN-13: 978-8846743046



9 788846 743046