

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2016

●
primo piano

L'utilità concettuale della nozione di malum quia prohibitum
Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente
Lie-Detection, Neuroscienze e diritto delle prove

●
i grandi temi

Welfare e diritto penale

●
tavola rotonda

Colpa informativa e cautele autoprotettive nelle zone ad alto rischio sismico

●
dibattito

Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale
Sezione I – *L'insostenibile leggerezza del testo*
Sezione II – *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*
Sezione III – *Il giudice legislatore: verso il crepuscolo della distinzione tra jus facere e jus dicere?*
Sezione IV – *Saranno magistrati: l'anacronistica immutabilità dell'ordinamento giudiziario*

●
il punto su...

Il caso Provenzano
Partecipazione democratica alle scelte politico criminali
e garanzie individuali nell'epoca del diritto penale tecnocratico

●
Antologia

Lecture

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, Vincenzo Maiello,
Marco Nicola Miletta, Renzo Orlandi,
Michele Papa, Carlo Piergallini,
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Claudia Mazzucato,
Dario Micheletti, Daniele Negri, Caterina Paonessa
Antonio Vallini, 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

2016



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2017
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884675106-5
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

STUART P. GREEN

L'utilità concettuale della nozione di malum quia prohibitum

15

TULLIO PADOVANI

*Tortura: adempimento apparentemente tardivo,
inadempimento effettivamente persistente*

27

FREDERICK SCHAUER

Lie-Detection, Neuroscienze e diritto delle prove

33

I grandi temi *Welfare e diritto penale*

DAVID GARLAND

Welfare State sotto assedio

63

DOMENICO PULITANÒ

Welfare e diritto penale. Variazioni su un tema di Garland

77

Tavola rotonda

*Colpa informativa e cautele autoprotettive nelle zone ad alto rischio sismico
(a proposito della sentenza "Grandi Rischi". – Cassazione penale, sez. IV, 24
marzo 2016, n. 12478)*

Nota introduttiva

95

Ne discutono:

ALESSANDRO AMATO

DAVIDE AMATO

ROBERTO CALCINARI

DOMENICO NOTARO

Dibattito <i>Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale</i> Nota introduttiva di Fausto Giunta	157
---	-----

Sezione I – *L'insostenibile leggerezza del testo*

DARIO MICHELETTI <i>Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità</i>	161
--	-----

Sezione II – *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*

COSTANZA BERNASCONI <i>Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale</i>	193
--	-----

Sezione III – *Il giudice legislatore: verso il crepuscolo della distinzione tra jus facere e jus dicere?*

DOMENICO PULITANÒ <i>Tra jus facere e jus dicere</i>	205
---	-----

GIOVANNI TARLI BARBIERI <i>Il diritto, oggi: tra il dire e il fare</i>	215
---	-----

VITO VELLUZZI <i>Interpretazione, interpreti e diritto penale. Brevi riflessioni</i>	229
---	-----

Sezione IV – *Saranno magistrati: l'anacronistica immutabilità dell'ordinamento giudiziario*

CARLO GUARNIERI <i>Ruolo della giurisdizione e modelli di reclutamento della magistratura</i>	235
--	-----

LUCIANO VIOLANTE <i>Verso un giudice di common law?</i>	239
--	-----

LORENZO ZILLETTI <i>La giurisprudenza oggi: tra tracicimazioni ermeneutiche e legittimazione</i>	243
---	-----

Il punto su... Il caso Provenzano

FRANCO CORLEONE
41-bis, un regime detentivo senza fine ma con un fine 247

LUIGI MANCONI, STEFANO ANASTASIA, VALENTINA CALDERONE
Abolire il "carcere duro". Legittimità e limiti del 41-bis alla luce della sua applicazione 263

Il punto su... Partecipazione democratica alle scelte politico criminali e garanzie individuali nell'epoca del diritto penale tecnocratico. Un bilancio di inizio secolo

LUCIANO EUSEBI
Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale «umanizzatrice»? 285

ALBERTO GARGANI
Crisi del diritto sostanziale e vis expansiva del processo 303

OLIVIERO MAZZA
Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo 329

LUCIANO VIOLANTE
La produzione del penale tra Governo e Parlamento maggioritario 339

Antologia

LUIGI CORNACCHIA
Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normentheorie di Binding nella dommatica penale 347

CRISTINA DE MAGLIE
Alla ricerca di un "effective compliance program":venticinque anni di esperienza statunitense 375

GIUSEPPE DI VETTA
L'abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno» 399

MARIA NOVELLA MASULLO

Dietro le quinte: la riemersione della punibilità del falso qualitativo.
Un confronto sulle possibili controindicazioni desumibili dal tipo 425

EDOARDO MAZZANTI

Violazione di diritti umani e responsabilità dello Stato.
La prevenzione dei disastri come "alternativa" al diritto penale 447

GHERARDO MINICUCCI

Contributo allo studio del dolo di bancarotta patrimoniale 481

PIERPAOLO RIVELLO

*Il ruolo attribuito alla vittima del reato dalla normativa processuale italiana
in rapporto a quello ad essa spettante innanzi alle Corti penali
internazionali* 507

ANA LUCIA SABADELL

Forme di "patriarcalismo" giuridico-penale in Brasile.
Il caso delle molestie sessuali e della violenza sessuale 563

ALESSANDRO SPENA

*La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello
hate speech* 577

Lecture

GAETANO CARLIZZI

*Le nuove frontiere della teoria del diritto. Riflessioni sul libro di Giorgio
Pino, Teoria analitica del diritto I* 611

TABLE OF CONTENTS

On the front page

STUART P. GREEN <i>The conceptual utility of malum prohibitum</i>	15
TULLIO PADOVANI <i>Torture: an apparently late compliance, an actually persistent failure to comply</i>	27
FREDERICK SCHAUER <i>Lie-Detection, Neuroscience and evidence law</i>	33

Big themes *Welfare e diritto penale*

DAVID GARLAND <i>Welfare State under siege</i>	63
DOMENICO PULITANÒ <i>Welfare and the criminal law. Variations on a theme put forward by Garland</i>	77

Roundtable

<i>Informative fault and self-protective cautions in areas of high seismic risk (on the “Grandi Rischi” judgment. – Cassazione penale, sez. IV, 24 March 2016, No. 12478)</i>	
Introductory remarks	95
<i>Discussants:</i> ALESSANDRO AMATO DAVIDE AMATO ROBERTO CALCINARI DOMENICO NOTARO	

Exchange of views <i>The creative bureaucrat. The increasing interpretative enterprise of criminal case law</i>	
Introductory remarks by Fausto Giunta	157

Section I – *The unbearable lightness of the text*

DARIO MICHELETTI	
<i>Jus contra lex. A sampling of the uncontrollable aversion of criminal courts to the principle of legality of crimes</i>	161

Section II – *From the unpredictability of the law to the unpredictability of the judgment*

COSTANZA BERNASCONI	
<i>At the roots of the unpredictability of judicial law</i>	193

Section III – *The lawmaking judge: towards the twilight of the distinction between jus facere and jus dicere?*

DOMENICO PULITANÒ	
<i>Between jus facere and jus dicere</i>	205

GIOVANNI TARLI BARBIERI	
<i>The law, today: between saying and doing</i>	215

VITO VELLUZZI	
<i>Interpretation, interpreters, and the criminal law. Brief reflections</i>	229

Section IV – *“They will be judges and prosecutors”: the anachronistic Immutability the judiciary*

CARLO GUARNIERI	
<i>The role of judicial jurisdiction and recruiting models</i>	235

LUCIANO VIOLANTE	
<i>Towards a common law judge?</i>	239

LORENZO ZILLETTI	
<i>The case law, today: between hermeneutics overflows and legitimation</i>	243

Focus on... *The Provenzano case*

FRANCO CORLEONE
Article 41-bis, an endless prison regime with a goal 247

LUIGI MANCONI, STEFANO ANASTASIA, VALENTINA CALDERONE
“Abolish extreme prison regimes“. Legitimacy and limits of Article 41-bis in light of its applications 263

Focus on... *Democratic participation to penal policy-making and individual rights in the era of a technocratic criminal law: an appraisal at the beginning of the century*

LUCIANO EUSEBI
Prevention and guarantees: broken promises of the criminal law or paradigms of a “humanizing” penal reform? 285

ALBERTO GARGANI
The crisis of substantive criminal law and the expansive force of the trial 303

OLIVIERO MAZZA
The twilight of procedural legality at the time of due process 329

LUCIANO VIOLANTE
Penal law-making between the Executive and a majoritarian Parliament 339

Anthology

LUIGI CORNACCHIA
Lex imperfecta: what is still alive of Binding’s Normentheorie in criminal law theory 347

CRISTINA DE MAGLIE
In search of an “effective compliance program”: twenty-five years of American experience 375

GIUSEPPE DI VETTA
Abuse of office: chronicle of a “comeback” 399

MARIA NOVELLA MASULLO

Behind the scenes: the reemergence of the criminalization of 'qualitative' false accounting. A discussion on possible contraindications inferable from the Actus Reus 425

EDOARDO MAZZANTI

Human rights violation and State liability. Prevention of disasters as an "alternative" to the criminal law 447

GHERARDO MINICUCCI

Contribution to the study of the Mens Rea requirement for bankruptcy offenses involving asset insolvency 481

PIERPAOLO RIVELLO

The role assigned to the victim by Italian rules of criminal procedure vis-à-vis the role assigned to the victim before International Criminal Courts 507

ANA LUCIA SABADELL

Forms of "patriarchal" criminal law in Brazil. The case of sexual harassment and sexual violence 563

ALESSANDRO SPENA

The word "hate". Overexposure, criminalization and interpretation of hate speech 577

Book Review

GAETANO CARLIZZI

The new frontiers of legal theory. Reflections on Giorgio Pino's Analytical Theory of Law I 611

Primo Piano

STUART P. GREEN

L'UTILITÀ CONCETTUALE DELLA NOZIONE
DI *MALUM QUIA PROHIBITUM* ^{(*)(**)}

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La confusione sul significato di *malum quia prohibitum*. – 3. *Malum quia prohibitum* e *malum in se* come qualità scalari. – 3.1. Illecito *esclusivamente* perché vietato. – 3.2. Illecito *parzialmente* perché vietato. – 3.3. Illecito *principalmente* perché vietato. – 4. La soggettività delle nozioni di *malum in se* e *malum quia prohibitum*. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

Per i sostenitori della teoria retributiva, i quali ritengono che le sanzioni penali debbano essere impiegate per punire solo i comportamenti riprovevoli, i reati definiti come *mala quia prohibita* rappresentano da sempre un *tòpos* problematico. Quando la condotta punita è caratterizzata da un disvalore che precede e prescinde dal fatto di essere giuridicamente illecita – come accade riguardo a presunti *mala in se* quali l'omicidio e lo stupro – la strada che conduce alla riprovevolezza è relativamente chiara. Ma quando il disvalore della condotta dipende dal suo essere giuridicamente illecita – come si ritiene essere nel caso di presunti *mala quia prohibita* come la pesca non autorizzata e l'acquisto di farmaci senza prescrizione medica – la posizione a favore della criminalizzazione diventa più difficile da sostenere¹. A meno di non ritenere che una mera violazione della legge sia, in quanto tale, moralmente illecita, l'imposizione di sanzioni penali parrebbe ardua da giustificare.

Questa è la tradizionale visione liberale della teoria retributiva. Tuttavia, come avrò modo di sostenere, le cose sono notevolmente più complicate di quanto questa concezione suggerisca. Nessun reato appartenente al mondo reale è interamente *malum in se* o totalmente *malum quia prohibitum*. Piuttosto, i concetti di *malum in se* e *malum quia prohibitum* dovrebbero essere intesi come qualità scalari antitetiche che tutti i reati, in una certa misura, posseggono. In forza di que-

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

(**) Il presente lavoro è apparso in lingua originale sulla rivista *Dialogue*, vol. 55(1), 2016, pp. 33-43. ©Canadian Philosophical Association, Cambridge University Press. Traduzione autorizzata.

¹ Nel lessico della dottrina penalistica italiana *mala in se* e *mala quia prohibita* (o *mala quia vetita*) sono indicati, rispettivamente, anche con la dicitura di *reati naturali* e *reati artificiali* (N.d.T.).

sta concezione, un reato potrebbe essere, ad esempio, all'ottanta per cento *malum in se* e al venti per cento *malum quia prohibitum*, oppure al venti per cento *malum in se* e all'ottanta per cento *malum quia prohibitum*. Pensare alle nozioni di *malum in se* e *malum quia prohibitum* in questo modo può aiutarci a compiere una più corretta valutazione circa il contenuto morale delle fattispecie incriminatrici, tenendo conto dei diversi modi in cui il diritto e le istituzioni giuridiche definiscono il loro contenuto morale, delle ragioni in forza delle quali le persone rispettano i divieti posti dalle disposizioni incriminatrici, oltre che di cosa significhi in primo luogo "obbedire" alla legge.

2. La confusione sul significato di *malum quia prohibitum*

Per come originariamente utilizzata, l'espressione *mala in se* indica quelle condotte penalmente rilevanti il cui disvalore è ricondotto a una fonte superiore rispetto all'autorità civile, come Dio o il diritto naturale². L'espressione *mala quia prohibita*, per parte sua, si riferisce tradizionalmente ai quei reati la cui carica di disvalore discende in via esclusiva dal fatto che si tratta di condotte vietate dal diritto positivo, fattispecie dunque di mera creazione legislativa. Nei moderni sistemi giuridici di stampo secolare, che non considerano la religione quale fonte del diritto, possiamo affermare, in via preliminare, che un reato è *malum in se* nella misura in cui criminalizza una condotta che è considerata moralmente sbagliata indipendentemente della valutazione operata dall'ordinamento giuridico; un reato è invece qualificato come *malum quia prohibitum* nel caso in cui criminalizza una condotta che è ritenuta moralmente biasimevole al più esclusivamente in forza del suo essere giuridicamente illecita.

In tempi recenti, alcuni tribunali e alcuni commentatori hanno abbandonato questa definizione tradizionale dell'espressione, utilizzando la locuzione "*mala quia prohibita*" in diversi modi fuorvianti. In primo luogo, taluni hanno impiegato l'espressione come se si trattasse di un sinonimo per indicare reati a responsabilità oggettiva (*strict liability offenses*) e reati riguardanti il pubblico benessere (*public welfare offenses*)³. Questo utilizzo appare problematico. La nozione di responsabilità oggettiva, infatti, nella sua accezione tecnica indica quelle fattispecie caratterizzate da un elemento materiale (*actus reus*) cui però non corrisponde al-

² L'analisi di questa sezione si basa sulle riflessioni sviluppate in S.P. GREEN, *Why It's a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses*, in 46 *Emory L.J.*, 1997, p. 1533 ss., in part. pp. 1570-1572.

³ W.R. LAFAVE, *Criminal Law*⁴, St. Paul, MN, 2003, pp. 36-39, il quale presenta casi che utilizzano l'espressione in questo modo non corretto, anche se poi altrove la distinzione viene operata in modo più o meno preciso.

cun elemento soggettivo (*mens rea*)⁴. I reati concernenti il pubblico benessere costituiscono invece un sottoinsieme dei reati a responsabilità oggettiva: queste fattispecie riguardano discipline regolative e comportano uno stigma relativamente esiguo⁵. Il fatto che un reato sia un *malum quia prohibitum* non dice in realtà nulla circa la sussistenza o meno dell'elemento soggettivo nella struttura della fattispecie: vi sono infatti presunti *mala quia prohibita* che richiedono la prova dell'intenzione (come, ad esempio, nel caso della fattispecie di offesa alla dignità o all'autorità della corte, il c.d. *criminal contempt*) e presunti *mala in se* che invece non richiedono tale prova (come, ad esempio, nel caso del c.d. *statutory rape*, la violenza sessuale presunta⁶). Utilizzare questi concetti come fossero sinonimi crea dunque una inutile confusione.

In secondo luogo, l'espressione *malum quia prohibitum* è stata impiegata talvolta come se si trattasse di un sinonimo di "reato dal carattere regolativo" (*regulatory crime*). Ad esempio, l'elenco dei *mala quia prohibita* offerto da Joshua Dressler nel suo manuale di diritto penale comprende "le disposizioni che incriminano la produzione e la vendita al pubblico di sostanze alimentari adulterate e di farmaci scaduti o contraffatti, quelle che puniscono l'inquinamento ambientale, nonché i reati in materia di circolazione stradale e le fattispecie penali previste dalla disciplina dei veicoli a motore"⁷. Anche questo utilizzo è problematico. La maggior parte delle persone sarebbe probabilmente d'accordo nel ritenere che condotte consistenti nel vendere cibo adulterato e farmaci scaduti oppure nell'inquinare l'ambiente debbano essere considerate moralmente biasimevoli anche a prescindere dall'essere proibite per legge. Sembrerebbero perciò esistere dei reati dal carattere regolativo che non sono al contempo *mala quia prohibita*. Inoltre, esistono reati che sono *mala quia prohibita* anche se non riguardano necessariamente discipline regolative. Tra essi, mi pare di poter sostenere, rientrano le fattispecie di offesa alla dignità o all'autorità della corte, lo spergiuro e l'intralcio alla giustizia (avrò modo di aggiungere altro sul carattere di *malum quia prohibitum* di tali fattispecie in seguito).

In terzo luogo, infine, l'espressione *mala quia prohibita* è talvolta impiegata per riferirsi a reati "che non hanno alcun bagaglio morale" o che non implicano

⁴ Esistono altri significati del concetto di *strict liability* ma ho altrove sostenuto che questo sia quello che deve essere preferito. Cfr. S.P. GREEN, *Six Senses of Strict Liability: A Plea for Formalism*, in A.P. Simester (ed.), *Appraising Strict Liability*, Oxford, 2005, p. 1 ss.

⁵ Il *locus classicus* sul tema è rappresentato da F.B. SAYRE, *Public Welfare Offenses*, in 33 *Colum. L. Rev.*, 1933, p. 55 ss.

⁶ Si tratta di quei casi in cui un rapporto sessuale è considerato stupro pur in assenza di costrizione in ragione del fatto che la vittima non aveva l'età prevista dalla legge per prestare un consenso valido (N.d.T.).

⁷ J. DRESSLER, *Understanding Criminal Law*⁵, Newark, NJ, 2009, p. 147.

alcuna “offesa morale”, “peccato”, o “senso di colpa”⁸. Anche questo utilizzo si caratterizza per una certa confusione in quanto contrasta con il significato letterale dell’espressione, si pone in conflitto con il suo significato storico e solleva l’importante questione della verifica delle ipotesi, qualora ve ne siano, in cui tali reati si caratterizzano effettivamente per l’essere moralmente neutri.

3. *Malum quia prohibitum e malum in se come qualità scalari*

I concetti di *malum quia prohibitum* e di *malum in se* hanno qualcosa a che fare con la relazione tra il fatto che una determinata condotta sia vietata per legge e la sua carica di disvalore morale. Ma esattamente di che relazione si tratti resta una cosa che deve essere spiegata.

Il compito diventa più semplice se ci si sofferma *in primis* sulla nozione di *malum quia prohibitum*. Ci sono tre possibili significati che possono essere attribuiti al concetto. In primo luogo, qualificare un reato come un *malum quia prohibitum* potrebbe significare che esso è portatore di un disvalore *esclusivamente* perché vietato. In secondo luogo, potrebbe significare che un determinato reato è portatore di un disvalore *in parte* perché vietato. Infine, potrebbe significare che un determinato reato è portatore di un disvalore *principalmente* perché vietato. Per le ragioni che ora spiegherò, credo che la terza di queste opzioni offra la migliore spiegazione di cosa significhi per un reato essere un *malum quia prohibitum*.

3.1. *Illecito esclusivamente perché vietato*

Il problema della definizione dei *mala quia prohibita* come fattispecie che posseggono una carica di disvalore soltanto perché vietate dalla legge sta nel fatto che reati di questo tipo non esistono, e se esistessero probabilmente non sarebbero in grado di sopravvivere allo scrutinio operato in sede giurisdizionale. L’insieme dei reati definiti in tal modo è quindi un insieme vuoto.

In alcune occasioni, Douglas Husak ha parlato dei *mala quia prohibita* in questo modo⁹. Husak offre un esempio di ciò che egli considera rappresentativo “dell’intera categoria dei reati artificiali”, vale a dire il riciclaggio di denaro¹⁰. Nell’ordinamento statunitense, una persona, tra le varie ipotesi, commette questo reato laddove depositi in banca più di diecimila dollari derivanti da una fonte il-

⁸ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, 1765, pp. 57-58, 524.

⁹ D. HUSAK, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford-New York, 2008, pp. 105-107, il quale distingue tra ipotesi “pure” ed “ibride” di *mala quia prohibita*.

¹⁰ D. HUSAK, *Overcriminalization*, cit., p. 105.

lecita¹¹, come ad esempio nel caso in cui i soldi provengano da un furto o dal traffico di droga. Secondo Husak, “anche se è ovviamente biasimevole trarre vantaggi da condotte illegali, è difficile comprendere perché una persona che deposita semplicemente i suoi profitti in una banca commetta un *secondo* atto biasimevole che preesiste ed è indipendente rispetto alla valutazione dell’ordinamento giuridico”¹².

L’esempio scelto da Husak mostra con chiarezza perché questo approccio per la definizione dei *mala quia prohibita* sia erroneo. Contrariamente a quanto afferma Husak, *esistono* diversi modi in cui la persona che deposita guadagni illeciti in una banca commette un qualcosa che può ritenersi biasimevole indipendentemente dal divieto sancito a livello normativo. In primo luogo, appare probabile che il depositante adotti degli accorgimenti quali atti di occultamento o dissimulazione volti a rendere più difficile da parte della vittima o, ancor più, da parte della polizia l’identificazione della catena delittuosa che lega il deposito del denaro al reato presupposto. La condotta del depositante riflette quindi il disvalore connesso all’adozione di tali accorgimenti¹³. In secondo luogo, il depositante sta contribuendo alla creazione di una sorta di mercato per i guadagni illeciti. Presumibilmente, i ladri avrebbero un minor incentivo a rubare e gli spacciatori un minore incentivo rispetto allo spaccio di sostanze stupefacenti qualora riciclare i proventi delle loro attività illecite fosse oltremodo costoso. Il riciclatore di denaro sembra così ‘ratificare’ o ‘intensificare’ i profili di lesività e disvalore commessi dall’autore del reato presupposto, chiunque esso sia¹⁴. Se il riciclaggio di denaro rappresenta un esempio paradigmatico di *malum quia prohibitum*, non si tratta certo di un esempio particolarmente convincente.

Anche il reato più puramente regolativo conserva una qualche carica di disvalore connessa al contenuto morale che ne sta alla base. Si consideri, ad esempio, la fattispecie che punisce l’esercizio abusivo della professione medica¹⁵. Sembra doversi ammettere che il comportamento che integra la fattispecie costituisce una condotta piuttosto neutra da un punto di vista morale, almeno nei casi in cui la persona che esercita la professione medica senza regolare abilitazione sia adeguatamente qualificata e rispetti tutte le norme tecniche e deontologiche della professione. Anche se legittimamente potremmo chiederci se ciò costituisca un uso

¹¹ Cfr. 18 U.S. Code § 1957 – “Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity” (N.d.T.).

¹² HUSAK, *Overcriminalization*, loc. ult. cit.

¹³ Sul contenuto morale di questi accorgimenti dissimulativi, cfr. S.P. GREEN, *Uncovering the Cover-Up Crimes*, in 42 *Am. Crim. L. Rev.*, 2005, p. 9 ss.

¹⁴ Per una discussione dei profili analoghi riscontrabili in relazione al reato di ricettazione, v. S.P. GREEN, *Thirteen Ways to Steal a Bicycle: Theft Law in the Information Age*, Cambridge, MA, 2012, pp. 180-194.

¹⁵ Per queste riflessioni, cfr. anche S.P. GREEN, *Why It’s a Crime*, cit., p. 1576.

appropriato del diritto penale, tuttavia parrebbe sbagliato affermare che la condotta descritta dalla fattispecie incriminatrice sia interamente priva di un contenuto morale pre-giuridico.

Una possibilità è quella di ritenere che un illecito di questo tipo renderebbe più difficile per lo Stato disciplinare la professione medica. S'immagini che un'autorità di sanità pubblica voglia comunicare l'insorgenza di una emergenza sanitaria a tutti i medici di una determinata zona. L'elenco dei medici mantenuto presso la pubblica autorità locale rappresenterebbe un ovvio punto di partenza. Ma un medico non abilitato si presume non compaia in tal elenco e pertanto potrebbe non essere avvertito dell'emergenza. Di conseguenza, la salute dei pazienti del medico senza licenza potrebbe essere in pericolo. In un caso del genere, si potrebbe sostenere che anche il mancato ottenimento dell'abilitazione da parte dell'altrimenti qualificato medico presenti un profilo di disvalore per una ragione differente rispetto a quella posta originariamente alla base dell'incriminazione (e questo tralasciando che il medico senza licenza probabilmente non versa imposte che potrebbero essere utilizzate per attività socialmente utili).

Partendo dal presupposto che lo stato abbia un *qualche* interesse legittimo alla regolamentazione di questo settore, sembra scorretto affermare che il reato tragga il proprio contenuto morale interamente dal fatto che la condotta è vietata dalla legge. In un certo qual modo, la scelta della criminalizzazione appare dettata dal buon senso. Con questo intendo dire che il motivo per cui i cittadini osservano il divieto di esercitare abusivamente la professione medica non è da rinvenirsi semplicemente nel fatto che la condotta sia vietata per legge ma discende altresì dalla sussistenza di buone ragioni di carattere morale per evitare di attuare tale condotta indipendentemente della sua contrarietà al diritto positivo.

Anche se forse teoricamente possibile, nel mondo reale l'incriminazione di una condotta che fosse biasimevole esclusivamente perché vietata dalla legge sarebbe difficilmente capace di sopravvivere a uno scrutinio fondato sui principi e sulle garanzie fondamentali dell'ordinamento. Quali potrebbero essere le sembianze di una simile fattispecie? Immaginate un regime dispotico, in cui il sovrano ordina che tutti debbano indossare abiti di colore verde il martedì. In un'ipotesi del genere, il giudizio di disvalore sotteso alla fattispecie sembrerebbe del tutto arbitrario (assumendo che la previsione non sia destinata a correggere ciò che è stato definito un "problema di coordinamento"¹⁶). Non ci sarebbe alcun motivo di carattere morale per indossare abiti verdi il martedì oltre al fatto che la legge questo imponga. Il problema di una previsione del genere è che assai difficilmente essa sarebbe in grado di sopravvivere al controllo giurisdizionale in un

¹⁶ Cfr. L. GREEN, *Law, Coordination and the Common Good*, in 3 *Oxford J. Legal Stud.*, 1983, p. 299 ss.

sistema giuridico democratico moderno. Ad esempio, anche collocandosi al di sotto dello standard minimale del controllo di costituzionalità previsto negli Stati Uniti, ciascuna previsione normativa deve in ogni caso essere “ragionevolmente correlata ad una legittima finalità di governo”¹⁷.

3.2. *Illecito parzialmente perché vietato*

Un altro approccio per la definizione del concetto di *malum quia prohibitum* consiste nel sostenere che un reato deve essere considerato tale se trae almeno *in parte* il suo contenuto morale dal fatto di essere vietato dalla legge. Il problema di questo approccio, tuttavia, è che *ogni* reato trae almeno in parte il suo contenuto morale dal fatto di essere vietato dalla legge. Questo è vero anche per quelle fattispecie che sembrerebbero essere i principali candidati per la classificazione come *malum in se*. Ad esempio: (1) non possiamo dire se un soggetto *D* abbia commesso una condotta di omicidio moralmente biasimevole a meno di non conoscere ciò che la legge considera come essere umano ai fini dell'integrazione della fattispecie; (2) non possiamo dire se un soggetto *D* abbia commesso un atto sessuale non consensuale moralmente biasimevole senza sapere come la legge definisce le nozioni di consenso, violenza, inganno e costrizione; (3) non possiamo affermare che un soggetto *D* abbia commesso una condotta moralmente biasimevole di furto senza conoscere come le leggi che disciplinano il diritto di proprietà definiscono concetti chiave quali proprietà, possesso, abbandono e simili; (4) non possiamo dire se un soggetto *D* abbia commesso evasione fiscale a meno di non sapere quali tasse egli doveva pagare; (5) infine, non possiamo affermare in che misura un soggetto *D* abbia attuato una condotta carica di disvalore nel non soccorrere un soggetto *V* a meno di non sapere se *D* si trovasse in una giurisdizione in cui era vigente una legge del buon samaritano¹⁸. Ciò che voglio sostenere non è solo che le nostre valutazioni giuridiche relative a tali situazioni risentono inevitabilmente di quanto previsto dalle norme giuridiche che le disciplinano. Piuttosto, ritengo che i nostri giudizi *morali* siano probabilmente influenzati da tali norme giuridiche.

Si ipotizzi il caso in cui un soggetto *D* trovi alcuni oggetti smarriti. È moralmente ammissibile per lui tenerli? Dovrebbe lasciarli dove li ha trovati? Deve cercare il loro proprietario? Possiamo facilmente immaginare che il nostro giudi-

¹⁷ Cfr., ad es., *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483 (1955).

¹⁸ Le c.d. “*good Samaritan laws*” sono leggi a tutela delle persone che cercano di prestare aiuto. La protezione accordata dall'ordinamento è finalizzata a ridurre l'esitazione degli astanti rispetto alla decisione di prestare aiuto a soggetti che sono o appaiono essere feriti, incapaci di provvedere a se stessi, o in pericolo per paura di essere citati in giudizio o perseguiti per lesioni involontarie eventualmente provocate (N.d.T.).

zio morale circa il comportamento del soggetto *D* sia condizionato dal fatto che la sua condotta sia stata commessa in violazione della legge oppure no.

Il diritto è importante perché aiuta a definire non soltanto il grado di disvalore delle diverse condotte ma altresì la loro *dannosità sociale*. Si consideri il reato di offesa alla dignità o all'autorità della corte. L'atto è biasimevole (assumendo che sia tale) perché posto in essere in spregio di un tribunale o di altra autorità statuale. Ma è anche dannoso nel senso che pone in pericolo un'importante istituzione dello Stato di diritto. Qualcosa di simile vale per i reati di falsa dichiarazione giurata e intralcio alla giustizia. Nessuno di questi reati potrebbe esistere in un momento antecedente o indipendentemente da un'espressa previsione legislativa. In questo senso, dunque, essi sono *mala quia prohibita*. D'altro canto, essi però riflettono anche alcune caratteristiche proprie dei *mala in se*. Ad esempio, una soggetto che mente sotto giuramento, incolpando falsamente un imputato nel corso di una testimonianza in un processo penale, compie un grave torto nei confronti di quella persona che è del tutto indipendente rispetto alla valutazione operata dal diritto. Lo stesso potrebbe dirsi di chi distrugge materiale probatorio o introduce prove false nel corso di un procedimento giudiziario¹⁹.

3.3. *Illecito principalmente perché vietato*

Se un utilizzo sensato dell'espressione *malum quia prohibitum* esiste – e io penso esista – questo dovrebbe fare riferimento a quei reati che rientrano nell'ambito di una terza categoria: quella dei reati che esprimono un disvalore *principalmente* o *primariamente* perché vietati dalla legge. Gli esempi includono non soltanto reati come l'acquisto di farmaci senza prescrizione medica ma anche la pesca non autorizzata, l'omessa presentazione del rapporto mensile sullo scarico nelle acque, o la rimozione dell'etichetta da un materasso.

Ancor meglio: invece di riferirsi alle nozioni di *malum in se* e *malum quia prohibitum* come categorie precise in cui le singole fattispecie rientrano o no, dovremmo parlare di loro come qualità tra loro opposte che si pongono lungo un *continuum* unitario e che, in un modo o in un altro, caratterizzano tutti i reati previsti dall'ordinamento. All'estremità del *continuum* rappresentata dal *malum in se* si collocano reati come l'omicidio e la violenza sessuale. All'estremità opposta dello spettro, quella del *malum quia prohibitum*, si situano reati come la pesca non autorizzata. In altre parole, le nozioni di *malum quia prohibitum* dovrebbe essere intesa come un concetto scalare piuttosto che binario. Secondo questo approccio, una fattispecie come l'esercizio abusivo della professione medica sarebbe considerato, ad esempio, come *malum quia prohibitum* al novanta per cento e

¹⁹ Cfr. S.P. GREEN, *Lying, Cheating, and Stealing: A Moral Theory of White Collar Crime*, Oxford-New York, 2006, pp. 178-179.

malum in se al dieci per cento, mentre un reato come la violenza sessuale sarebbe visto, ad esempio, come *malum in se* al novanta per cento e *malum quia prohibitum* al dieci per cento.

4. La soggettività delle nozioni di *malum in se* e *malum prohibitum*

Finora abbiamo considerato i reati come se questi avessero un contenuto morale universale e fisso. Secondo questo approccio, il divieto posto da una determinata fattispecie viene rispettato o perché le persone ne riconoscono la intrinseca gravità morale, o perché esse vogliono obbedire alla legge, oppure in forza di una combinazione delle due precedenti ragioni.

Ma, naturalmente, non tutte le persone rispettano i divieti posti dall'ordinamento per gli stessi motivi. Holmes ritiene che, nel decidere come legiferare, faremmo meglio ad adottare la prospettiva dell'"uomo cattivo", indifferente rispetto alla moralità della legge²⁰. Piuttosto, egli è interessato solo al livello delle pene irrogate dall'autorità pubblica in connessione a determinate condotte.

Hart critica tale approccio ne *Il concetto di diritto*, sostenendo che la teoria di Holmes riduca la richiesta di conformità che proviene dal diritto a mera cautela o interesse personale²¹. L'approccio di Holmes, afferma Hart, è incapace di spiegare cosa significa avere un obbligo di fare ciò che il diritto richiede. Esso non è infatti in grado di comprendere ciò che Hart chiama l'aspetto "interno" delle norme giuridiche – vale a dire il loro costituire la ragione che ci porta ad agire nel modo in cui agiamo. Quanto all'"uomo cattivo", domanda Hart, "[p]erché il diritto non dovrebbe interessarsi anche all'"uomo perplesso" o all'"uomo ignorante" che desidera fare ciò che si richiede, se soltanto gli si dice in che cosa questo consiste?"²².

Negli studi contemporanei di psicologia sociale è spesso affermato che le persone si astengono dal commettere comportamenti costituenti reato non perché esse abbiano paura delle sanzioni che riceverebbero qualora ponessero in essere condotte vietate ma, piuttosto, perché riconoscono che la condotta sia moralmente biasimevole²³. Per quanto utile questa intuizione possa essere, essa racconta però solo una parte della storia²⁴. Alcuni soggetti, in taluni casi, possono decidere

²⁰ Cfr. O.W. HOLMES JR., *The Path of the Law*, in 20 *Harv. L. Rev.*, 1897, p. 457 ss.

²¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 39.

²² *Ivi*, p. 40.

²³ Lo studio classico sul tema è rappresentato dal volume di T.R. TYLER, *Why People Obey the Law*, New Haven, CT, 1990.

²⁴ Esiste naturalmente una vasta letteratura filosofica a proposito della questione se sussista realmente un obbligo morale di obbedire alla legge. Per una sintesi, cfr. S.P. GREEN, *Why It's a Crime*, cit., pp. 151-185.

di rispettare il divieto posto da una determinata incriminazione perché ritengono che la condotta vietata sia moralmente sbagliata. In altri casi, essi possono decidere di rispettare un determinato divieto posto da una norma incriminatrice poiché temono le conseguenze sia di carattere penale sia in termini di stigma connesse alla sua inosservanza. In altri casi ancora essi possono decidere di rispettare un certo divieto perché vogliono obbedire alla legge in quanto tale. Molto spesso, pare potersi affermare, le persone obbediscono alla legge in forza di una combinazione dei motivi appena elencati. Per citare un solo esempio: la maggior parte delle persone si astengono dal guidare in stato di ebbrezza perché esse riconoscono i gravi e ingiustificati rischi che tale condotta implica; ma lo fanno anche perché vogliono evitare l'eventualità di essere arrestati e puniti per aver tenuto un simile comportamento; e forse perché vogliono essere il tipo di persone che obbediscono alla legge perché si tratta della legge.

Il fatto che persone differenti rispettino divieti penali differenti per ragioni differenti rende le generalizzazioni circa il carattere di *malum in se* o *malum quia prohibitum* di una qualsiasi fattispecie penale ancora più complesse di quanto indicato in precedenza. Cerchiamo di immaginare cinque modelli paradigmatici di cittadino:

(1) Il cittadino *virtuoso ma libertario* percepisce con grande chiarezza che l'omicidio, la violenza sessuale e il furto costituiscono cattive azioni, e non le compirebbe mai anche se fossero rese lecite. Egli comprende che sono giuridicamente illecite, ma questo fatto non fa alcuna differenza per lui poiché non crede che esista un obbligo morale di obbedire alla legge e, anzi, normalmente è assai sospettoso rispetto alle forme di controllo statale.

(2) Il cittadino *virtuoso e rispettoso della legge* percepisce con grande chiarezza che l'omicidio, la violenza sessuale e il furto costituiscono cattive azioni, e non le compirebbe mai anche se fossero rese lecite. Ma il fatto che tali condotte siano giuridicamente illecite gli offre un motivo ulteriore per non attuarle, poiché egli rispetta l'autorità della legge e prende sul serio l'obbligo morale di obbedire ad essa.

(3) Il cittadino *virtuoso ma inconsapevole* percepisce con grande chiarezza che l'omicidio, la violenza sessuale e il furto costituiscono cattive azioni, e pertanto non compie tali condotte. Tuttavia, egli è inconsapevole del fatto che esse siano giuridicamente illecite, e pertanto non ha alcuna opinione su come il loro essere giuridicamente illecite influisca sull'obbligo generale di obbedire ai divieti posti per legge.

(4) Il cittadino *cattivo ma rispettoso della legge* afferma che se l'omicidio e la violenza sessuale non fossero penalmente sanzionati, egli approfitterebbe di ogni occasione a sua disposizione per commettere tali atti. Tuttavia, egli crede

nell'importanza dello Stato di diritto e che ognuno abbia l'obbligo morale di obbedire alla legge; ed è per questo motivo che egli rispetta i divieti penali sanciti dal legislatore.

(5) Il cittadino *cattivo ma coartato* afferma che se l'omicidio e la violenza sessuale non fossero penalmente sanzionati, egli approfitterebbe di ogni occasione a sua disposizione per commettere tali atti. Egli non avverte alcun particolare obbligo morale di obbedire alla legge. Tuttavia, egli è avverso al rischio e non vuole trascorrere del tempo in carcere, e così obbedisce alla legge esclusivamente per evitare le sanzioni che essa potenzialmente comporta.

In ciascun caso la misura in cui una determinata fattispecie è correttamente intesa come *malum quia prohibitum* o come *malum in se* sembra variare secondo le inclinazioni morali del singolo agente. In tal modo, per il cittadino *virtuoso ma libertario* così come per quello *virtuoso ma inconsapevole* l'omicidio e la violenza sessuale sembrano essere puri *mala in se*. Al contrario, per il cittadino *cattivo ma rispettoso della legge* essi sono puri *mala quia prohibita*. Per quanto riguarda il cittadino *virtuoso e rispettoso della legge* tali reati sembrano avere un po' i caratteri di entrambe le opposte polarità. Infine, per il cittadino *cattivo ma coartato* tali condotte non presentano invece i caratteri di alcuna tra le due. Inoltre in questo schema potrebbero esserci infinite gradazioni. Un individuo potrebbe essere, ad esempio, virtuoso all'ottanta per cento, rispettoso della legge al dieci per cento, coartato al dieci per cento, e così via in base alla fattispecie in questione e alle diverse attitudini e caratteristiche personali di un determinato soggetto.

Qual è dunque la prospettiva corretta? Per quanto riguarda alcuni reati come l'omicidio e la violenza sessuale, sembra possibile affermare che la visione "normale", "sana" o "corretta" che dir si voglia sia quella del cittadino virtuoso. Appare ovvio che tali condotte siano ampiamente caratterizzate da un intrinseco disvalore già ad uno stadio che, allo stesso tempo, precede e prescinde dalla valutazione effettuata dall'ordinamento giuridico, e chiunque non riesca a riconoscere ciò è da considerarsi come un deviante, forse anche sociopatico. Ad essere meno chiara è la misura in cui persino il cittadino virtuoso sarebbe condizionato dal fatto che tali atti siano contrari alla legge.

Esistono tuttavia altre tipologie di reato che sono assai più difficili da classificare. Si considerino ad esempio i seguenti casi: il *download* illegale da Internet, la prostituzione, l'incesto tra adulti consenzienti, l'*insider trading* e l'evasione fiscale. Persone ragionevoli, e moralmente sensibili possono essere – e spesso sono – tra loro in disaccordo rispetto all'intrinseco disvalore di molte di queste condotte. Il punto lungo il *continuum* compreso tra la polarità dei *mala in se* e quella dei *mala quia prohibita* dove uno qualsiasi di questi reati si colloca sembrerebbe dunque differire da agente ad agente, riflettendo perciò questioni profondamente

dibattute circa la legittimità di tali incriminazioni.

Prima che si possa dire dove sul *continuum* tra *mala in se* e *mala quia prohibita* si collochino tali reati, dovremmo altresì sapere di più sul contesto sociale in cui essi operano. Ad esempio, in una società in cui tutti i beni appartengano ad una ristretta oligarchia ereditaria, il contenuto morale del furto o di altri reati contro il patrimonio sarebbe molto diverso dal contenuto morale del furto nell'ambito di una democrazia capitalista in cui la proprietà fosse liberamente alienabile. Mentre nel caso del furto commesso da un membro dell'oligarchia si potrebbe sostenere con forza che si tratti di un *malum in se*, nel caso del furto commesso da qualcuno non facente parte della classe dirigente probabilmente non si potrebbe asserire lo stesso²⁵. Qualcosa di simile potrebbe essere sostenuto riguardo ai cittadini fiscalmente vessati che evadono le tasse nel quadro di un ordinamento che preveda un regime tributario profondamente iniquo.

5. Conclusione

Se si è convinti sostenitori della teoria retributiva, considerata anche solo come vincolo laterale tra i compiti del diritto penale, sussiste la necessità di individuare strumenti migliori e maggiormente accurati per valutare il grado di disvalore morale di quelle condotte che aspirano ad essere criminalizzate. È altresì necessario valutare il loro contenuto morale per finalità classificatorie. Pensare alle nozioni di *malum quia prohibitum* e *malum in se* come qualità scalari che, in una certa misura, caratterizzano tutti i reati invece che come categorie separate sotto cui le diverse fattispecie possono alternativamente essere sussunte, offre uno strumento utile per valutare il contenuto morale delle incriminazioni. Ma si tratta solo di un passo intermedio in questo processo di valutazione. La costruzione unitaria delle nozioni di *malum in se* e di *malum quia prohibitum* che ho presentato in questo scritto, fondata su di un *continuum* con due polarità opposte, è concepita per essere fluida e capiente: essa riflette non soltanto la natura della condotta vietata ma anche gli atteggiamenti dei cittadini riguardo alla moralità e al rispetto della legge, oltre che le indicazioni della cultura giuridica e morale in cui essi vivono.

²⁵ Questa argomentazione è ulteriormente sviluppata in S.P. GREEN, *Just Deserts in Unjust Societies*, in A. Duff-S.P. Green (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford-New York, 2012, pp. 371-373.

TULLIO PADOVANI

TORTURA: ADEMPIMENTO APPARENTEMENTE TARDIVO,
INADEMPIMENTO EFFETTIVAMENTE PERSISTENTE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tortura come reato ‘comune’. – 3. Le distonie degli eventi. – 4. Le anomalie della condotta. – 5. La tortura come reato necessariamente abituale o come reato ad evento persistente.

1. *Premessa*

La *Convenzione internazionale contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* del 10 dicembre 1984, entrata in vigore per l'Italia l'11 febbraio 1985, impone (art. 4) ad ogni Stato-parte di vigilare «affinché tutti gli atti di tortura vengano considerati quali trasgressione nei confronti del suo diritto penale» e di rendere «tali trasgressioni passibili di pene adeguate che tengano conto della loro gravità». Il nostro – si sa – è un paese ad alto tasso di ponderazione, lesto nel promettere e cauto nel mantenere, pronto all'impegno e riluttante all'adempimento: tanto riflessivo da risultare meditabondo. Più di ventott'anni son trascorsi, ed alla fine, il patrio legislatore, dopo un andirivieni mortificante tra legislature ed esami parlamentari, ha inteso rendere ossequio e prestare osservanza all'obbligo internazionale assunto prima ancora della caduta del muro di Berlino. Meglio tardi che mai, verrebbe fatto di dire; e così si direbbe in effetti, se ci si limitasse alla lettura della rubrica dell'art. 613 *bis* c.p. introdotto dall'art. 1, c.1, l. 14 luglio 2017, n. 110: un icastico «Tortura». Ma la lettura del testo induce ad un più desolato giudizio: meglio mai. Meglio il bollo della vergogna per lo sconcio inadempimento, che la vergogna di un adempimento apparente, ipocrita nella forma, dissennato nei contenuti, miserando nella finalità.

La lista delle improntitudini è tanto lunga che ad esporla in tutti i punti col dovuto rigore serve un saggio, se non una monografia: le fattispecie ‘capovolte’ che sono, in qualche modo, il simmetrico contrario di principi, regole, norme su cui si erge il sistema, lo evocano, scuotendolo in ogni sua parte; sì che su di esse dovrebbe riversarsi la reazione del sistema tutto, così come, in presenza di una cellula cancerosa, si mobilita, per eliminare l'intrusa pericolosa, l'intero sistema immunitario: quando è efficiente, però; altrimenti è il cancro che si sviluppa.

Ma riuscirà ad essere tanto efficiente la reazione contro la cellula cancerosa dell'art. 613 *bis* c.p.?

In attesa di più compiuta e distesa analisi, converrà frattanto passare in rapida rassegna, quasi a volo d'uccello, i caratteri della «bisnorma» (in senso analogo a quello attribuito da Orwell alla locuzione «bispensiero»).

2. La tortura come reato 'comune'

La nuova disposizione incriminatrice delinea una fattispecie *comune*: la qualifica del reo come agente pubblico costituisce una semplice circostanza aggravante, per giunta nemmeno ad effetto speciale. Chiunque può dunque rendersi responsabile di tortura, infliggendo ad una persona le sofferenze o il trauma indicati dalla norma. Gli elementi che qualificano la condizione della persona torturata non individuano in effetti un rapporto di natura pubblicistica: essi possono agevolmente essere identificati in rapporti di natura privatistica (genitore-figlio; medico-paziente; maestro-allievo; assistente-assistito e così via).

Com'è noto, la tortura si è espressa storicamente (al tempo in cui il suo uso era previsto e consentito), o come strumento inquisitorio, mezzo di ricerca della prova (la tortura c.d. giudiziaria), o come sanzione penale (la tortura c.d. punitiva). Si torturava per strappare all'imputato la "verità" su determinati reati, o per punirne la commissione. La campagna abolizionista vittoriosamente condotta dai riformatori dell'età dei lumi ha relegato la tortura negl'inferi dell'illecito; ma, non potendo estirparla dal mondo dei fatti, ne ha modificato in qualche misura la nozione. Perduta la legittimazione a percorrere i sentieri aperti del sistema penale, la tortura è sprofondata nei fiumi carsici degli *arcana imperii*, divenendo l'oscuro e denegato strumento cui ricorrono servizi di sicurezza, forze di polizia e apparati militari (coperti da immunità di fatto), per estorcere informazioni, punire presunti colpevoli o reprimere dissidenti politici, membri di minoranze discriminate, nemici ideologici e così via. Anche in questa nuova dimensione, occulta ed illecita, la tortura continua tuttavia pur sempre a gravitare intorno al rapporto tra autorità e individuo, di cui esprime una delle più odiose forme di perversione. Nei suoi tormenti, la soggezione dell'individuo, da condizione giuridica definitiva entro confini invalicabili, si converte in arbitraria balia; il potere dell'autorità pubblica, da funzione regolata dalla legge, si traduce in arbitrio violento. È per questo che la tortura non offende tanto e solo i beni della persona di volta in volta aggrediti, ma, soprattutto, demolisce lo *status* di cittadino e di persona in chi la subisce, degradandolo ad oggetto senza diritti e senza tutela: proprio ad opera dell'autorità che di quei diritti dovrebbe essere garante e quella tutela dovrebbe assicurare.

Perfettamente consentaneo a questa prospettiva appare l'art. 1 della Conv. che subordina la rilevanza come «tortura» delle sofferenze inflitte alla circostanza ch'esse siano finalizzate ad «ottenere» dalla vittima «o da una terza persona informazioni o confessioni», o a «punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso», o ad «intimorirla» o «a far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione». Amputare le sofferenze di cui la tortura consiste dal loro significato finalistico significa ignorare che cos'è la tortura. Descrivere la tortura come reato «comune» privo di qualsiasi connotazione teleologica qualificante non costituisce allora un'innocua distonia; in realtà spiana la via all'incongruenza e al paradosso. Infatti, essa finisce col divenire semplicemente una forma più grave di maltrattamenti. Ma a che cosa si riduce allora lo specifico disvalore di cui la tutela è intrinsecamente portatrice? In realtà, l'art. 1 della Conv. postula rigorosamente che le sofferenze di cui essa consiste siano inflitte da un agente pubblico, o da persona che agisca su istigazione di questo, o con il suo consenso. Soluzione logica ed ineccepibile, priva di ragionevoli alternative: l'illecito è senza dubbio e necessariamente “proprio”, anche se in forma non esclusiva: l'autorità deve comunque esserci, anche se può non essere «sua» la mano che tormenta. Lo stesso art. 13 Cost. sancisce la necessaria punizione di «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» nel contesto della tutela della libertà personale dagli arbitri dell'autorità pubblica.

3. *Le distonie degli eventi*

Passando alla struttura della fattispecie, secondo l'art. 613 *bis*, c. 1° la tortura costituisce una fattispecie di evento, descritto nei termini di «acute sofferenze fisiche» o «verificabile trauma psichico». La formula dell'art. 1 della Conv. suona, invece, più comprensivamente: «dolori o sofferenze forti, fisiche o mentali». Che cosa si debba intendere per «acute sofferenze» non è agevole dire: mentre l'attributo di «forti» alle sofferenze può emergere con relativa facilità dalla natura dell'organo colpito, o dall'estensione che esse assumono, o dagli strumenti con cui sono inflitte, l'«acutezza» sembra evocare un'intensità particolare, che è problematico commisurare a parametri definiti. Il testo della tortura nostrana scorpora poi le sofferenze psichiche assumendole nella forma del «verificabile trauma psichico». 'Trauma' è certo espressione più ristretta di 'sofferenze': il preannuncio di temibili sofferenze, magari attraverso la visione di filmati espressivi, può non costituire un trauma, inteso come evento destinato a produrre effetti persistenti e perturbanti nella psiche del soggetto, ma può certo

dar luogo a sofferenze assai forti. L'innovazione sembra quindi iscriversi alla serie dei requisiti selettivi a carattere paralizzante (rispetto all'applicabilità della fattispecie). La conclusione si consolida apprendendo che il trauma psichico deve essere «verificabile». La specificazione è in sé assurda: ogni requisito della fattispecie tipica deve essere, oltre che “verificabile”, soprattutto “verificato”: altrimenti, su quali basi si pronuncerebbe una sentenza di condanna? Se il trauma che processualmente deve essere comunque “verificato” viene normativamente designato come “verificabile”, ciò allude forse alla necessità che si tratti di un tipo particolare di trauma, il cui riscontro raggiunga un ‘particolare’ grado di evidenza, tale imporsi anche al profano. Non basterà allora che uno psichiatra qualificato ed esperto attesti l'esistenza del trauma; se il torturato sembra e si comporta come una persona ‘normale’, non si potrà parlare di trauma ‘verificabile’. La serie dei requisiti selettivi paralizzanti si arricchisce di un altro numero.

4. *Le anomalie della condotta*

Le dissonanze della fattispecie si fanno, se possibile, ancora più stridule se l'occhio posa sul versante della condotta. Qui si scorge che l'agente debba aver agito «con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà». Tali modalità sono estranee alla definizione di «tortura» dettata dall'art. 1 della Conv., che si limita a evocare «qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti dolore o sofferenze forti...».

Se per la Convenzione il reato è a forma libera, per il patrio legislatore essa deve, per l'appunto, essere vincolata nei termini poc'anzi richiamati. Senonché, come è noto, il binomio «violenza o minaccia» si esprime, nel linguaggio legislativo, sempre al singolare (ad es., art. 628 c.p.), non certo perché si presupponga che il comportamento debba necessariamente esaurirsi in un unico, singolo atto (come pure è possibile), ma solo perché la forma singolare è suscettibile di compendiare una pluralità di atti, tutti sussumibili nel contesto di un'unica condotta violenta. Ricorrendo alla forma plurale, si è evidentemente inteso evocare la necessità che violenza e minaccia si realizzino sempre e necessariamente con più atti. Stringere il laccio al collo minacciando il soffocamento sarà poco; in fondo, una sola violenza e una sola minaccia.

L'alternativa alle violenze e alle minacce (plurali) è l'agire «con crudeltà», e cioè con totale insensibilità verso le sofferenze inflitte e, possibilmente, traendone compiacimento. Ora, non v'è dubbio che la nozione di ‘crudeltà’ sia nota al diritto penale, e richiamata quale contenuto di una circostanza aggravante comune (art. 61, n. 4 c.p.); ma si tratta, per l'appunto, di una circostanza, non di

un elemento costitutivo quale si configura invece nell'art. 613 *bis* c.p. Ciò significa innanzitutto che, in assenza di violenze o di minacce (plurali), la violenza o la minaccia *singola* possono assumere rilevanza soltanto se espressive di un atteggiamento di totale insensibilità o di compiaciuto sadismo, che può risultare tuttavia da solo sufficiente, pur in difetto di altre modalità comportamentali lesive. In pratica, la selezione opera così sul tipo d'autore: il torturatore punibile è un individuo totalmente privo di empatia e spietatamente proclive a infliggere sofferenze: punire sì la tortura, purché sia attuata da esseri perversi. Perché mai una simile restrizione? Il legislatore non stende il copione di un film dell'orrore; deve limitarsi, sulla falsariga dell'art. 1 della Conv., a registrare che la tortura prescinde dai sentimenti di chi la infligge e gravita invece su quelli di chi la subisce.

5. *La tortura come reato necessariamente abituale o come reato ad evento persistente*

La fattispecie dell'art. 613 *bis*, c. 1° c.p. si conclude con una clausola a dir poco stupefacente. Non pago delle violenze e delle minacce «pluralizzate», non satollo della crudeltà elevata a elemento costitutivo, non ancora soddisfatto dell' 'acutezza' richiesta per la sofferenza e della 'verificabilità' imposta al trauma psichico, non placato dello schermo anodino del «chiunque», al patrio legislatore non è parso che la nuova incriminazione fosse sufficientemente irretita in lacci e laccioli d'insana vacuità. Dopo la comminatoria edittale un ulteriore susulto erutta una sconcertante clausola condizionale: «se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona». Si è detto: clausola condizionale, perché in effetti si tratta di una formula che riproduce quella di una condizione obiettiva di punibilità. Ma è arduo attribuire a tutti gli elementi richiamati una natura corrispondente. Se si parla di «più condotte», ci si riferisce – ovviamente – alla condotta di quello stesso reato, che non può esserne, evidentemente, una condizione di punibilità; solo quando si esige che il fatto comporti un trattamento inumano e degradante si qualifica l'evento costitutivo in termini tali da poter supporre una condizione obiettiva di punibilità, di tipo intrinseco, perché strettamente correlata al disvalore del fatto incriminato. Il pasticcio pare inestricabile, dal punto di vista dogmatico; ma non è di queste minuzie che può pretendersi cura dal patrio legislatore. Nell'esercizio della sua sovrana potestà, egli ha evidentemente inteso stabilire che la tortura sia alternativamente punibile, allorché sia abituale (pluralità di condotte), oppure, in difetto dell'abitualità, quando essa racchiuda in sé «un trattamento» (cioè una condizione durevole nel tempo)

che sia, si badi: ad un tempo, «inumano e degradante per la dignità della persona»: un binomio letteralmente escogitato dal patrio legislatore, dato che i due requisiti compaiono ovunque in forma alternativa. In sostanza: o più condotte, o un evento persistente.

Le plurime condotte moltiplicheranno ovviamente (al quadrato) le plurime violenze o le plurime minacce; l'evento persistente potrà neutralizzare le sofferenze o il trauma 'verificabile': infatti, è sufficiente che il trattamento sia solo inumano ma non degradante (tenere sveglio uno sventurato, ad esempio), o viceversa, e il gioco sarà fatto: il fatto non è più punibile. Di là da questa autentica corsa ad ostacoli, c'è da chiedersi, molto francamente, che cosa sia passato per la testa del patrio legislatore: infliggere "sofferenze acute" alla persona che si trovi nelle condizioni indicate (magari nella forma aggravata della qualifica pubblica) è un «fatto» che non raggiunge la soglia di punibilità della tortura se non si concreta anche in un "trattamento inumano e degradante"? Nei testi delle convenzioni internazionali «tortura» da un lato e «trattamenti inumani o degradanti» dall'altro costituiscono un binomio in termini di gravità decrescente. Com'è possibile che il *minus* possa condizionare il *plus* sembra un mistero paradossale. Ma c'è appunto del metodo in questa follia, se si considera che il «trattamento» doppiamente qualificato impone un evento dilatato nel tempo, e in questa dimensione il requisito diviene fortemente selettivo.

La lista non è completa: molto altro si dovrebbe dire, e certo qualcuno ottimamente dirà; ma ce n'è abbastanza per provare disgusto e vergogna, sdegno ed orrore.

FREDERICK SCHAUER

LIE-DETECTION, NEUROSCIENZE E DIRITTO DELLE PROVE ^(*)^(**)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Lie-detection* e diritto. Una breve retrospettiva storica. – 3. Nuove e recentissime tecnologie. – 4. Uno sguardo più da vicino alla fMRI. – 5. Il grado di affidabilità. – 6. Sulla validità della ricerca esistente. – 7. Chi controlla la scienza? – 8. Rispetto a cosa? – 9. Un problema di sopravvalutazione. – 10. Il problema *Daubert*. – 11. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Una evidente caratteristica del processo anglo-americano è rappresentata dalla sua sostanziale dipendenza da conoscenze “di seconda mano”. Giudici e giurati, cui è quasi del tutto vietato il diretto compimento di accertamenti a contenuto fattuale, finiscono infatti per affidarsi in larga misura all’apporto conoscitivo fornito da altri soggetti. I processi non sono certo l’unica attività che dipende da rappresentazioni fornite da terzi per addivenire alla formulazione di conclusioni fattuali. Il racconto dell’esperienza altrui è, dopo tutto, una parte significativa della nostra esperienza epistemica quotidiana¹. Tuttavia, in ambito legale, esso si avvicina a sostituire completamente l’osservazione diretta più di quanto avvenga nella vita di tutti i giorni poiché la legge non solo scoraggia la diretta apprensione di conoscenze da parte degli attori processuali, ma spesso arriva a proibire *tout court* simili attività.

L’ordinamento coniuga la sua dipendenza dall’esperienza di terzi con un’ulteriore caratteristica del processo anglo-americano: il sistema accusatorio. Diversamente rispetto a quanto previsto dal diritto processuale di alcuni sistemi di *civil law*, i poteri dei giudici anglo-americani sono estremamente limitati nel disporre l’ammissione

^(*) Il presente contributo costituisce la relazione presentata al convegno “*Law and Neuroscience*”, presso la “*Rutgers School of Law, Camden, New Jersey*” del 7-8 settembre 2012. A causa della rapida evoluzione che caratterizza la tematica trattata alcuni riferimenti e parte del contenuto di questa versione potrebbero variare rispetto a quella presentata durante il convegno.

^(**) Traduzione dall’inglese a cura del dott. Fabio Nicollicchia.

¹ La testimonianza è di recente divenuta un tema di spiccato interesse filosofico. Si veda, ad esempio, C.A.J. Coady, *Testimony: A Philosophical Study* (1995); Jonathan Adler, ‘Epistemological Problems of Testimony’, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, www.plato.stanford.edu/entries/testimony-episprob; Elizabeth Fricker, *The Epistemology of Testimony*, 61 PROCEEDINGS OF THE ARISTOTELIAN SOCIETY (Supp.), 57 (1987); John Greco, *Recent Work on Testimonial Knowledge*, 49 AMERICAN PHILOSOPHICAL QUARTERLY 15 (2012); Peter Lipton, *The Epistemology of Testimony*, 29 STUDIES IN THE HISTORY AND PHILOSOPHY OF SCIENCE 1 (1998).

ufficiosa di testimonianze e con riguardo alla gestione ed all'organizzazione dell'istruzione dibattimentale. La testimonianza e gli altri mezzi di prova sono infatti introdotti dalle parti contendenti, il cui scopo è la vittoria piuttosto che il raggiungimento della verità. Da ciò consegue che l'esame della fonte dichiarativa, che occupa una posizione preminente tra le prove in quasi tutti i processi, è richiesto e condotto dall'una o dall'altra parte sulla base dei propri interessi egoistici.

Quando la dipendenza da elementi esterni si combina con il potere dispositivo in materia istruttoria tipico del sistema accusatorio diventa ovvio che la valutazione della genuinità della fonte di prova assume a componente fondamentale dell'attività decisoria. Il giuramento è tradizionalmente stato il mezzo deputato a garantire la sincerità del testimone², ma, per quanto esso abbia da sempre svolto una simile funzione, sembra al giorno d'oggi assai meno adatto ad assolvere tale compito. Le persone sono attualmente assai meno propense rispetto al passato a credere che mentire sotto giuramento attirerà su di loro la collera divina o le condannerà al fuoco perpetuo degli inferi, e l'esercizio dell'azione penale per falsa testimonianza è difficoltoso e dunque poco frequente³. Inoltre la capacità di un abile controesaminatore a smascherare un bugiardo, per quanto spesso celebrata in film e *fiction* televisive, si dimostra assai meno efficace nella realtà⁴; il compito di accertare la genuinità della testimonianza ricade dunque in larga misura sul giudice, talvolta un giudice ed altre una giuria⁵. Nello svolgere detta funzione giudici e giurati si affidano alle loro sensazioni, esperienze ed abilità, ma è noto che la capacità dell'uomo comune di distinguere il vero dal falso è di poco migliore rispetto ad una determinazione meramente casuale, ed è parimenti pacifico che spesso anche soggetti specificamente formati non riescono a produrre risultati di gran lunga migliori⁶. Ciò non dovrebbe sorprendere considerando che la maggior parte dei giudici e

² Cfr., *A Reconsideration of the Sworn Testimony Requirement: Securing Truth in the Twentieth Century*, 75 MICHIGAN L. REV. 1681 (1977).

³ Sul tema Ted Sampsel-Jones, *Making Defendants Speak*, 93 MINNESOTA L. REV. 1327, 1370 (2009).

⁴ Si veda Jules Epstein, *The Great Engine That Couldn't: Science, Mistaken Identifications and the Limits of Cross-Examination*, 36 STETSON L. REV. 727, 774 (2007); Marvin E. Frankel, *The Search for Truth: A Qui Tam Action for Perjury in a Civil Proceeding is Necessary to Protect the Integrity of a Civil Judicial System*, 79 TEMPLE L. REV. 773, 775 (2006).

⁵ George Fisher, *The Jury's Rise as Lie Detector*, 107, YALE L. J. 575 (1997); *United States v. Barnard*, 490 F.2d 907,912, (9th Cir. 1973); *United States v. Thompson*, 615 F.2d 329, 332 (5th Cir. 1980); *State v. Myers*, 382 N.W.2d 91, 95 (Iowa 1986).

⁶ Charles F. Bond Jr. & Bella M. DePaulo, *Individual Differences in Detecting Deception*, 134 PSYCHOLOGICAL BULLETIN 477 (2008); Charles F. Bond Jr. & Bella M. DePaulo, *Accuracy of Deception Judgments*, 10 PERSONALITY & SOCIAL PSYCHOLOGY REV. 214 (2006); Gary D. Bond, *Deception Detection Expertise*, 32 LAW & HUMAN BEHAVIOR 339 (2008); Marta Hartwig & Charles F. Bond Jr., *Why do Lie Catchers Fail?: A Lens Model Meta-Analysis of Human Lie Judgments*, 137 PSYCHOLOGICAL BULLETIN 643 (2011); Amy-May Leach et al., *The Reliability of Lie-Detection Performance*, 33

dei giurati ricorre ad una gamma di indicatori non verbali di genuinità – come ad esempio guardare direttamente la giuria parlando con sicurezza – la cui affidabilità deriva più da credenze di psicologia popolare e da leggende metropolitane piuttosto che da seri studi scientifici⁷.

A fronte di questa moltitudine di difficoltà insite nel giudizio di attendibilità della testimonianza non stupisce allora il prolungato impegno profuso dall'ordinamento nella ricerca di mezzi migliori per distinguere coloro che mentono da chi dice il vero. Le prime macchine della verità furono create già nei primi anni del XX secolo, ed i tentativi di utilizzarle nei processi civili e penali seguirono di lì a poco⁸. Tuttavia nel 1923, nel caso che avrebbe sancito i criteri di ammissibilità della prova scientifica per più di mezzo secolo, la *Court of Appeals for the District of Columbia* rigettò la richiesta di utilizzo di un *lie-detector*, evidenziando come la metodologia in questione non fosse ancora “generalmente accettata” all'interno della rilevante comunità scientifica⁹.

I rozzi poligrafi del 1923 sono stati successivamente sostituiti da strumenti sempre più sofisticati e precisi. Inoltre, i metodi alla base del funzionamento delle vecchie macchine della verità – misurazione della frequenza del battito cardiaco, della respirazione, della pressione sistolica, della sudorazione e talvolta dei movimenti del corpo – sono stati affiancati ad ulteriori tecnologie, come l'analisi delle micro espressioni facciali, la misurazione del flusso sanguigno e della temperatura corporea nella zona oculare e l'analisi degli impulsi elettrici generati dal cervello. Nessuno di questi metodi ha tuttavia ottenuto risultati migliori rispetto al poligrafo base nel giudizio relativo all'ammissibilità di un utilizzo processuale. Le tecniche men-

LAW & HUMAN BEHAVIOR 96 (2009). Sulla discussa possibilità che alcuni soggetti – i c.d. maghi della verità – siano sostanzialmente migliori della maggior parte delle persone nell'individuare delle proposizioni false, Maureen O'Sullivan, *Home Runs and Humbugs: Comment on Bond&DePaulo*, 134 PSYCHOLOGICAL BULLETIN 493 (2008); Maureen O'Sullivan, *Why Most People Parse Palters, Fibs, Lies, Whoppers and Other Deceptions Poorly*, in DECEPTION: FROM ANCIENT EMPIRES TO INTERNET DATING 74 (Brooke Harrington ed., 2009).

⁷ Galit Nahari, Aldert Vrij, & Ronald P. Fisher, *Does the Truth Come Out in the Writing? SCAN as a Lie Detection Tool*, 36 LAW & HUMAN BEHAVIOR 68 (2012); Aldert Vrij, *Nonverbal Dominance Versus Verbal Accuracy in Lie Detection: A Plea to Change Police Practice*, 35 CRIMINAL JUSTICE & BEHAVIOR 1323 (2008); Aldert Vrij, Pär Anders Granhag, & Stephen F. Porter, *Pitfalls and Opportunities in Nonverbal and Verbal Lie Detection*, 11 PSYCHOLOGICAL SCI. IN THE PUBLIC INTEREST 89 (2010); Richard Wiseman et al., *The Eyes Don't Have It: Lie Detection and Neuro Linguistic Programming*, 7 PLoS ONE (2012): e40259. Doi:10.371/journal.pone.0040259. È rilevante evidenziare l'esistenza di alcune prove che dimostrerebbero come le persone riescano meglio ad individuare le bugie quando *non* utilizzano questi segnali inaffidabili rispetto a quando vi ricorrono. Leanne ten Brink, Dayn Stimson, & Dana R. Carney, *Some Evidence for Unconscious Lie-Detection*, 25 PSYCHOLOGICAL SCI. 1098 (2014).

⁸ Elizabeth B. Ford., *Lie Detection: Historical, Neuropsychiatric and Legal Dimensions*, 29 INTERNATIONAL J. OF LAW & PSYCHIATRY 159 (2006).

⁹ *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

zionate rimangono infatti strumenti di uso comune nei processi di selezione del personale o comunque in altri contesti non forensi, ma praticamente a tutte è precluso l'ingresso nelle aule giudiziarie in quanto ritenute non sufficientemente affidabili e, pur nei limiti della loro riconosciuta affidabilità, si stima che i giudici, e soprattutto i giurati, finirebbero comunque per considerarle assai più attendibili di quanto siano in realtà.

Nell'ultima decade, tuttavia, la natura del problema è mutata in maniera sensibile principalmente in quanto le tecniche delle neuroscienze moderne consentono di produrre migliori *lie-detectors*. Si ritiene che l'uso della c.d. fMRI (*functional magnetic resonance imaging*) [risonanza magnetica funzionale n.d.t.], presenti connotati di affidabilità maggiori rispetto a quelli delle precedenti macchine della verità. In considerazione di questi progressi, alcuni fautori dei nuovi metodi hanno segnalato che, prima o poi, essi dovranno essere ammessi ad un'ampia gamma di utilizzi forensi, incluso l'impiego come strumenti di verifica della sincerità di coloro la cui testimonianza è utilizzabile come prova.

È indubbio che le tecniche delle moderne neuroscienze stanno avanzando ad un ritmo impressionante, ma il dibattito circa il raggiungimento di un grado di affidabilità sufficiente a consentirne l'uso quali indicatori di comportamenti decettivi è diventato l'oggetto di un acceso e partecipato dibattito. Diversi importanti neuroscienziati insistono nel sostenere che l'attuale livello di affidabilità e validità della ricerca non sarebbe ancora sufficiente a giustificare un utilizzo dello strumento per fini processuali¹⁰, mentre i produttori della tecnologia¹¹, alcuni legali¹² ed una parte

¹⁰ Si veda Michael S. Gazzaniga, *The Law and Neuroscience*, 60 NEURON 412 (2008); Henry T. Greely, & Judy Illes, *Neuroscience-Based Lie Detection: The Urgent Need for Regulation*, 33 AMERICAN J. OF LAW & MEDICINE 377 (2007); Nancy Kanwisher, *The Use of fMRI in Lie Detection: What Has Been Shown and What Has Not*, in USING IMAGING TO IDENTIFY DECEIT: SCIENTIFIC AND ETHICAL QUESTIONS 7 (Emilio Bizzi & Steven E. Hyman eds, 2009); Daniel D. Langleben & Jane Campbell Moriarty, *Using Brain Imaging for Lie Detection: Where science, Law and Research Policy Collide*, 19 PSYCHOLOGY, PUBLIC POLICY & LAW 222 (2013); George T. Monteleone et al., *Detection of Deception Using Fmri: Better than Chance, But Well Below Perfection*, 4 SOCIAL NEUROSCIENCE 528 (2009); Elizabeth A. Phelps, *Lying Outside the Laboratory: The Impact of Imagery and Emption on The Neural Circuitry of Lie Detection*, in Bizzi Hyman, *id.* 14-22; Elena Rusconi & Timothy Mitchener-Nissen, *Prospects of Functional Magnetic Imaging as Lie Detector*, 7 FRONTIERS IN HUMAN NEUROSCIENCE 594 (2013).

¹¹ Cephos Corp., <http://www.cephoscorp.com/>; NoLie MRI, <http://www.noliemri.com>.

¹² Cfr. Justin Amirian, Note, *Weighing the Admissibility of FMRI Technology Under FRE 403: For The Law, FMRI Changes Everything-and Nothing*, 41, FORDHAM URBAN L. J. 715 (2013); Neal Feigenson, *Brain Imaging and Courtroom Evidence: On the Admissibility and Persuasiveness of Fmri*, 2 INT'L J. OF LAW IN CONTEXT 233 (2006); Eric K. Gerard, *Waiting in the Wings? The Admissibility of Neuroimaging for Lie Detection*, 27 DEVELOPMENTS IN MENTAL HEALTH LAW 1 (2008); Leo Kittay, Note, *Admissibility of fMRI Lie Detection: The Cultural Bias Against 'Mind Reading' Devices*, BROOKLYN L. REV. 1351 (2007). Sia in *United States v. Semrau*, 2010 WL 6845092 (W.D. Tenn. 1 giugno 2010), poi confermata da 693 F.3d 510 (6th Cir. 2012), che in *Wilson v. Corestaff Services, LLP*, 900

della comunità scientifica¹³ sono più propensi a riconoscere una simile possibilità, talvolta arrivando a sostenere l'opportunità di un uso immediato dei metodi sviluppati da un decennio a questa parte. Lo scopo principale di questo lavoro è dunque quello di effettuare una ricognizione dello stato del dibattito alla luce dell'attuale progresso scientifico e giuridico, con l'ulteriore obiettivo di evidenziare come la soluzione della questione in rilievo non possa essere esclusivamente demandata alla scienza o agli scienziati. L'interrogativo circa la sufficiente affidabilità di un determinato strumento per il suo utilizzo in ambito processuale implica necessariamente una verifica della validità dei metodi utilizzati per l'accertamento di tale affidabilità, richiede risposte valutative e normative, risposte che impongono di andare oltre la scienza per proiettarsi nel campo del diritto, dell'etica e della psicologia giudiziaria, dunque all'interno di realtà in cui né la scienza né gli scienziati possono fornire risposte definitive o identificarsi come unica espressione del sentire sociale.

2. Lie-detection e diritto. Una breve retrospettiva storica

La nascita delle moderne tecniche di *lie-detection* viene spesso fatta coincidere con l'invenzione di una macchina della verità da parte di John A. Larson, nel 1921¹⁴. Per quanto alcuni strumenti precedenti ideati da James Mackenzie, Cesare Lombroso, e William Moulton Marston (lo stesso creatore del personaggio dei fumetti *Wonder woman*) fossero già in grado di misurare la pressione sanguigna considerandola quale indicatore di un comportamento decettivo, l'invenzione di Larson fu la prima a combinare la misurazione della pressione sanguigna con quella della frequenza respiratoria. La tecnologia di una misurazione multipla introdotta da Larson fu ulteriormente sviluppata da Leonarde Keeler negli anni '30, e la macchina di Keeler – capace di misurare contemporaneamente la pressione sanguigna sistolica, il battito cardiaco, la frequenza respira-

N.Y.S.2d. 639 (Sup. Ct. 2010), i giudici hanno rigettato la richiesta della difesa relativa all'utilizzo della fMRI al fine di confermare la veridicità delle dichiarazioni dell'imputato.

¹³ Si veda F. Andrew Kozel et al., *Detecting Deception Using Functional Magnetic Imaging*, 58 BIOLOGICAL PSYCHIATRY 605 (2005); F. Andrew Kozel et al., *Functional MRI Detection of Deception after Committing a Mock Sabotage Crime*, 54 J. OF FORENSIC SCI. 220 (2009); Daniel D. Langleben, *Telling Truth from Lie in Individual Subjects with Fast Event-Related fMRI*, 26 HUMAN BRAIN MAPPING 262 (2005); Sean A. Spence et al., *A Cognitive Neurobiological Account of Deception: Evidence from Functional Neuroimaging*, 359 PHILOSOPHICAL TRANSACTIONS OF THE ROYAL SOCIETY OF LONDON 1755 (2004).

¹⁴ Sulla storia della tecnologia di *lie-detection*, KEN ALDER, THE LIE DETECTORS: THE HISTORY OF AN AMERICAN OBSESSION (2007); KERRY SEGRAVE, LIE DETECTORS: A SOCIAL HISTORY (2003); Paul V. Trovillo, *A History of Lie Detection*, 29 J. OF CRIMINAL LAW & CRIMINOLOGY 848 (1939).

toria e la sudorazione – diventò la prima macchina a misurazione multipla di uso comune ancora al giorno d’oggi.

La tecnologia di *lie-detection* non fu inizialmente sviluppata per un utilizzo processuale. Del resto anche in contesti estranei all’ambito forense le persone possono avere un interesse a sapere se i loro amanti, i loro figli, l’idraulico e il consulente finanziario stanno dicendo il vero. Ciò nonostante, il successivo sviluppo della tecnologia fu principalmente motivato da un potenziale uso investigativo diretto ad identificare (ed eventualmente a scagionare) persone sospettate di un qualche delitto, e le potenzialità connesse ad un uso processuale furono ben presto riconosciute. Le aspettative connesse ad un simile utilizzo furono però subito disattese. Nel 1923, in *Frye v. United States*¹⁵, la *Court of Appeals for the District of Columbia* statuí che la macchina della verità (in concreto l’apparecchio di William Moulton Marston) non aveva ancora raggiunto un livello di accettazione all’interno della comunità scientifica tale da giustificare l’utilizzo processuale. Al di là della specifica questione relativa all’ammissibilità come prova della macchina della verità, il c.d. “*general acceptance*” standard della sentenza *Frye* si impose come parametro per la verifica di ammissibilità della prova scientifica o tecnica nella maggior parte delle Corti federali e statali per settant’anni¹⁶. Più nel dettaglio, nel caso *Frye* fu stabilito il principio per cui l’utilizzo come prova di sistemi di *lie-detection* era in generale proibito tanto nell’ambito della giustizia federale che statale.

L’opinione maggioritaria continua a sostenere la tesi della opportunità di una radicale esclusione probatoria dei sistemi di *lie-detection*¹⁷, tuttavia non mancano i segnali di un lento indebolimento di questa corrente interpretativa. Nello stato

¹⁵ 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923).

¹⁶ Il criterio espresso dal c.d. *Frye* standard rappresenta ancora l’indirizzo dominante in alcuni Stati, tuttavia nella maggior parte di essi e nella giurisprudenza federale esso è stato rimpiazzato dall’approccio adottato nella sentenza *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993). L’approccio *Daubert* continua a rappresentare uno dei criteri (non tassativi) di riferimento per la rilevante comunità scientifica o professionale, ma esso valorizza in maniera assai più decisa il ruolo degli indicatori esterni di affidabilità.

¹⁷ *Si veda* DAVID L. FAIGMAN ET AL., MODERN SCIENTIFIC EVIDENCE: THE LAW AND SCIENCE OF EXPERT TESTIMONY §40 (2011); PAUL C. GIANELLI & EDWARD J. IMWINKELREID, SCIENTIFIC EVIDENCE §8.04 (4th ed., 2007); ROBERT J. GOODWIN & JIMMY GURULE, CRIMINAL AND FORENSIC EVIDENCE 246 (3rd ed., 2009); CHRISTOPHER B. MUELLER & LAIRD C. KIRKPATRICK, EVIDENCE 712 (5th ed., 2012); *United States v. Nelson*, 207 Fed. App’x 291 (4th Cir. 2006); *Bloom v. People*, 185 P.3d 797 (Colo. 2008); *People v. Richardson*, 183 P.2d 1146 (Cal. 2008); *State v. Blank*, 955 So. 2d 90,131 (La. 2007); *People v. Jones*, 662 N.W.2d 376 (Mich. 2003); *State v. Castaneda*, 842 N.W.2d 740 (Neb. 2014); *Bennett v. Commonwealth*, 511 S.E. 2d 439 (Va. App. 1999); *State v. Domicz*, 907 A.2d 395 (N.J. 2006). Tuttavia anche le giurisdizioni in cui vige una rigida regola di esclusione spesso permettono l’utilizzo di simile prova su accordo di tutte le parti. *Domicz, id.*

del New Mexico l'utilizzo di un simile strumento è generalmente ammesso¹⁸, ed un certo numero di Corti statali e federali hanno abbandonato la tradizione regola di esclusione automatica della testimonianza con macchina della verità in favore di standard più flessibili riferiti al caso concreto, che prendono in considerazione l'abilità dell'esaminatore, l'affidabilità del particolare metodo, l'oggetto della prova, e l'esistenza di un rischio di eccessiva confusione o condizionamento valutato su basi concrete¹⁹.

L'indebolimento del tradizionale divieto assoluto di utilizzabilità delle tecniche di *lie-detection* deve essere ricondotto a due fattori. Innanzitutto la tecnologia sta migliorando. Oltre allo sviluppo di nuove e diverse metodiche, il miglioramento del tradizionale poligrafo, il diretto discendente della macchina di Keeler creata negli anni '30, lo ha reso assai più accurato specie se utilizzato da operatori preparati²⁰. In secondo luogo è ormai diffusa la constatazione per cui il livello di precisione richiesto allo strumento dovrebbe variare a seconda dell'utilizzo che si intende farne²¹. Un conto è infatti dire, come del resto fanno tutte le Corti americane, che i poligrafi non sono sufficientemente precisi per fondare una sentenza di condanna secondo la regola di giudizio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" che presiede la formazione del convincimento del giudice nel processo penale. È però ad esempio diverso negare allo stesso imputato la possibilità di introdurre nel giudizio elementi a discarico fondati su di una prova dichiarativa supportata dall'impiego di simili strumentazioni al fine di evitare una privazione della propria libertà personale (o per ottenere una sentenza più favorevole)²². Lo stesso dicasi, *mutatis mutandis*, in relazione alle controversie di natura civilistica, in cui la regola di giudizio è governata dal principio del "più probabile che non".

Pur a fronte di questi spunti, la legislazione e la prassi prevalente, come già evidenziato, continuano ad essere orientate nel senso di escludere la possibilità del ricorso al *lie-detector*, vuoi attraverso un approccio radicalmente negativo, vuoi a seguito di una valutazione condotta su base casistica. Un simile orientamento è giustificato sulla scorta di tre considerazioni. La prima è semplicemente relativa all'imprecisione ed all'inaffidabilità dello strumento²³. La seconda è rappresentata dalla possibilità per il dichiarante di adottare diverse contromisure al fine di ingannare la macchina e l'operatore, così aggravando ulteriormente il gra-

¹⁸ N.M. R. Evid. §11-707; *State v. Dorsey*, 539 P.2d 204 (N.M. 1975).

¹⁹ Cfr. *United States v. Benavidez-Benavidez*, 217 F.3d 720 (9th Cir. 2000); *United States v. Gilliard*, 133 F.3d 809 (Uth Cir. 1998); *United States v. Galbreth*, 908 F. Supp. 877 (D.N.M. 1995); *State v. Porter*, 698 A.2d 739, 769 (Conn. 1997); *Commonwealth v. Duguay*, 720 N.E.2d 458 (Mass. 1999).

²⁰ *Commonwealth v. Duguay*, 720 N.E.2d 458,463 (Mass. 1999).

²¹ *United States v. Crumby*, 895 F. Supp. 1354 (D. Ariz. 1995).

²² *Rupe v. Wood*, 93 F.3d 1434, 1437 (9th Cir. 1996).

²³ *Jed S. Rakoff, Science and the Law: Uncomfortable Bedfellows*, 38 SETON HALL L. R. 1379 (2008).

do di imprecisione ed inaffidabilità²⁴. L'ultima, che sembra essere la ragione principale, è la paura che giudici e giurati possano sopravvalutare l'accuratezza della macchina della verità, attribuendo alla tecnologia un valore maggiore rispetto a quello che le spetterebbe, pur se questa meriterebbe in astratto il riconoscimento di un qualche peso²⁵.

3. Nuove e recentissime tecnologie

Sebbene il processo di perfezionamento delle macchine della verità "tradizionali" stia procedendo a passi decisi, negli ultimi anni si è assistito allo sviluppo di ulteriori metodologie ancora più precise ed affidabili. La *functional magnetic resonance imaging* (fMRI) rappresenta ad oggi la principale tra esse e costituisce l'oggetto principale di questo contributo, sebbene non sia certo l'unica ipotesi rilevante²⁶.

Un'ulteriore alternativa moderna alla macchina della verità, resa celebre dalla popolare serie tv "*Lie to Me*" in onda dal 2009 al 2011, può ad esempio essere individuata nell'analisi delle espressioni (o meglio micro-espressioni) facciali, dei movimenti del corpo, del ritmo del linguaggio e di diverse altre forme di comportamenti osservabili esteriormente ad opera di personale appositamente formato. Sebbene l'analisi delle micro-espressioni facciali assomigli ai metodi a lungo usati da non professionisti per valutare la sincerità del dichiarante, specie in considerazione del fatto che essa si affida all'osservazione di indicatori non verbali, i suoi fautori assicurano che l'affidabilità delle moderne tecniche è dotata di validità scientifica e che soggetti opportunamente formati possono distinguere chi mente da chi è sincero con un considerevole margine di successo²⁷.

Altri metodi moderni tendono ad essere meno legati alla sfera comportamentale in favore di un approccio più fisiologico. La termografia periorbitale, ad esempio, misura la temperatura nella zona oculare e si basa sul presupposto per cui il flusso sanguigno attorno agli occhi risulta sensibilmente influenzato da fat-

²⁴ United States v. Cordoba, 194 F.3d 1053 (9th Cir. 1999); OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, SCIENTIFIC VALIDITY OF POLYGRAPH TESTING CH. 6 (1983).

²⁵ State v. Shively, 999 P.2d 952, 958 (Kan. 2000).

²⁶ Sarah E. Stoller & Paul Root Wolpe, *Emerging Neurotechnologies for Lie Detection and the Fifth Amendment*, 33 AMERICAN J. OF LAW & MEDICINE 359 (2007).

²⁷ PAUL EKMAN, *TELLING LIES: CLUES TO DECEIT IN THE MARKETPLACE, POLITICS, AND MARRIAGE* (rev. ed., 2009); Paul Ekman & Maureen O'Sullivan, *From Flawed Self-Assessment to Blatant Whoppers: The Utility of Voluntary and Involuntary Behavior in Detecting Deception*, 24 BEHAVIORAL SCIENCES & LAW 673 (2006).

tori di stress e dunque anche dall'attuazione di comportamenti decettivi²⁸. Altre tecniche si concentrano ancor più direttamente sulle reazioni fisiologiche del cervello. La spettroscopia a raggi infrarossi, ad esempio, misura le proprietà ottiche del tessuto cerebrale, che variano a seconda del livello di stress e di altri fenomeni collegati all'assunzione di un contegno non sincero²⁹. Si consideri poi l'elettroencefalogramma, talvolta definito come "impronta digitale del cervello", che con costi relativamente bassi (almeno se comparati alla fMRI, ma non così bassi se si tiene in considerazione l'utilizzo dei tradizionali poligrafici) misura le emissioni elettrochimiche del cervello, in particolare le onde P300, in risposta a diversi stimoli, ed è anch'esso ritenuto affidabile nel distinguere coloro che sono a conoscenza di elementi a carico dell'imputato rispetto a chi ne è all'oscuro³⁰.

Tuttavia l'attenzione non si concentra su nessuno dei metodi appena elencati, soffermandosi piuttosto sull'uso della tecnica di fMRI. Dunque, considerato che determinate zone del cervello risultano più attive quando il soggetto mente rispetto a quando dice la verità, la possibilità di rilevare l'aumento del livello di ossigenazione dell'emoglobina in queste regioni del cervello in costanza di una condotta decettiva sembra fondare la speranza di poter ricorrere ad un metodo più preciso rispetto a quelli finora elaborati³¹. Occorre tuttavia evidenziare che la

²⁸ Si veda Ioannis Pavlidis, Norman Eberhardt, & James A. Levine, *Seeing Through the Face of Deception*, 415 NATURE 35 (2002); Ioannis Pavlidis & James A. Levine, *Thermal Image Analysis for Polygraph Testing*, 21 IEEE ENGINEERING IN MEDICINE AND BIOLOGY MAGAZINE 56 (2002); P. Tsiamyrtzis et al., *Imagine Facial Physiology for the Detection of Deceit*, 71 INT. J. OF COMPUTER VISION 197 (2007).

²⁹ Cfr. Scott C. Bunce et al., *Detecting Deception in the Brain: A Functional Near-Infrared Spectroscopy Study of Neural Correlates of Intentional Deception*, 5769 SPIE PROCEEDINGS 24 (2005); Xiao-Su et al., *fNIRS-based Online Deception Decoding*, 9 J. OF NEURAL ENGINEERING (2012); F. Tian et al., *Functional Near-Infrared Spectroscopy to Investigate Hemodynamic Responses to Deception in the Prefrontal Cortex*, 1303 BRAIN RESEARCH 120 (15 dicembre 2009).

³⁰ Lawrence A. Farwell & Sharon S. Smith, *Using Brain MERMER to Detect Knowledge Despite Efforts to Conceal*, 46 J. OF FORENSIC SCIENCE 135 (2001); ANNA CATERINA MERZAGORA ET AL., *Time-Domain Analysis of EEG during Guilty Knowledge Test: Investigation of Epoch Extraction Criteria*, PROCEEDINGS OF IEEE ENGINEERING, MEDICAL, AND BIOLOGICAL SCIENCES CONFERENCE 1302 (2007); Andre A. Moenssens, *Brain Fingerprinting – Can It Be Used to Detect the Innocence of Persons Charged with a Crime?*, 70 U. MISSOURI-KANSAS CITY L. REV. 891 (2002).

³¹ La letteratura al riguardo è sterminata ed in evoluzione. Tra i più recenti contributi, con particolare riferimento a quelli ricognitivi di lavori precedenti, si veda Nobuhito Abe, *How The Brain Shapes Deception, An Integrated Review of The Literature*, 17 NEUROSCIENTIST 560 (2011); Nobuhito Abe et al., *Deceiving Others: Distinct Neural Responses of the Prefrontal Cortex and Amygdala in Simple Fabrication and Deception with Social Interactions*, 19 J. OF COGNITIVE NEUROSCIENCE 287 (2007); Mathias Gamer et al., *Covariations Among fMRI, Skin Conductance, and Behavioral Data During Processing of Concealed Information*, 28 HUMAN BRAIN MAPPING 1287 (2007); Georgio Ganis Julian Paul Keenan, *The Cognitive Neuroscience of Deception*, 4 SOCIAL NEUROSCIENCE 465 (2009); Bo Jin et al., *Feature Selection for fMRI-based Deception Detection*, 19 BMC BIOINFORMATICS S15(2009); A.A. Karim et al., *The Truth About Lying: Inhibition of the Anterior Pre-*

lie-detection attraverso la fMRI non presenta differenze di principio rispetto agli altri sistemi esaminati. Nonostante la credenza comune, il cervello non si illumina quando è impegnato in determinate attività piuttosto che in altre, e la fMRI non è in grado di scattare fotografie al cervello, almeno non secondo la diffusa accezione di ciò che rappresenta una fotografia³². Questo tipo di strumento non è poi certamente in grado di leggere nel pensiero. La fMRI misura e mostra le risposte fisiologiche di certe parti del corpo a determinate attività. Il cervello è sicuramente una parte del nostro corpo ma lo sono anche i capillari nella zona oculare, il cuore che batte ad un ritmo più o meno accelerato, i polmoni che respirano con maggiore o minore frequenza, ed i pori che secernono una variabile quantità di sudore. Misurare l'attività cerebrale durante l'adozione di un comportamento non sincero presenta dunque significative similitudini rispetto all'attività di misurare l'attività del cuore, dei polmoni piuttosto che delle ghiandole sudoripare in un simile contesto. La capacità della fMRI di rappresentare effettivamente un metodo più affidabile risiede dunque nel suo grado di accuratezza e nella possibilità di concentrare il suo impiego in specifiche aree del cervello, ma non certo in una presunta attitudine del metodo ad evidenziare fenomeni che non sono stati finora mai osservati, né nella scoperta di determinati connotati dell'attività cerebrale che renderebbe la stessa più genuina o più autentica rispetto ad altre manifestazioni fisiologiche dell'organismo.

4. *Uno sguardo più da vicino alla fMRI*

Tracciare una linea di continuità tra l'uso della fMRI *lie-detection* e le precedenti tecnologie è importante in quanto smentisce la diffusa credenza per cui la fMRI rappresenterebbe un inedito strumento di accesso alle attività mentali. Il rilievo per cui essa è assai più simile agli altri metodi di quanto si creda comunemente non significa comunque che essa non sia più precisa, accurata e sofisticata,

frontal Cortex Improves Deceptive Behavior, 20 *Cerebral Cortex* 205 (2010); Daniel Langleben, *Detection of Deception with fMRI-Are We There Yet?*, 13 *LEGAL & CRIMINOLOGICAL PSYCHOLOGY* 1 (2008); Daniel A. Langleben & Frank M. Pattilio, *The Future of Forensic Functional Brain Imaging*, 36 *J. AMERICAN ACAD. OF PSYCHIATRY & LAW* 502 (2008); George T. Monteleone et al., *Detection of Deception Using Fmri: Better than Chance, But Well Below Perfection*, 4 *SOCIAL NEUROSCIENCE* 528 (2009); Jennifer Maria Nuñez, *Intentional False Responding Shares Neural Substrate with Response Conflict and Cognitive Control*, 25 *NEUROIMAGE* 267 (2005) 7; Joseph R. Simpson, *Functional MRI Lie Detection: Too Good to be True?*, 36 *J. AMERICAN ACAD. OF PSYCHIATRY AND LAW* 491 (2008); Paul R. Wolpe et al., *Emerging Neurotechnologies for Lie-Detection: Promises and Perils*, 10 *AMERICAN J. BIOETHICS* 40 (2010).

³² Si veda Adina L. Roskies, *Are Neuroimages Like Photographs of the Brain?*, 74 *PHILOSOPHY OF SCI.* 860 (2007).

e proprio tali considerazioni hanno posto la metodica in esame al centro del dibattito relativo all'ammissibilità dell'utilizzo probatorio di tecnologie di *lie-detection* nelle Corti americane³³.

Il principio di funzionamento della fMRI è di facile esposizione. Se determinate regioni del cervello risultano attivate (o comunque più attive di altre) durante l'attuazione di un contegno decettivo rispetto a quando il soggetto è sincero, monitorare tali regioni consente di individuare i correlativi neurologici del falso e, specularmente, del vero. Sebbene la capacità di localizzare le aree del cervello coinvolte nella estrinsecazione di una dichiarazione falsa (o di altri tipi di comportamenti) rappresenti l'aspetto che distingue la fMRI da quasi tutte le altre metodologie, il principio di base rimane quello per cui determinate reazioni fisiologiche misurabili – nel caso di specie un aumento dell'ossigenazione del sangue in determinate aree del cervello – sono collegate al falso. Se così è, risulterà allora dirimente individuare la presenza di queste risposte fisiologiche al fine di stabilire se il soggetto sta mentendo o dice il vero.

Tutto ciò rappresenta un'esposizione estremamente semplificata e concisa della teoria di funzionamento della fMRI, tuttavia occorre segnalare che valutare l'intrinseca fondatezza empirica di tale teoria rappresenta un problema del tutto autonomo, ed a tal fine abbiamo riscontrato la presenza di numerosi studi che si occupano di verificare il grado di affidabilità intrinseco della fMRI³⁴. Diversi di questi studi sono stati sponsorizzati o comunque supportati dalle due principali società interessate al commercio della fMRI, *Cephos Corp.* e *No Lie MRI, Inc.* Molte di queste ricerche, alcune indipendenti da *Cephos* o *No Lie* ed altre no, sono state pubblicate in riviste scientifiche soggette al giudizio preventivo di un comitato di revisione editoriale. Lo scopo di questi studi è stato quello di valutare il grado di attendibilità dello scanner fMRI nel distinguere i comportamenti falsi da quelli veri attraverso il tipico metodo sperimentale consistente nell'esaminare un campione misto di soggetti sinceri e bugiardi, ed esaminando l'attività cere-

³³ La letteratura specificamente relativa agli aspetti legali connessi all'utilizzo della fMRI *lie-detection* è anch'essa vasta ed in espansione. Tra i contributi più approfonditi si veda Martha J. Farah, J. Benjamin Hutchinson, Elizabeth A. Phelps, & Anthony D. Wagner, *Functional MRI-based Lie Detection: Scientific and Social Challenges*, 115 NATURE REVIEWS – NEUROSCIENCE 122 (2014); Greely & Illes, *supra* nota n. 10; Charles N.W. Keckler, *Cross-Examining the Brain: A Legal Analysis of Neural Imaging for Credibility Impeachment*, 57 HASTINGS L. J. 509 (2006); John B. Meixner, *Liar, Liar, Jury's the Tryer? The Future of Neuroscience-Based Credibility Assessment in the Court*, 106 NORTHWESTERN UNIVERSITY L. REV., 1451 (2012); Joelle Anne Moreno, *The Future of Neuroimaged Lie Detection and the Law*, 42 AKRON L. REV. 717 (2009); Michael S. Pardo, *Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure*, 33 AMERICAN J. CRIMINAL LAW 301 (2006); Frederick Schauer, *Can Bad Science Be Good Evidence? Neuroscience, Lie Detection, and Beyond*, 95 CORNELL L. REV. 1191 (2010); Leo Kittay, Note, *Admissibility of fMRI Lie Detection The Cultural Bias Against 'Mind Reading' Devices*, 72 BROOKLYN L. REV. 1351 (2007).

³⁴ Cfr. le note n. 13, 31.

brale associata a ciascun comportamento. Gli esperimenti più sofisticati evitano di fornire esplicite indicazioni circa la necessità di mentire, cercando invece di creare le condizioni in cui i soggetti potrebbero essere spontaneamente indotti a dire il falso ovvero a dimostrarsi sinceri. Al di là degli scopi di ciascuno studio, i risultati delle ricerche ed il grado di affidabilità delle rispettive conclusioni rappresentano gli aspetti più controversi del dibattito relativo alla possibilità di utilizzare la fMRI in sede processuale, ed è proprio a queste controversie metodologiche che intendo ora dedicare attenzione.

5. Il grado di affidabilità

Lo scopo di tutti gli esperimenti finora condotti è dunque stato quello di determinare il grado di affidabilità della fMRI come metodologia di individuazione delle condotte decettive. A tale riguardo, anche i fautori più convinti della tecnologia in esame non riscontrano mai risultati comparabili alla perfezione. È quindi ovvio che alcune asserzioni individuate dagli indicatori neurali come false risulteranno in concreto vere, ed altre ritenute vere saranno in realtà false³⁵. Posticipando la trattazione del tema relativo alla validità sperimentale delle ricerche effettuate alla prossima sezione, occorre specificare come gli studi attualmente esistenti individuino una percentuale di accuratezza dei metodi di fMRI compresa tra il 70 per cento ed una misura di poco superiore al 90 per cento a seconda del tipo di studio e dell'interpretazione dei suoi risultati³⁶. Tale dato può essere confrontato con quello relativo al tradizionale poligrafo ovvero con altri metodi non basati sulla fMRI, che si attesta in media dal 70 all'87 per cento, sebbene alcuni studi riportino percentuali più basse mentre altri più alte³⁷. Il report sul poligrafo redatto nel 2003 dalla *National Academy of Sciences* (basato su studi condotti in precedenza) stabiliva un tasso di affidabilità compreso tra l'87 ed l'89 per cento,

³⁵ È necessario evidenziare che ogni metodo di *lie-detection* si propone di distinguere dichiarazioni rese nella convinzione della loro verità rispetto a dichiarazioni rese pur essendo a conoscenza del fatto che fossero false, e non affermazioni effettivamente vere rispetto ad altre in concreto false. Ciò che viene misurato è dunque uno stato d'animo e non la verità oggettiva. Gli errori in buona fede, sebbene rappresentino comprensibilmente un'importante preoccupazione nel mondo del diritto e non solo, non rientrano nella portata dei metodi che tentano di individuare i tentativi di ingannare.

³⁶ Cfr. Daniel D. Langleben, *Detection of Deception with fMRI: Are We There Yet?*, 13 *LEGAL AND CRIMINOLOGICAL PSYCHOLOGY* 1 (2008); Anthony Wagner, *Can Neuroscience Identify Lies?*, in *A JUDGE'S GUIDE TO NEUROSCIENCE: A CONCISE INTRODUCTION* 13 (Michael S. Gazzaniga & Jed S. Rakoff eds., 2010).

³⁷ Si veda, ad esempio, Tsiamirtzis et al., *supra* nota n. 28 (che riporta l'87.2 per cento di esiti positivi con riguardo alla termografia perioculare); Pavlidis et al., *supra* nota n. 28 (che richiama i risultati dei test effettuati dal *Department of Defense* che evidenziano un tasso dell'80 per cento di accuratezza sia per il tradizionale poligrafo che per la termografia perioculare).

ma al contempo metteva in guardia sul fatto che, per varie ragioni, i dati avrebbero potuto sovrastimare l'effettiva precisione³⁸. I risultati della *American Polygraph Association* corrispondono anch'essi ad un tasso di accuratezza compreso tra 85 ed 87 per cento³⁹. È dunque comunemente riconosciuto che i metodi tradizionali possiedono un livello di accuratezza ben superiore ad una determinazione meramente casuale, ma in generale anche i loro fautori non si spingono sino ad indicare un'accuratezza pari o superiore al 90 per cento. La promessa degli approcci basati sulla tecnologia di fMRI è dunque quella che essi riescano, se non ora in un prossimo futuro, ad assicurare un grado di affidabilità più alto di quello attualmente garantito dall'utilizzo dei tradizionali metodi poligrafici⁴⁰.

In un certo senso però, i tassi di accuratezza stabiliti dalla ricerca sono pur sempre solo entità numeriche. In altri termini, il giudizio circa la sufficienza di un determinato grado di accuratezza o di affidabilità di un dato metodo dipenderà pur sempre dall'uso concreto che si intende fare dell'informazione. Nessuno di noi, almeno spero, condannerebbe all'ergastolo qualcuno che ha commesso il reato di cui è accusato con una probabilità dell'80 per cento, ma la maggior parte di noi non assumerebbe una *baby-sitter* che con la stessa probabilità è una molestatrice di bambini⁴¹. Nel contesto dell'utilizzo forense della tecnologia di *lie-detection*, dunque, emergono domande che sono in parte costituzionali ed in parte di politica normativa. Occorre dunque chiedersi se, nel contesto di un processo penale, una prova pacificamente insufficiente a fondare una sentenza di condanna possa ritenersi ciononostante utilizzabile dall'imputato per evitare detta condanna. Un imputato che mente circa la propria innocenza con una probabilità dell'80 per cento sarà (o dovrà) essere assolto esclusivamente sulla scorta di una simile prova⁴² in forza del principio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" applica-

³⁸ NATIONAL RESEARCH COUNCIL, THE POLYGRAPH AND LIE DETECTION (Washington 2003).

³⁹ Si veda www.polygraph.org/section/resources/polygraph-validity-research.

⁴⁰ Un problema di estremo rilievo, generalmente non preso in considerazione nelle misurazioni dei tassi di affidabilità esistenti, è costituito dalla facilità o dalla difficoltà per un determinato soggetto di adottare opportune contromisure rispetto ad un tentativo di inganno. Cfr. Farah et al., *supra* nota n. 33; Giorgio Ganis et al., *Lying in the Scanner: Covert Countermeasures Disrupt Deception Detection by Functional Magnetic Resonance Imaging*, 55 *NEUROIMAGE* 312 (2011).

⁴¹ Frederick Schauer & Richard Zeckhauser, *On the Degree of Confidence for Adverse Decisions*, 24 *J. LEGAL STUDIES* 27 (1996).

⁴² In teoria, in un procedimento penale la prova sarà ammessa quando, anche se presentata dall'accusa, essa risulterà astrattamente idonea a rendere una determinata proposizione (inclusa la colpevolezza dell'imputato) più credibile a seguito della sua assunzione che prescindendone. *Federal Rules of Evidence*, Rule 401. C'è una grande differenza rispetto a cosa è necessario per l'ammissione di un singolo elemento di prova e ciò che è invece complessivamente sufficiente per pronunciare un verdetto di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio. Ovvero, come si suole dire, "un mattone non è un muro". JOHN W. STRONG, ED., *MCCORMICK ON EVIDENCE* §185, 339 (4th ed., 1992). Ciononostante le preoccupazioni relative alla sopravvalutazione da parte dei giurati

bile al processo penale nel sistema anglo-americano⁴³, ma allo stesso tempo un imputato che si professa innocente attraverso dichiarazioni che vengono stimate credibili con una probabilità dell'80 percento sembrerebbe offrire comunque una prova che impedisce in radice di ravvisare la sua colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio⁴⁴. Conseguentemente, almeno negli Stati Uniti⁴⁵, il nucleo dell'attuale dibattito relativo all'utilizzabilità della c.d. macchina della verità, tanto in forma di tradizionale poligrafo che di fMRI o di qualsiasi altro sistema, non riguarda il suo utilizzo da parte del pubblico ministero per provare la colpevolezza dell'imputato, bensì il suo potenziale impiego da parte degli stessi accusati per corroborare i propri alibi o comunque le loro professioni di innocenza. In *United States v. Scheffer*⁴⁶, in un procedimento penale militare (dove prevale l'orientamento che nega in assoluto l'utilizzabilità dei poligrafi) la Corte Suprema ha stabilito che la regola di esclusione assoluta di tale prova, riferita dunque anche all'imputato che tenti di dimostrare la propria innocenza, non è incostituzionale. Stabilire che un orientamento non è incostituzionale non equivale però a ritenerlo vincolante, e rimane pertanto aperto l'interrogativo relativo alla condivisibilità di una simile esclusione.

Sebbene l'importanza e la posta in gioco nei procedimenti penali abbiano fatto assurgere gli stessi ad oggetto di molte delle controversie circa l'utilizzo della fMRI come metodologia di *lie-detection*, riconoscere che il tasso di affidabilità richiesto varia in considerazione delle conseguenze prodotte introduce la possibilità di ritenere sufficienti diversi gradi di precisione a seconda dei vari contesti di utilizzo. Uno di essi può essere certamente individuato nel processo civile, tipicamente per risarcimento dei danni, in cui l'onere della prova per il danneggiato è generalmente individuato nel criterio della preponderanza della prova. Lo stesso dicasi in relazione ai procedimenti per affidamento dei figli, discriminazione

di determinati elementi di prova, o all'effetto pregiudizievole attribuibile ad elementi particolarmente rilevanti dal punto di vista logico (*Rule 403*) hanno in pratica l'effetto di cagionare l'esclusione di un considerevole numero di prove d'accusa che pure superebbero il limite minimo fissato dallo standard del più credibile con la prova che senza.

⁴³ Ed imposto da un principio di rilievo costituzionale, sebbene non esplicitamente affermato nel testo della stessa Costituzione. *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

⁴⁴ L'esempio è estremamente semplificato, ma comunque il grado di accuratezza di qualsiasi metodo di identificazione del mendacio è raramente anche solo vicino al grado di accuratezza necessario a stabilire la sincerità di un dichiarante. Dunque se $r(1)$ è la misura della precisione richiesta per concludere che il soggetto sta dicendo la verità, ed $r(2)$ la misura della precisione richiesta per stabilire che egli sta mentendo, non c'è ragione di ritenere che $r(1)$ e $r(2)$ siano uguali, ed infatti difficilmente lo sono.

⁴⁵ È noto come gli scanner cerebrali siano stati usati in India per motivare condanne penali. Il caso principale è diffusamente descritto in Dominique J. Church, Note, *Neuroscience in the Courtroom: An International Concern*, 53 WM. AND MARY L. REV. 1825 (2012).

⁴⁶ 523 U.S. 303 (1998).

sul luogo di lavoro e simili, in cui ci si potrebbe accontentare di sapere che taluno sta dichiarando il vero con una probabilità dell'80 per cento. L'esistenza di una preclusione assoluta all'utilizzo della fMRI da parte dell'accusa in un procedimento penale dice dunque meno di quanto si possa pensare in relazione all'opportunità di un suo impiego per altre finalità, specialmente da parte degli imputati negli stessi procedimenti penali. Se è vero che gli attuali tassi di accuratezza sono superiori almeno all'80 per cento, negare all'imputato la possibilità di ricorrere ad informazioni relativamente attendibili al fine di dimostrare la propria innocenza evitando così limitazioni della propria libertà personale solleva questioni di giustizia sostanziale non diverse rispetto a quelle che fondano l'orientamento teso a negare la possibilità di utilizzare detta prova da parte dell'accusa. Infatti, poiché molti imputati sono gravati da precedenti condanne o possiedono altre qualità capaci di inficiarne la credibilità, e poiché è ampiamente riconosciuto che le persone mentono quando è loro interesse farlo, è possibile ritenere che l'opinione della giuria relativa alla credibilità del dichiarante imputato sia così negativa che anche un pessimo risultato a seguito dell'impiego della *lie-detection* avrebbe comunque l'effetto di migliorare la considerazione dei giurati⁴⁷. Ovvero, per dare qualche numero, è opportuno valutare con attenzione la condivisibilità dell'orientamento che nega all'imputato dichiarante stimato credibile con una probabilità di solo il 20 per cento la possibilità di suffragare il contenuto del proprio esame con il risultato di una fMRI che sarebbe al contrario in grado di indicare che l'imputato sta dicendo il vero con una probabilità dell'80 per cento, assicurando un tasso di accuratezza dell'80 per cento in relazione a detta conclusione.

6. Sulla validità della ricerca esistente

La ricerca sperimentale può stabilire il grado di accuratezza di diverse metodologie, ciò però è vero solo a patto che gli studi siano condotti in maniera corretta, e dunque che la stessa validità della ricerca sia stata a monte sufficientemente verificata proponendosi di stabilirne il grado di affidabilità.

Alcune delle obiezioni sollevate a tale riguardo si riferiscono semplicemente all'aspetto della validità esterna o ecologica⁴⁸. Così come avviene per altri esperi-

⁴⁷ Cfr. Theodore Eisenberg & Valerie P. Hans, *Taking a Stand on Taking the Stand: The Effect of a Prior Criminal Record on the Decision to Testify and on Trial Outcomes*, 94 *CORNELL L. REV.* 1353 (2009).

⁴⁸ Alcuni ricercatori considerano la validità esterna ed ecologica come la medesima entità, mentre altri le intendono in maniera autonoma. Al fine di individuare l'idoneità dei dati sperimentali a prevedere i comportamenti del mondo reale, il termine validità ecologica è probabilmente quello più accurato.

menti comportamentali, gli studi sull'utilizzo della fMRI sono stati per lo più realizzati su studenti o comunque su persone la cui spontanea volontà di partecipare alla ricerca pone questioni circa il grado di rappresentatività del campione rispetto alle persone concretamente coinvolte in situazioni reali in cui possono verificarsi importanti conseguenze a seconda del loro agire o di ciò che dicono. Pertanto, evidenzia l'obiezione in esame, finché il gruppo dei partecipanti all'esperimento differisce in caratteristiche ed incentivi da quello delle persone il cui comportamento siamo realmente e concretamente interessati a studiare, i risultati ottenuti, avendo come riferimento il primo gruppo, non possono fornire la base per delle conclusioni riferite a soggetti "reali"⁴⁹.

Simili obiezioni risultano tutt'altro che pretestuose, ma sono difficilmente riferibili alla fMRI o al problema dello studio del comportamento decettivo in generale. Se le ricerche relative all'impiego della fMRI sono invalide perché effettuate su studenti o volontari non rappresentativi di chi agisce in situazioni reali ed in quanto sviluppate in contesti implicanti conseguenze meno importanti rispetto a quelle presenti nella realtà forense, allora saranno allo stesso modo inutili la maggior parte degli studi psicologici sempre più spesso impiegati in ambito legale e relativi, solo per menzionare alcuni esempi, alla (in)affidabilità dell'identificazione operata dal testimone oculare, al processo decisionale della giuria etc. Con poche eccezioni, tutte le ricerche relative a queste tematiche coinvolgono infatti campioni dello stesso tipo di quello qui considerato al fine di formulare ipotesi circa il comportamento delle persone nel mondo reale al di fuori del laboratorio. Dunque, le obiezioni rivolte agli studi sulla fMRI sono per la maggior parte riconducibili al novero delle comuni critiche riferite alle ricerche comportamentali: sono effettuate su studenti in contesti artificiali, e dunque non risultano valide al fine di formulare conclusioni sulla generalità dei soggetti "reali".

Tutt'altro che sorprendentemente alla luce dell'elevata frequenza delle critiche appena menzionate, è stata condotta una ricerca diretta esattamente ad approfondire questo punto, ed essa tende a confermare la validità ecologica di molti studi che fanno ricorso ad un campione di studenti in circostanze "artificiali" al fine di formulare conclusioni riferite alla generalità delle persone in contesti di maggiore importanza. Ciò posto, questi studi metodologici hanno concluso che esperimenti ben strutturati che coinvolgono gruppi di soggetti con scarsi incentivi comportamentali possono essere affidabili nel predire il comportamento delle persone nel mondo reale⁵⁰. Le ipotesi sono spesso imperfette, ma i risultati e la

⁴⁹ Si veda Jordan T. Cohen, *Merchants of Deception: The Deceptive Advertising of fMRI Lie Detection Technology*, 35 SETON HALL LEGISLATIVE J. 157, 185 (2010).

⁵⁰ Craig A. Anderson et al., *Research in the Psychology Laboratory: Truth or Triviality*, 8 CURRENT DIRECTIONS IN PSYCHOLOGICAL SCIENCE 3 (1999); Leonard Berkowitz & Edward Donnerstein, *External Validity is More than Skin Deep: Some Answers to Criticism of Laboratory Experi-*

riscontrata validità ecologica non dovrebbero sorprendere. Dopo tutto gli studenti sono pur sempre persone, ed un esperimento ben strutturato fornirà a quelle persone incentivi assimilabili a quelli presenti nella vita reale. Pertanto, finché le critiche dissentono con gli studi esistenti solo sulla base del fatto che essi non sono effettuati sul tipo di persone che potrebbero mentire o dire il vero in situazioni reali proprie del contesto forense, l'obiezione è riferibile a quasi tutte le ricerche psicologiche sempre più usate in ambito legale e, in aggiunta, si tratterebbe comunque di un'obiezione largamente smentita dalla ricerca metodologica esistente.

Appare invece più seria la critica basata non già sulla presunta mancanza di valore ecologico ma sulla denunciata assenza di validità di costruzione dell'esperimento. Poiché i soggetti coinvolti nella ricerca sperimentale sono stati istruiti a dire il vero o il falso, si dice, gli esperimenti possono illuminarci solo con riguardo alle bugie indotte e non con riferimento a quelle reali⁵¹. La bugia indotta è più simile all'esecuzione di un compito assegnato rispetto ad un tentativo di ingannare il proprio interlocutore, continua la critica, e dunque il comportamento di coloro la cui attività neurale è misurata nel contesto sperimentale non è il tipo di comportamento che siamo realmente interessati ad indagare.

Sebbene una bugia indotta sia ovviamente differente rispetto ad una reale, la questione non è così differente rispetto alla perplessità manifestata relativamente all'aspetto della validità ecologica. Un esperimento carente in quella che è spesso chiamata validità di costruzione è comunque valido nei limiti per cui la costruzione utilizzata nell'esperimento può di fatto predire i diversi eventi della vita reale che si propone di misurare. Misurare l'abilità delle persone nella matematica al fine di stimare la loro capacità di imparare il francese, per esempio, è sicuramente un'operazione che in astratto manca di validità di costruzione a fronte della evidente differenza che esiste tra i due parametri oggetto di misurazione. Tuttavia, qualora sia stato evidenziato che le abilità matematiche risultano collegate alla capacità di imparare il francese, allora l'esperimento condotto sulle capacità di calcolo sarebbe comunque valido per verificare l'abilità nella lingua entro i limiti connaturati ad una simile equazione. In maniera non dissimile, dunque, se è stabilito che la reazione fisiologica connessa a una bugia indotta risulta assimilabile a quella che consegue ad una vera menzogna, allora la mancanza di perfetta identità

ments, 37 AMERICAN PSYCHOLOGIST 245 (1982); Arie W. Kruglanski, *The Human Subject in the Psychology Experiment: Fact and Artifact*, in Leonard Berkowitz, ed., *ADVANCES IN EXPERIMENTAL SOCIAL PSYCHOLOGY* 101 (vol. 8, Leonard Berkowitz ed., 1975). Per una preziosa panoramica della questione si veda Marilyn Brewer, *Research Design and Issues of Validity*, in *HANDBOOK OF RESEARCH METHODS IN SOCIAL AND PERSONALITY PSYCHOLOGY* 3 (Harry T. Reiss & Charles M. Judd eds., 2000).

⁵¹ Farah et al., *supra* nota n. 33; Kamila E. Sip et al., *Detecting Deception: The Scope and Limits*, 12 *TRENDS IN COGNITIVE SCIENCES* 48 (2008).

tra le due situazioni non pregiudicherebbe la capacità di stima riferita alla seconda fattispecie pur basandosi su esperimenti aventi ad oggetto la prima eventualità⁵².

È implicita nella precedente discussione, relativa tanto alla validità ecologica che a quella di costruzione, la visione per cui entrambe le entità sono comunque valutabili in termini relativi. Gli scienziati spesso rigettano questa conclusione, ma il rifiuto si basa sulla confusione tra gli standard richiesti per le pubblicazioni scientifiche e quelli sufficienti per il progresso epistemico. Un risultato dotato di significatività statistica di 15° livello non sarebbe normalmente sufficiente per procedere ad una pubblicazione scientifica o anche solo per formulare un'asserzione di carattere scientifico, ma esso potrebbe comunque essere tutt'altro che spurio o casuale. Parimenti, quando si verifica una correlazione tra le condizioni di un esperimento e le condizioni pur non identiche di ciò che tentiamo di determinare è corretto ritenere simile relazione insufficiente a fondare con sicurezza un'analogia tra contesto reale e sperimentale, tuttavia essa potrebbe comunque essere sufficiente per altri scopi.

Recentemente, specie nel lavoro di Joshua Greene e dei suoi colleghi⁵³, sono stati condotti studi in cui i soggetti presi a campione sono stati incentivati a mentire e questi studi, sebbene tutt'altro che definitivi, smentiscono alcune delle comuni obiezioni formulate circa l'assenza di validità di costruzione degli esperimenti qui in rilievo⁵⁴. Ma anche al di là di queste recenti ricerche, le indagini che ricorrono a bugie indotte o che hanno altri apparenti difetti di validità di costruzione potrebbero comunque essere di qualche utilità, ancora una volta a seconda della natura del loro uso e della valenza che si intende riconoscergli.

7. Chi controlla la scienza?

Dovrebbe dunque a questo punto essere chiaro che l'attuale dibattito circa la qualità della ricerca esistente a supporto delle rivendicazioni della *lie-detection* basata sulla fMRI è pesantemente condizionato da interessi normativi ed istituzionali nascosti dietro l'etichetta di aggettivi valutativi. Il progetto *MacArthur Neuroscience*, per esempio, conclude che “nessun dato rilevante pubblicato ri-

⁵² Un debole ed indiretto supporto all'ipotesi suggerita nel testo si rinviene in Georgio Ganis et al., *Neural Correlates of Different Types of Deception: An fMRI Investigation*, 13 CEREBRAL CORTEX 830 (2003), DOVE SI EVIDENZIA L'ESISTENZA DI UNA CORRELAZIONE TRA LA PERPETRAZIONE DI DIVERSI TIPI DI INGANNO ED UTILIZZO DI DIFFERENTI AREE DEL CERVELLO.

⁵³ Joshua D. Greene & Joseph M. Paxton, *Patterns of Neural Activity Associated with Honest and Dishonest Moral Decisions*, 106 PROCEEDINGS OF THE NAT. ACAD. OF SCIENCES 12506 (2009).

⁵⁴ Si consideri altresì, con riguardo alla validità ecologica, Feroze B. Mohamed et al., *Brain Mapping of Deception and Truth Telling About an Ecologically Valid Situation: Functional MR Imaging and Polygraph Investigation – Initial Experience*, 238 RADIOLOGY 679 (2006).

sponde in maniera non ambigua al quesito relativo alla possibilità per i metodi neuroscientifici basati sulla fMRI di identificare le bugie a livello individuale”⁵⁵. La verità di tale affermazione dipende non solo dall’effettiva accezione di “dato pubblicato” nel contesto del nostro moderno mondo elettronico, ma anche, e soprattutto, dal significato da attribuire agli aggettivi “rilevante” e “non ambiguo”. Parimenti, e più comunemente, si afferma spesso che non esiste nessuna conferma “solida”, “definitiva”, “affidabile” o “certa” alla conclusione per cui i metodi di fMRI possono identificare l’inganno. Se simili aggettivi sono intesi come riferiti a conclusioni che possano superare indenni qualsiasi seria confutazione, le affermazioni possono ritenersi vere. Ma se questi sono semplicemente riferiti allo standard Bayesiano del “più probabile se provato che non”, allora sono quasi sempre usati impropriamente. Appare dunque fondamentale specificare non solo quanto rilevante, quanto non ambiguo, quanto solido, quanto certo, quanto definitivo o quanto affidabile debba essere un determinato metodo per essere considerato valido, ma bisogna anche chiarire in che maniera viene stabilita una simile misura di accettabilità ed a quale specifico contesto di utilizzo essa è riferita.

Inquadrare il problema in questa maniera rivela ciò che potrebbe essere il vero punto cruciale. Un recente numero dell’*Association for Psychological Science’s Observer* ha fornito il resoconto di un seminario sul tema “Chi controlla la scienza?”⁵⁶. Il focus del dibattito e l’articolo citato riguardavano l’aspetto dell’inclusività del progresso scientifico, ma la stessa domanda può essere posta con riferimento ad un differente argomento. Più nello specifico, l’interrogativo può riguardare chi deve decidere circa l’uso appropriato della scienza, e chi deve determinare gli standard normativi e valutativi attraverso cui stabilire la fruibilità delle conclusioni scientifiche. È comune per gli scienziati credere che dovrebbero essere loro stessi a controllare l’utilizzo dei loro lavori, ed è facile elogiare il senso di responsabilità sociale che porta i ricercatori a preoccuparsi che i loro risultati possano essere utilizzati in maniera errata o distorta. È però anche importante riconoscere che le problematiche connesse all’utilizzo delle scienze non sono esse stesse questioni scientifiche, o comunque problemi in cui la formazione o il metodo scientifico forniscono ai ricercatori un vantaggio comparativo. I ricercatori possono (e dovrebbero) ad esempio dirci che potremmo salvare 4.300 vite all’anno riducendo il limite di velocità sulle strade statali da 65 a 55 miglia orarie, ma decidere se farlo mettendo in secondo piano gli opposti interessi di efficienza economica e sociale è un problema politico e normativo al quale i ricercatori dovrebbero essere interessati, ma in cui la loro visione non può esclusivamente fondarsi sulla scienza stessa. Allo stesso modo gli scienziati possono dirci quanto costerebbe

⁵⁵ Wagner, *supra* nota n. 36.

⁵⁶ Douglas Medin et al., *Who Owns Science?*, 25 APS OBSERVER 4 (2012).

sviluppare e distribuire un medicinale per ridurre le sofferenze di un numero n di persone ad una determinata entità x ma, ancora, decidere se spendere i soldi per produrre quel risultato non è un giudizio scientifico. Ottenere solide basi scientifiche è una condizione necessaria per operare scelte orientate al bene pubblico, ed a tal fine i ricercatori sono certamente fondamentali, ma il metodo scientifico non può essere sufficiente, almeno fino a quando la scienza rimane fallibile, a far derivare una certezza da un pensiero.

Le stesse considerazioni si applicano all'uso della ricerca sulla fMRI *lie-detection*. È vero che determinare il grado di accuratezza ed affidabilità di qualsiasi metodo di identificazione della menzogna è un problema scientifico, e non certo legale o filosofico. Lo stesso vale per quanto concerne la verifica della correlazione, se esistente, tra gli esperimenti attualmente condotti ed i comportamenti reali che quegli esperimenti devono studiare. Ma con riguardo a ciascuna di queste domande – inerenti l'accuratezza, l'affidabilità e la validità – stabilire se un determinato livello può essere considerato abbastanza per un determinato scopo è un problema che coinvolge l'intera gamma di input che potremmo identificare con la nozione di politica normativa. Il diritto è certamente un problema che riguarda tutti, e la risposta a queste importanti domande relative allo standard che la legge dovrebbe adottare al fine di determinare chi dice la verità e chi no non dovrebbe essere appannaggio esclusivo né degli avvocati e dei giudici né degli scienziati. Tuttavia possiamo compiere un primo significativo passo avanti nel rispondere ad alcune difficili domande riconoscendo che il modo in cui la legge è usata è un problema che non riguarda solo gli avvocati e, parimenti, che il valore da riconoscere alla scienza è questione che non riguarda soltanto gli scienziati.

8. *Rispetto a cosa?*

Nel contesto della *lie-detection*, così come in molti altri campi, la domanda del “rispetto a cosa?” si presenta con prepotenza. Determinare se un testimone, le parti, un imputato etc. stanno dicendo la verità è stata una preoccupazione dell'ordinamento ben da prima che esistessero i poligrafi e gli scanner cerebrali. Come evidenziato nell'introduzione, il giuramento era il mezzo originariamente deputato ad assolvere un simile compito, ma la sua affidabilità come garante della verità è oggi ampiamente controversa. Può servire allo scopo di ricordare ai testimoni la solennità del momento e la possibilità di un'imputazione per falsa testimonianza, ma nessuno di questi risultati sembra avere un consistente impatto sul diffuso fenomeno del teste falso.

Al di là della percepita minaccia della dannazione eterna⁵⁷ o dell'imputazione per falsa testimonianza, la verifica circa l'attendibilità del testimone è lasciata in larga misura ai giudici e alle giurie assistiti, in teoria, dallo strumento del controesame. Sappiamo però che l'esame incrociato funziona assai meno bene nelle aule di giustizia rispetto a quanto mostrato dalla televisione e, sebbene esso possa effettivamente evidenziare le inesattezze e le incoerenze nel racconto di un testimone, potrebbe avere poca efficacia nei confronti dell'esperto bugiardo seriale. Resta il fatto che in presenza di racconti contraddittori da parte di testimoni non del tutto smentiti dal controesame, il compito di stabilire l'attendibilità comparativa ricade in larga parte sulla giuria oppure, in sua assenza, sul giudice. Tuttavia nell'adempiere ad un simile dovere giudici e giurie difficilmente ispirano sensazioni di sicurezza. Essi si affidano a numerosi indicatori di inattendibilità dotati di scarso supporto empirico, come guardare in basso e non la giuria, ovvero sbattere frequentemente le palpebre, o non essere in grado di mostrare sicurezza⁵⁸, e spesso considerano prove di attendibilità fattori empiricamente spuri o moralmente e legalmente inammissibili come razza, etnia e nazionalità ad esempio. Non sorprende allora che l'abilità delle persone comuni nel distinguere chi dice il vero e chi il falso è, come già evidenziato, difficilmente migliore di una determinazione operata su base casuale⁵⁹.

A fronte di tutti questi ostacoli che si frappongono ad un'accurata determinazione della genuinità del racconto testimoniale da parte dei giudici o delle giurie, occorre allora chiedersi con riguardo ad ogni tecnologia di *lie-detection*, incluso ma non solo il tradizionale poligrafo, se essa rappresenti un miglioramento rispetto a ciò che esiste attualmente. Se intendiamo la domanda in questi termini, diventa allora in qualche modo più difficile giustificare non solo il pervasivo scetticismo relativo all'uso forense della fMRI *lie-detection*, ma anche la tradizionale e persistente regola di esclusione della prova tramite poligrafo tradizionale.

⁵⁷ La parola "percepita" assume qui uno speciale rilievo. Non so dire se una menzogna riferita sotto giuramento mi condannerà a bruciare all'inferno per sempre, ma posso raffigurarmi assai più facilmente il numero di persone che si preoccuperebbero di una simile possibilità, ed è la percezione piuttosto che la realtà oggettiva a rilevare in questo contesto.

⁵⁸ Steven Penrod & Brian Cutler, *Witness Confidence and Witness Accuracy: Assessing their Forensic Relation*, 1 *PSYCHOLOGY, PUBLIC POLICY, & LAW* 817 (1995). Cfr. anche Jeremy Blumenthal, *A Wipe of the Hands, a Lick of the Lips: The Validity of Demeanor Evidence in Assessing Witness Credibility*, 72 *NEBRASKA L. REV.* 1157 (1993); Geoffrey R. Loftus, *What Can a Perception-Memory Expert Tell a Jury?*, 17 *PSYCHONOMIC BULLETIN & REV.* 143 (2010).

⁵⁹ Si vedano i riferimenti, *supra* nota n. 6.

9. *Un problema di sopravvalutazione*

Sebbene non possa dirsi controversa la superiorità empirica della *lie-detection* tecnologica rispetto alle leggende metropolitane ed alle superstizioni che albergano nella mente dei giurati, la tradizionale esclusione della prova si basa in larga misura sulla paura che gli stessi giurati ed anche i giudici possano sopravvalutarne la capacità dimostrativa dello strumento, attribuendo così alla prova in discussione un peso sproporzionato pensando che sia ancor più affidabile di quanto risulti in realtà. Anche se la macchina della verità possiede un certo margine di affidabilità, si dice, esso non è nemmeno lontanamente assimilabile a quello che i giurati gli riconoscono, e dunque il rimedio rappresentato da un radicale divieto di utilizzo è ritenuto appropriato per difendersi da un probabile abuso della tecnologia.

Le preoccupazioni legate alla sopravvalutazione pervadono il diritto delle prove⁶⁰, e spiegano il perché di molti divieti circa l'uso, ad esempio, della testimonianza indiretta, della perizia personologica, reputazionale e della prova indiziaria. Esse spiegano altresì perché la perizia deve essere in grado di assicurare uno speciale grado di affidabilità rispetto a quello richiesto alla prova non scientifica⁶¹. In tutti questi casi, infatti, la preoccupazione è che i giurati e persino i giudici possano essere influenzati da fattori esterni o comunque inammissibili nel considerare certi tipi di prova più efficaci di quanto siano in realtà, da qui l'esclusione o comunque la previsione di più stringenti limiti di ammissibilità.

Le paure di una sopravvalutazione emergono con considerevole frequenza nel contesto della prova neuroscientifica, e con riguardo alla scansione celebrale in particolare. Quando viene mostrata alle giurie ciò che esse credono sia una foto del cervello, o che sembra un ritratto a colori di un cervello al lavoro, esse sarebbero inclini a valutare le relative indicazioni come un qualcosa di altamente persuasivo, o comunque come sostanzialmente più persuasivo rispetto al suo effettivo valore dimostrativo. Dunque, continua l'argomento, le giurie sono così inclini a sopravvalutare il peso della prova mediante fMRI che appare preferibile vietarne in radice l'utilizzo sebbene gli possa essere riconosciuto un certo peso ed un certo valore nel determinare la credibilità di una fonte dichiarativa⁶².

⁶⁰ Le preoccupazioni discendenti dal pericolo di una sopravvalutazione, così come i timori ad essa collegati, sono efficacemente presentati in Richard Friedman, *Minimizing the Jury Over-Valuation Concern*, 2003 MICHIGAN ST. L. REV. 967 (2003).

⁶¹ Il dato differenziale è descritto e criticato, con argomentazioni in larga parte analoghe a quelle qui esposte, in Frederick Schauer & Barbara A. Spellman, *Is Expert Evidence Really Different?*, 89 NOTRE DAME L. REV. 1(2013).

⁶² Walter Sinnott-Armstrong et al., *Brain Imaging as Legal Evidence*, 5 EPSITEME 359 (2008). Si veda altresì Teneille Brown & Emily Murphy, *Through a Scanner Darkly: Functional Neuroimaging as Evidence of a Criminal Defendant's Past Mental States*, 62 STANFORD L. REV. 1119 82010; Greely & Illes, *supra* nota n. 10.

Ci sono preziosi studi che supportano la convinzione per cui lo scanner mediante fMRI, quando mostrato alle giurie (o ai soggetti sperimentalmente designati), porta a dare alle informazioni così fornite più peso rispetto al medesimo dato presentato in forma semplicemente verbale o comunque meno vivida⁶⁵. Ciò che appare come una foto del cervello, e per alcune persone addirittura come una foto del cervello che si illumina, aggiunge dunque un valore addizionale ed intrinsecamente superfluo al contenuto effettivo dell'esame.

Esistono poi ulteriori studi, condotti dai medesimi ricercatori, che indicano come si possa ovviare al problema della sopravvalutazione mediante opportuni avvertimenti ed istruzioni nonché attraverso un'adeguata contestualizzazione dell'attività⁶⁴. Pertanto, se i giurati sono esplicitamente avvertiti del fatto che quella che gli viene mostrata non è una foto del cervello, che il cervello non si sta illuminando e che l'affidabilità dello scanner è lontana dalla perfezione, essi potrebbero essere agevolati nell'attribuire alla prova in questione il valore che le compete, e non di più. Soprattutto, comunque, si trascura il fatto per cui l'inflazione del valore probatorio di una foto rispetto a quello delle parole o di una rappresentazione non realistica mediante grafici o tabelle è un fenomeno di comune verifica⁶⁵. La raffigurazione determina un accrescimento dell'effetto suggestivo al netto del suo contenuto⁶⁶, e questo effetto esiste con riferimento ad una vasta tipologia di informazioni⁶⁷. Pertanto, sebbene sia pacifico che un'immagine del cervello aumenterà e distorcerà in qualche misura la percezione delle informazioni fornite da tale immagine, lo stesso accade con la riproduzione grafica realistica della scena di un crimine, del corpo di una vittima, o dell'incrocio dove è avvenuto un incidente automobilistico. Forse sarebbe meglio se l'ordinamento vietasse in radice l'utilizzo di immagini, ma non lo fa, secondo la credenza per cui un'immagine vale mille parole, anche se molte parole potrebbe-

⁶⁵ David P. McCabe & Alan D. Castel, *Seeing is Believing: The Effect of Brain Images on Judgments of Scientific Reasoning*, 107 COGNITION 343 (2008). Cfr. anche David P. McCabe et al., *The influence of fMRI Lie Detection Evidence on Juror Decision-Making*, 29, BEHAVIOR SCIENCES & THE LAW 566 (2011). La preoccupazione di una sopravvalutazione o di un fraintendimento da parte della giuria (e del giudice) è il cuore della conclusione scettica (circa l'attuale ammissibilità come prova del fMRI *lie-detection*) in J.R.H. Law, *Cherry-Picking Memories: Why Neuroimaging-Based Lie Detection Requires a New Framework for the Admissibility of Scientific Evidence under FRE702 and Daubert*, 14 YALE J. LAW & TECHNOLOGY 1 (2011).

⁶⁴ McCabe et al., *supra* nota n. 63.

⁶⁵ Feigenson, *supra* nota n. 12, p. 249.

⁶⁶ *Si veda ad esempio, nel contesto dei giudizi morali*, Elinor Amit & Joshua D. Greene, *You See, the Ends Don't Justify the Means: Visual Imagery and Moral Judgment*, 23 PSYCHOLOGICAL SCI. 861 (2012).

Justify the Means: Visual Imagery and Moral Judgment, 23 PSYCHOLOGICAL SCI. 861 (2012).

⁶⁷ Una buona panoramica della ricerca esistente è offerta da Neal Feigenson, *Visual Evidence*, 17 PSYCHONOMIC BULLETIN & REVIEW 149 (2010).

ro non essere vere. L'esatta domanda da porsi con riguardo alla efficacia rappresentativa della prova mediante fMRI non è dunque se essa produca effettivamente un valore dimostrativo aumentato, cosa che pacificamente avviene, ma se simile aumento sia maggiore rispetto a quello determinato dalle rappresentazioni grafiche che l'ordinamento ammette in via ordinaria⁶⁸.

Una volta chiarita l'esatta portata della domanda, emerge dunque l'infondatezza delle preoccupazioni relative alla presenza di un eccessivo aumento dell'effetto rappresentativo della prova mediante fMRI. Indagando in maniera appropriata l'aumento differenziale nel senso appena chiarito non è stata trovata alcuna chiara evidenza di una sua effettiva esistenza⁶⁹, e, ancor più di recente, sono stati esaminati tutti gli studi pubblicati e inediti al riguardo, e si è concluso che non c'è supporto alla tesi per cui "le riproduzioni grafiche del cervello sono esageratamente suggestive"⁷⁰. Conseguentemente, è appropriato concludere che non esiste prova del fatto che l'accrescimento di persuasività di quelle che sembrano essere foto di scansioni cerebrali è maggiore o più fuorviante rispetto a quello prodotto da numerosi altri oggetti di rappresentazione grafica di cui le giurie si servono frequentemente.

10. *Il problema Daubert*

È dunque chiaro come i rilievi circa la sopravvalutazione della prova neuroscientifica siano empiricamente discutibili, almeno limitatamente alla prospettiva della legge americana. Come più sopra evidenziato, le preoccupazioni legate alla sopravvalutazione spiegano molto del perché per generazioni la prova scientifica ha dovuto soddisfare condizioni di ammissibilità più rigorose rispetto a quelle riferite ad altri elementi di prova considerati più diretti. La paura che gli esperti, o persone che sembrano ed agiscono come esperti, siano più persuasivi nei confronti della giuria rispetto a quanto la loro effettiva esperienza giustificerebbe, è

⁶⁸ O delle prove non grafiche che l'ordinamento ammette ordinariamente. Sta diventando sempre più noto che l'osservazione di un testimone oculare è assai meno affidabile rispetto a quanto la maggior parte delle persone credono, e dunque essa viene regolarmente sopravvalutata da giudici e giurie. La questione circa l'aumento del valore rappresentativo delle prove neuroscientifiche non riguarda dunque se esista effettivamente un simile aumento, poiché esso certamente esiste, ma se sia maggiore rispetto a quello prodotto dall'osservazione del testimone oculare, dal ricordo personale, e dalla maggior parte delle altre prove che rappresentano la base cognitiva del processo anglo-americano.

⁶⁹ N.J. Schweitzer et al., *Neuroimages as Evidence in a Mens Rea Defense: No Impact*, 17 *PSYCHOLOGY, PUBLIC POLICY, & LAW* 357 (2011).

⁷⁰ Martha J. Farah & Cayce J. Hook, *THE SEDUCTIVE ALLURE OF 'SEDUCTIVE ALLURE'*, 8 *PERSPECTIVES ON PSYCHOLOGICAL SCI.* 8S (2013).

stata a lungo utilizzata per sostenere la necessità che la prova scientifica fosse più di qualcosa semplicemente in grado di contribuire alla dimostrazione della verità di una determinata proposizione, che rappresenta invece la regola di riferimento per valutare l'ammissibilità della prova non scientifica⁷¹.

Questa preoccupazione nasce dalla sentenza della Corte Suprema del 1993 relativa al caso *Daubert v. Merrill Dow Pharmaceuticals, Inc*⁷². La Corte Suprema, infatti, spinta dal crescente ricorso alla cosiddetta scienza spazzatura per motivare un consistente numero di sentenze relative a procedimenti per fatti illeciti di massa, eresse una barriera all'ingresso in giudizio della prova scientifica richiedendo che essa fosse conforme ad uno standard stabilito dalla stessa scienza. Sin da subito dopo la decisione è stato discusso se la Corte Suprema avesse inteso correttamente la natura dell'indagine scientifica⁷³, ma è chiaro che, in contrasto rispetto ai miei suggerimenti di cui sopra, la prova scientifica risulterà ammissibile solo se fornita del tipo di credenziali che gli stessi scienziati richiederebbero per i loro lavori.

Fin quando la regola fissata in *Daubert* rimarrà valida⁷⁴, ed è chiaro che essa continua ad oggi a rappresentare lo standard di riferimento in tutte le corti federali e dunque indirettamente (per persuasione se non tramite autorità diretta) nella maggioranza delle *state courts*, l'inammissibilità di una verifica della genuinità delle dichiarazioni mediante fMRI è destinata a prevalere. Gli standard fissati dalla sentenza *Daubert* demandano agli scienziati l'individuazione delle caratteristiche di ammissibilità della prova scientifica. I fattori *Daubert* includono la disponibilità di un riconosciuto margine di errore e l'esistenza di pubblicazioni soggette a revisione editoriale relative al metodo in discussione, e questi requisiti potrebbero essere oggi già soddisfatti dalla prova in esame, così come molti altri dei criteri fissati in *Daubert*. Ma uno di essi, derivante dal precedente *Frye test*⁷⁵, che la sentenza *Daubert* aveva apparentemente sostituito, è la necessaria accettazione "diffusa" del metodo all'interno della comunità scientifica di riferimento. Come evidenziato più sopra ed in questo stesso paragrafo, la comunità dei neuroscienziati, pur con qualche eccezione, deve ancora riconoscere la validità della fMRI come strumento di *lie-detection* e dunque, sulla base dei parametri attualmente esistenti, ciò potrebbe essere ben sufficiente ad orientare negativamente il giudi-

⁷¹ *Federal Rules of Evidence, Rule 401.*

⁷² 509 U.S. 579 (1993). I principi *Daubert* sono stati ulteriormente precisati in due successive decisioni, *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997), and *Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

⁷³ *Cfr., ad esempio, Ronald J. Allen, Expertise and the Daubert Decision*, 84 J. CRIMINAL LAW & CRIMINOLOGY 1157 (1994); *Susan Haack, Federal Philosophy of Science: A Deconstruction – and a Reconstruction*, 5 N.Y.U. J. LAW & LIBERTY 394 (2010); *Susan Haack, An Epistemologist in the Bramble-Bush: At the Supreme Court with Mr. Joiner*, 26 J. HEALTH POLITICS, POLICY & LAW 217 (2001).

⁷⁴ In senso contrario si veda Schauer & Spellman, *supra* nota n. 61.

⁷⁵ *Frye v. United States*, 293 F. 1013,1014 (D.C. Cir. 1923).

zio di ammissibilità della fMRI ancora per un po' di tempo. Come già chiarito, esistono seri dubbi circa l'opportunità di devolvere giudizi sostanzialmente legali agli scienziati, il cui lavoro ha scopi e standard di riferimento diversi⁷⁶, ma un simile approccio è invece implicito in *Daubert*, e fin quando la generale accettazione scientifica sarà considerata come qualcosa di anche solo vicino ad una condizione essenziale di ammissibilità della prova, l'attuale esclusione della prova mediante fMRI *lie detection* non potrà che continuare.

11. Conclusioni

La *lie-detection* rappresenta una curiosa anomalia all'interno dell'attuale dibattito relativo all'utilizzo forense di metodi e conoscenze tecnico-scientifici. Con riguardo a molti di essi – perizia grafologica, riconoscimento vocale, analisi delle tracce di strumenti usati per commettere il delitto, impronta del morso, ed anche impronte digitali – la tendenza del momento è quella di sollevare dubbi sull'effettiva affidabilità e precisione di metodi di indagine e di identificazione che sono stati a lungo considerati indiscussi⁷⁷. Alcune di queste tecniche sono in larga parte spurie, e molte di esse, anche se dotate di un qualche valore, non sono mai state sottoposte a verifiche e sono probabilmente meno accurate e meno affidabili rispetto a quanto si è a lungo creduto. L'orientamento prevalente e gli sviluppi legislativi seguiti al caso *Daubert* hanno dunque evidenziato questi problemi, ed hanno dimostrato che l'ordinamento ha sopravvalutato i contributi forniti da questi metodi.

Con riguardo alla *lie-detection* la situazione è in qualche modo esattamente opposta. Le impronte digitali, l'impronta del morso, il riconoscimento vocale, la perizia grafologica, l'analisi delle tracce di strumenti usati per commettere il delitto e simili sono mezzi di prova ordinariamente ammessi in giudizio sebbene la loro accuratezza e la loro affidabilità rimanga dubbia se non spesso del tutto ignota. La *lie detection*, invece, è per lo più esclusa sebbene sia soggetta a rigorose verifiche di affidabilità, e dimostri di possedere un margine di precisione almeno pari a quello di altri metodi comunemente utilizzati. Mentre le tecniche di identificazione forense ordinariamente usate appaiono essere meno affidabili rispetto a quanto l'ordinamento ha a lungo ritenuto, è possibile che il *lie-detector* sia più utile di quanto il sistema continua a credere.

⁷⁶ Schauer, *Can Bad Science Be Good Evidence*, *supra* nota n. 33.

⁷⁷ Si veda, ad esempio, Michael J. Saks, *Explaining the Tension between the Supreme Court's Embrace of Validity as the Touchstone of Admissibility of Expert Testimony and Lower Court's (Seeming) Rejection of Same*, 5 *EPISTEME* 329 (2008).

Tale ultimo rilievo non fornisce alcuna esplicita indicazione al fine di porre rimedio all'anomalia segnalata, sempre ammesso che ciò risulti astrattamente possibile. Forse lo scetticismo dell'ordinamento circa l'utilizzo del *lie-detector*, sia poligrafico che neuroscientifico, è giustificato e dovrebbe essere accompagnato da un analogo atteggiamento nei riguardi dei vari metodi che sono invece ordinariamente accettati. Ma una volta che consideriamo seriamente la domanda del "rispetto a cosa"?, una volta che accettiamo che l'ordinamento non può semplicemente delegare i suoi giudizi ed attendere più ricerche scientifiche, ed una volta messi a conoscenza della natura quasi interamente ascientifica delle preoccupazioni, espresse anche da parte di scienziati, relative alla sopravvalutazione da parte di giudici e giurati, potremmo almeno seriamente prendere in considerazione la necessità di ripensare la regola di radicale esclusione riferita alla valutazione scientifica della genuinità delle dichiarazioni. Quando le tecniche di fMRI *lie-detection* saranno testate ancor più rigorosamente e si dimostreranno più accurate, sarà infatti sempre più difficile per l'ordinamento evitare di confrontarsi più direttamente con il problema.

I grandi temi
Welfare e diritto penale

DAVID GARLAND

WELFARE STATE SOTTO ASSEDIO (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Problemi. – 3. Neoliberismo e *Welfare State* 2.0. – 4. Transizioni post-industriali: verso un *Welfare State* 3.0. – 5. Politiche di cambiamento.

1. *Introduzione*

Quando parliamo di “*Welfare State*” non sappiamo più a cosa ci riferiamo. Negli Stati Uniti, dove vivo, e sempre più spesso in Gran Bretagna, dove sono nato, la vera natura del *Welfare State* è sepolta sotto strati di mistificazioni ideologiche e di fraintendimenti.

Lasciatemi dunque iniziare definendo il nostro oggetto d’indagine. Che cosa sono esattamente i *Welfare States*? Non esiste, ovviamente, una definizione neutrale e omnicomprensiva. Come insegna Nietzsche, si può definire solo ciò che non ha una storia – e i *Welfare States* hanno una storia politica molto contrastata. Ne consegue che qualsiasi descrizione di che cosa si possa intendere per *Welfare State* assume una valenza retorica in un campo politico molto controverso.

Inoltre, ogni nazione ha un suo particolare sistema di protezione sociale – in Italia c’è “Lo stato sociale”, in Francia “*l’Etat providence*”, in America il “*New Deal*”, in Svezia il “*Folkhemmet*”. Ogni attribuzione di significato al concetto di “*Welfare State*” deve essere dunque concepita come un idealtipo che incarna una specifica prospettiva sociale e che si pone a una certa distanza dalle singole sfaccettature della realtà empirica.

Date queste premesse, desidero tracciare un breve quadro di ciò che *io* intendo quando utilizzo questa espressione, e di come questa mia analisi si ricolleggi alle scienze sociali.

Le scienze sociali offrono tre differenti concezioni del *Welfare State*, ognuna delle quali definisce in maniera diversa sia i suoi confini che le sue funzioni economiche e sociali.

(*) Traduzione dall’inglese a cura del prof. Adolfo Ceretti.

La prima visione concepisce il *Welfare State* come un “*Welfare* per i poveri”. Si tratta della lettura più limitata, nonché quella preferita dai critici dello stato sociale, in quanto si riferisce agli aspetti più problematici e meno popolari del sistema: i programmi non contributivi di accertamento delle fonti di reddito, che costituiscono una ‘rete di sicurezza’ per le persone che versano in uno stato di indigenza. Questa concezione è chiamata in causa nel discorso politico americano – e in maniera crescente in quello britannico – ogni qual volta s’intende criticare i sussidi pubblici o il sistema di *Welfare*.

Una seconda concezione si concentra sui temi dell’assicurazione sociale, sui diritti e sui servizi sociali. Questo approccio contraddistingue la maggior parte delle politiche sociali comparate e include il riferimento a programmi previdenziali, come le pensioni di anzianità e l’assistenza sanitaria, ovvero ciò che costituisce in larga parte la spesa sociale dello Stato. Questi elementi centrali del *Welfare State* sono assai cari all’elettorato, benché la loro qualità e il loro costo siano una continua fonte di preoccupazione.

La terza concezione enfatizza la gestione economica e il ruolo che “il governo dell’economia” gioca in ogni società moderna. Questa prospettiva pone al centro le politiche fiscali, monetarie e del lavoro avviate dal governo, e il ruolo che esse giocano nel promuovere la crescita e l’occupazione, oltre che nell’assicurare il benessere delle aziende e delle famiglie. Oggigiorno, nonostante i partiti politici siano spesso in conflitto tra di loro – talvolta anche in modo radicale – su come gestire l’economia e sul grado di coinvolgimento dello Stato in questo campo, tutti gli schieramenti concordano nel ritenere che spetti al governo assicurare il raggiungimento di risultati economici positivi.

Sebbene queste tre concezioni siano generalmente considerate *in competizione* tra di loro nella definizione di che cosa sia davvero il *Welfare State*, io, invece di sceglierne una, preferisco considerarle come dei cerchi concentrici, ognuno dei quali costituisce una componente fondamentale del sistema di *Welfare*.

Al cuore del *Welfare State* vi sono istituzioni che garantiscono contro la perdita di capacità economica dovuta alla disoccupazione, alla malattia, all’età avanzata e alla disabilità. L’operare di questi schemi di assicurazione – calibrati su scala nazionale, che incidono su tutta la popolazione e tengono conto di una grossa frazione del PIL – è di per sé una modalità di governare l’economia.

Questi schemi, a loro volta, dipendono per la loro solvibilità dalle politiche del governo che alza le tasse, sostiene l’impiego e promuove la crescita. Essi contribuiscono a questi obiettivi economici uniformando i consumi, rafforzando la flessibilità del lavoro e consentendo spese anticongiunturali. Gli schemi di assicurazione sociale sono a loro volta sostenuti da una rete di sicurezza non contributiva che si rivolge alle persone che non possiedono un’assicurazione. Ciò significa

che ognuna di queste tre visioni del *Welfare State* fa riferimento a un settore del *Welfare* stesso che non può esistere senza il supporto strutturale degli altri: ognuno è una condizione per l'esistenza degli altri.

I sistemi di *Welfare* – implicando ciascuna di queste tre dimensioni – sono degli elementi fondamentali dei governi moderni. In una forma o nell'altra, sono presenti in tutte le società avanzate. E costituiscono uno strumento indispensabile per rendere sostenibili, dal punto di vista sociale e politico, le economie capitaliste. Se consideriamo l'economia capitalista come un motore dinamico atto a generare profitti privati – attraverso la produzione concorrenziale di beni e lo scambio di mercato – il *Welfare State* rappresenta un sistema “riammodernato” di marce, freni e processi di distribuzione, ideato per guidare l'enorme macchina capitalista in una direzione più socialmente accettabile.

Al centro del *Welfare State* vi è un sistema di garanzie sociali, sovrapposto ai processi economici di tipo capitalista, disegnato per modificare e “moralizzare” l'economia di mercato. Queste garanzie assumono una varietà di forme e possono essere finanziate da contributi sociali, tassazione generica o da finanziamenti pubblici. Esse assicurano i lavoratori e le loro famiglie contro la casualità degli infortuni, delle malattie, della disoccupazione e della vecchiaia. Offrono ai cittadini diritti sociali all'educazione, alla casa, all'assicurazione sociale e ai servizi sociali. Costruiscono, inoltre, una rete di sicurezza per interventi sociali discrezionali da dispensarsi in caso di bisogni non soddisfatti.

Quando si parla di *Welfare State*, perciò, ci si riferisce alla formula moderna attraverso cui le economie capitaliste sono socialmente costruite e controllate. Adottando questa prospettiva desidero soffermarmi, seppure brevemente, sulla relazione che intercorre tra i sistemi di *Welfare* e le economie capitaliste, nonché considerare alcune sue caratteristiche fondamentali.

Le società moderne sono società *capitaliste*. Ciò significa che esse hanno edificato le loro economie su un sistema capitalista, e così facendo hanno affidato la funzione essenziale dell'approvvigionamento materiale (da cui dipendono tutte le vite umane) a degli attori economici privati – cioè a dire le aziende capitaliste orientate all'accumulo di capitale.

Il capitalismo è un sistema di produzione e di scambio straordinariamente potente. Nessun altro sistema economico gli può essere paragonato in termini di alta produttività, di innovazione e di dinamismo. Parimenti, i mercati aperti hanno delle qualità. Si tratta di organizzazioni straordinarie in grado di generare potere di scelta, opportunità per scambiare informazioni e per promuovere alcune forme di libertà e uguaglianza. Sul lungo periodo, inoltre, l'espansione globale dei mercati e dei commerci ha contribuito ad ammorbidire gli atteggiamenti, ha favorito

l'espansione della solidarietà, la civilizzazione delle nazioni e (forse) la riduzione della povertà.

In relazione a tutto ciò, le economie capitalistiche sono state una vera e propria benedizione per il benessere collettivo – quantomeno visto nel suo complesso. Al contempo, però, va rilevato che il capitalismo, inteso come sistema di azioni economiche, non solo è *iniquo* – i suoi benefici, intesi in senso aggregato, non sono equamente ridistribuiti – ma è anche profondamente *antisociale*. Le società che consentono che la vita economica sia governata dalla logica del profitto privato e dalla competizione di mercato sono società *a rischio*: prone di fronte a cambiamenti repentini non governabili, a concentrazioni socialmente dannose di ricchezze e di ineguaglianza, a crisi dovute all'accumulazione, a periodici collassi economici.

Di fatto, le caratteristiche principali delle società capitaliste non sono la stabilità o l'equilibrio: questi ultimi sono assunti della teoria economica senza fondamento, non riscontrabili nelle reali economie mondiali. Le caratteristiche principali delle economie capitaliste sono, al contrario, l'incertezza, l'insicurezza, l'ineguaglianza, i mutamenti non governabili – ognuno dei quali genera dannose conseguenze per i nostri ambienti sociali e naturali.

Come Marx ed Engels hanno rilevato molto tempo fa, il capitalismo rivoluziona in via definitiva le società in cui si insedia. Scatena una potente “distruzione creativa” lasciando una scia di devastazione lungo il suo cammino. Lo si può notare ovunque: nel collasso dell'industria manifatturiera, nella crisi petrolifera degli anni Settanta del secolo scorso, nella crisi globale del 2007-2009 e nella crisi dell'Eurozona che ne è seguita. Ognuno di questi avvenimenti ha causato una massiva distruzione e un'enorme dislocazione di vite umane. Tuttavia, proprio perché il suo passaggio porta devastazione, il sistema di economia capitalista richiede un contesto sociale di supporto e un'infrastruttura materiale che gli consenta di operare. Ha bisogno di forza lavoro socializzata, educata e in salute e, inoltre, di famiglie funzionali, scuole e sistemi sanitari che la producano. Ha bisogno di un rifornimento assicurato di materie prime e di risorse, di un sistema di trasporti, di una popolazione di consumatori, di un contesto politico stabile e di molto altro ancora.

Lasciati a se stessi, i mercati concorrenziali e i privati alla ricerca di profitto tendono a distruggere questi strumenti di sostegno sociale. Mirano a mercificare, consumare, a espandersi e a distruggere tutti gli ostacoli che impediscono il processo di accumulo. Lasciati a loro stessi, in altre parole, questi processi producono effetti secondari disastrosi – ne sono testimonianza le minacce che incombono sul nostro clima, sulle nostre risorse naturali, sulla vita familiare e sulla salute fisica ed economica delle popolazioni.

Il mercato capitalista è, come ha affermato Wolfgang Streeck¹, una formazione sociale autodistruttiva; sono i processi che si oppongono al mercato o che tentano di controllarlo a proteggerlo dai danni che esso stesso crea. La paradossale (si potrebbe dire *dialettica*) conseguenza è che per evitare l'autodistruzione il capitalismo necessita di un insieme di forze che lo controbilancino. E i sistemi di *Welfare* sono la perfetta concretizzazione di queste forze di bilanciamento funzionali e istituzionalizzate.

Agli inizi del Ventesimo secolo, gli ideatori del *Welfare State* riuscirono a vedere l'incertezza, l'instabilità e gli effetti antisociali generati dai sistemi capitalisti e compresero che tali ricadute non sarebbero state tollerate in società con democrazie a suffragio universale e dotate di sindacati. Fu così che costoro delinearono un apparato che avrebbe gestito queste incertezze, attenuato gli eccessi dei cicli economici e avrebbe stabilito una cornice di sicurezza economica collettiva in cui i processi di assunzione di rischi, tipici del capitalismo, potessero accadere. A partire da quel momento, la regolazione sociale dei mercati, l'assicurazione sociale dei lavoratori e gli approvvigionamenti pubblici per i servizi e le protezioni sociali – in sintesi *il Welfare State* in una o l'altra delle sue varianti – sono divenuti i nostri strumenti per contenere le dinamiche antisociali e gli effetti esterni distruttivi che costituiscono l'essenza del libero mercato capitalista. Così come fu costituito all'epoca, il *Welfare* funziona tuttora, nonostante si assista da tre decenni ad attacchi neoliberisti alle sue fondamenta.

2. Problemi

La contraddizione che si pone al centro dei sistemi di *Welfare State* produce diverse conseguenze problematiche – innanzitutto il fatto che tali sistemi di protezione sociale siano stati innestati su economie di mercato di stampo capitalista. Rivolgendo l'attenzione a queste contraddizioni, è possibile collocare nella giusta prospettiva le più diffuse lamentele nei confronti del *Welfare State*.

I sistemi di *Welfare* sono dispositivi di riduzione del danno e di risoluzione di problemi, disegnati per gestire le disfunzioni endemiche presenti nella vita economica e sociale delle moderne economie capitaliste. Tuttavia, tali sistemi di *Welfare* generano a loro volta dei problemi – rischi morali, relazioni di dipendenza,

¹ Di questo autore si segnalano le seguenti opere: W. STREECK, *Beneficial Constraints*, in J. Hollingsworth et al (a cura di), *Contemporary Capitalism: The Embeddedness of Institutions*, Cambridge University Press 1997; W. STREECK, *Re-Forming Capitalism: Institutional Change in the German Political Economy*, Oxford University Press 2009; W. STREECK, *How to Study Contemporary Capitalism*, in *European Journal of Sociology*, 2012, 53; 1, pp. 28 ss. (N.d.T.).

costi elevati, rigidità nel mercato del lavoro e così via – che talvolta minacciano di gettare discredito sull'intero sistema. Si tratta, indubbiamente, di problemi preoccupanti e significativi.

Nel soppesare la loro rilevanza dovremmo però sempre chiederci “che cosa potrebbe essere fatto per mitigarli?” e “quali sono le alternative”? Che il *Welfare State* abbia i suoi problemi è innegabile. La questione importante da affrontare è se tali problemi siano gestibili e come appaiono rispetto a quelli generati da altri assetti. In realtà, i programmi di *Welfare* sono destinati a non risultare mai completamente “riusciti”: fa parte della loro natura. I mercati falliscono e le famiglie non funzionano bene, ma va sottolineato che i sistemi di *Welfare* non sono stati progettati per essere delle cure per questi mali. I sistemi di *Welfare* non mirano ad abolire il mercato o a sostituire la famiglia con qualcosa di diverso. Se l'insicurezza, la povertà e l'esclusione sociale continuano in parte ad esistere, anche all'interno dei sistemi di *Welfare* più funzionanti, è perché i processi economici e sociali sottesi che generano questi risultati rimangono saldamente al loro posto. I sistemi di *Welfare* non sono un'alternativa al mercato capitalista o alla famiglia: sono una componente che si aggiunge per migliorarli. È questa *formazione ibrida* che spiega molte delle difficoltà che incontrano i sistemi di *Welfare*.

In altre parole, i programmi di *Welfare* sono problematici a causa del conflitto sotteso tra lo stato sociale e il mercato capitalista e anche perché le attività delle economie private e dei processi familiari sfuggono frequentemente agli sforzi collettivi volti ad imporre controlli di tipo normativo. Diversamente dalle economie pianificate e dai regimi totalitari, gli attori del mercato e i membri delle famiglie cui si rivolge il *Welfare State* non sono, infatti, né soggetti docili né oggetti passivi. Al contrario, sono attori strategici che abitano luoghi dominati dall'iniziativa privata e dalla scelta individuale. Proprio per il fatto che le loro azioni devono essere stimolate e guidate piuttosto che imposte, esiste sempre un margine di non collaborazione.

3. *Neoliberismo e Welfare State 2.0*

I sistemi di *Welfare* modificano la distribuzione dei guadagni, della ricchezza e delle opportunità di vita create dagli scambi di mercato, ed è attraverso tale processo di redistribuzione che creano i propri “vincitori” e i propri “vinti”. Operando in questa direzione, le politiche sociali degli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso spostarono il potere verso i lavoratori dando forza ai sindacati, riducendo le differenze di guadagno e accrescendo gli *standard* di vita delle famiglie della classe lavoratrice.

In maniera speculare, le riforme neoliberaliste degli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso non furono dei semplici aggiustamenti politici o degli adattamenti economici: espressero le visioni di specifiche classi o settori interessati a fare in modo che il potere si spostasse dai sindacati alle grandi società e al capitale finanziario, indebolendo il settore pubblico e dando potere al mercato e ai suoi attori.

A partire dagli anni Settanta del Novecento, in un Paese dopo l'altro, diversi gruppi di opposizione orchestrarono degli attacchi al *Welfare State* nel nome del libero mercato e dei valori della famiglia tradizionale. Più recentemente, diversi leader e consulenti politici si sono battuti per adattare i programmi di *Welfare State* in modo da poter sostenere le sfide lanciate dal mondo globalizzato e post-industriale in cui operano al giorno d'oggi.

Entrambi questi sviluppi – la *revisione neoliberista* e gli *adattamenti al contesto post-industriale* – hanno rappresentato, in modo diverso, delle risposte alle trasformazioni socio-economiche prodotte dal tardo capitalismo del Ventesimo secolo: trasformazioni che dapprima si manifestarono come crisi economiche e, successivamente, come cambiamenti nei modi di produzione dominanti e nell'organizzazione sociale.

Nel mezzo delle agitazioni economiche degli anni Settanta, le coalizioni favorevoli al libero mercato e le forze conservatrici colsero l'opportunità di respingere il *Welfare State* postbellico e gli equilibri di potere che esso aveva creato. In quel frangente, i sistemi di *Welfare* furono accusati di impedire la crescita e di favorire la recessione economica. Secondo i suoi critici, al posto di lasciare che le forze del mercato lavorassero senza impedimenti, massimizzando la competizione e l'efficienza, il *Welfare State* interferiva con l'autoregolazione del mercato, favorendo gli interessi di particolari soggetti (i sindacati e i dipendenti pubblici) per falsare i segnali del mercato e introdurre delle "rigidità" (i diritti dei lavoratori) all'interno di un mercato del lavoro che avrebbe dovuto essere, al contrario, fluido e flessibile.

In questa corsa al discredito del *Welfare State*, i suoi critici si dimenticarono che esso fu istituito proprio *perché* il libero mercato produce degli effetti disastrosi. Ignorarono che aveva garantito un periodo di crescita prolungata senza precedenti. Tralasciarono le evidenze internazionali che rifiutavano l'obiezione secondo cui i *Welfare State* rappresenterebbero un freno per le *performance* economiche. Si lasciarono, infine, sfuggire il fatto che le grandi società di capitali – e non le categorie protette dal *Welfare* – rappresentavano i reali e potenti "interessi speciali" che plasmavano le politiche governative.

I riformisti della Nuova Destra cercarono di sradicare ogni traccia della "cultura della dipendenza" che avrebbe potuto scoraggiare le persone che ricevevano

i sussidi dal ricercare lavoro, dallo sposarsi o dal coltivare la propria personale indipendenza.

Al posto di essere un diritto, il supporto al reddito fu subordinato al cambiamento della condotta di chi ne usufruiva. Coloro che ricevevano assistenza – soprattutto i genitori *single* e i disoccupati cronici – dovevano dimostrare di cercare attivamente un lavoro, impegnandosi in corsi di formazione professionale o conseguendo un titolo di studio.

Seguendo questa traiettoria, i governi ridussero i fondi destinati al *Welfare*, tagliarono i sussidi e sostennero l’*“austerity”*, ma introdussero anche un programma più radicale e duraturo di riforma neoliberista che ha cambiato il modo in cui le agenzie di *Welfare* sono sovvenzionate e gestite, nonché le tipologie di indennità e di servizi erogati. I neoliberisti hanno insistito a lungo affinché beni come la casa, la salute, l’educazione e le pensioni fossero forniti in maniera più efficiente dal mercato, piuttosto che dallo Stato. A tale scopo, data l’impossibilità di abolire il *Welfare State* e di fare ritorno al libero mercato, la soluzione ideata fu quella di ristrutturare le istituzioni pubbliche, in modo da renderle degli attori del mercato. Furono così introdotte alcune tecniche tipiche del settore privato come i limiti di pagamento, la definizione di obiettivi e gli indicatori di *performance*; furono inoltre stabiliti mercati interni e pratiche competitive, subappalti e meccanismi c.d. *‘purchaser-provider’*, ossia tra funzione di acquisto e funzione di erogazione – ognuno dei quali creò una nuova versione neoliberista del *Welfare State*, una versione sempre più privatizzata che risponde a criteri “più snelli e più significativi” e che non opera più secondo l’*ethos* del servizio pubblico.

L’azione delle politiche neoliberiste fu, senza dubbio, orientata a generare crescita e a migliorare il *Welfare State*. E le economie che seguono dei principi neoliberisti possono, a volte, effettivamente prosperare – come hanno dimostrato gli Stati Uniti e la Gran Bretagna durante il *boom* degli anni Novanta e dei primi anni Duemila. Tuttavia, è innegabile che le stesse politiche neoliberiste siano profondamente *non egualitarie* e pesantemente pregiudicate dai potenti attori del mercato. I loro benefici diretti e immediati si riversano sui ricchi, sui datori di lavoro, sui detentori di capitali escludendo i poveri, gli impiegati, i lavoratori. Tali politiche hanno, inoltre, una ricaduta sui partiti politici, nel senso che riducono il supporto ai partiti che sostengono il *Welfare State* e incrementano quello per i partiti favorevoli al *business* e al mercato.

I sistemi originari di *Welfare* postbellici avevano fatto valere gli interessi degli operai, contribuendo a creare anche una prospera classe media e aumentando gli *standard* di vita della maggior parte delle famiglie. La loro espansione fu accompagnata da uno slittamento massivo nella distribuzione dei guadagni, riducendo il *gap* esistente tra le persone con maggiori e minori guadagni, creando società più

equa in cui solo una minoranza della popolazione risultava essere o molto ricca o molto povera.

Di fatto, le politiche degli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso ribaltarono questi sviluppi. Per lo più, esse agirono per avvantaggiare i finanziatori, i grandi industriali e i proprietari di immobili. Riattribuirono il potere alle *élite* economiche, ricrearono le condizioni per l'accumulo di capitale e spostarono il potere e la capacità di influire verso il capitale finanziario. Nel corso di pochi decenni, cancellarono quella capacità uniformante e democratizzante edificata dal *New Deal* e dai sistemi di *Welfare*. L'indebolimento dei diritti sociali ed economici rinforzò, a sua volta, queste nuove diseguaglianze. Fu così che i governi – in America, in Gran Bretagna e altrove – finirono con l'adottare delle misure per rendere i mercati del lavoro più flessibili, il che significava in generale rendere più precari i lavoratori.

Ancora, le protezioni dei lavoratori furono indebolite; i movimenti sindacali collassarono; la stagnazione degli stipendi fu prolungata nonostante l'aumento delle ore di lavoro e l'aumento della produttività; nuove leggi in materia di relazioni industriali favorirono i datori di lavoro; la pressione fiscale fu ridotta e le spese sociali discrezionali non furono più finanziate.

Il risultato è stato quello di promuovere un'economia in cui “i vincitori si prendono tutto”, in cui i ricchi sono ricompensati, i poveri sono messi sotto scacco e coloro che stanno nel mezzo sono resi sempre più insicuri. Nonostante queste trasformazioni radicali, nonostante la riduzione dell'assistenza sociale, e nonostante l'enfasi posta sulla scelta, sul consumismo e sulla competizione quali marchi di fabbrica del *Welfare State* neoliberista, va rilevato – ed è impressionante – che le istituzioni al centro del *Welfare State* originario sono sopravvissute, rimanendo ancora in piedi al giorno d'oggi. In altre parole, gli oppositori societari e plutocratici del *Welfare State* hanno recuperato il loro dominio a livello politico ed economico ma hanno lasciato le sue istituzioni rivolte alla classe media largamente intatte.

In conclusione, l'attacco neoliberista ha trasformato sostanzialmente ovunque i sistemi di *Welfare*, ristrutturando i programmi originari secondo una versione neoliberista, più orientata al mercato e ponendo fine alla loro rilevante espansione nei decenni del Dopoguerra. Tuttavia, dopo trent'anni di dominio politico, il neoliberismo non ha né smantellato o rimpiazzato le istituzioni fondamentali del *Welfare State* né ne ha scalfito la duratura popolarità tra l'elettorato.

4. *Transizioni post-industriali: verso un Welfare State 3.0*

Giunto a questo punto, desidero abbandonare le critiche politiche per affrontare i cambiamenti adattativi e discutere le sfide fondamentali che i *Welfare States* stanno attualmente affrontando.

Per conservarsi vitali ed efficaci, i sistemi di *Welfare* si devono adattare alle circostanze che cambiano. I processi economici e sociali sono costantemente in mutamento, e va perciò da sé che gli *aggiustamenti* e gli *aggiornamenti* delle politiche siano una parte integrante e in continua evoluzione di tali sistemi.

Allo stesso tempo, però, i mutamenti economici e sociali assumono, talvolta, una forma più strutturale, e necessitano di cambiamenti politici di natura più radicale. Attualmente è in corso, nei paesi occidentali, proprio un cambiamento di paradigma di questo genere. La globalizzazione; la riduzione del potere dello Stato-nazione; la de-industrializzazione; la flessibilizzazione del mercato del lavoro; la riduzione del potere dei sindacati; il declino del lavoro a tempo pieno per gli uomini; le migrazioni di massa; i cambiamenti nelle caratteristiche delle famiglie; la defamilizzazione; l'invecchiamento della popolazione; l'individualismo; la crescente sfiducia nelle *élite*, la polarizzazione della politica... Ebbene, tutte queste forze trasformative e convergenti hanno creato, negli ultimi decenni, delle conseguenze devastanti per il *Welfare*.

I sistemi di *Welfare* sono macchine per la gestione del rischio elaborate ed efficaci, ma al giorno d'oggi affrontano insidie per le quali non sono stati originariamente progettati. Nella loro versione postbellica, infatti, tali sistemi erano stati approntati per contenere i rischi del mercato del lavoro, e promuovevano, di conseguenza, il pieno impiego e l'assicurazione sociale, corredati di assistenza sociale per coloro che ne rimanevano ai margini. I nuovi fenomeni come il lavoro precario, la disoccupazione cronica e le famiglie instabili rivelano i limiti dell'assicurazione sociale e portano le forme di assistenza sociale non-contributive a rappresentare uno strumento non più residuale ma, al contrario, sempre più centrale.

Allo stesso tempo, i vecchi rischi sociali, come la disoccupazione di massa, sono ricomparsi sulla scia delle crisi finanziaria globale, mettendo alla prova le capacità di fronteggiarla da parte del sistema di assicurazione sociale. La sfida che, al momento, il *Welfare State* deve affrontare è quella di sviluppare politiche che rispondano ai nuovi rischi sociali e che, al contempo, siano in grado di rinnovare la propria capacità di gestire quelli vecchi.

Una prima tipologia di Nuovi Rischi Sociali (*New Social Risk*) proviene dal carattere dualistico e precario dell'attuale mercato del lavoro. La disoccupazione cronica e l'esclusione sociale; il lavoro *part time* o temporaneo; le interruzioni di

carriera che riducono il diritto alla pensione; la mancanza di competenze; la presenza di competenze obsolete e la condizione di “lavoratore povero” sono tutti esempi di quanto sta accadendo.

Una seconda tipologia di Nuovi Rischi Sociali – derivante dai cambiamenti che interessano la famiglia, le relazioni di genere e la demografia – include l’essere un genitore *single*; una donna divorziata; un bambino che vive in povertà; l’essere in condizioni di vecchiaia tali da richiedere assistenza continua; include gli immigrati socialmente esclusi; o, ancora, le coppie con doppio stipendio che non riescono comunque ad affrontare le spese per i figli e che trovano impossibile bilanciare le richieste di lavoro con quelle della vita familiare.

Le persone maggiormente interessate dai Nuovi Rischi Sociali sono gruppi sociali poco organizzati non iscritti ai sindacati e che hanno poco potere politico e la cui sanità è coperta da WS1.0 e WS2.0. I rischi cui questi gruppi sono esposti includono sia l’esclusione sociale sia l’insicurezza economica.

Le proposte di riforma più radicali sollecitate dai Nuovi Rischi Sociali – una tassa globale sul capitale; il reddito minimo garantito; la creazione di un *Welfare State* europeo; il ripristino degli accordi di Bretton Woods – risultano poco attrattivi nel clima politico attuale, nonostante abbiano tracciato nuovi orizzonti possibili, e abbiano agito quali vitali “*reminders*” di ciò che si potrebbe ottenere con il supporto di autorevoli attori sociali.

I temi che *hanno iniziato* a dominare l’agenda politica corrente sono gli *investimenti sociali* (sviluppo di capitale umano, miglioramento della produttività e crescita nella partecipazione al mercato del lavoro); l’*individualizzazione* (adozione di interventi di diverso tipo che si adattino alle differenti esigenze di gruppi e individui); la *sensibilità di genere* (promozione di politiche che si facciano carico dei bisogni delle donne e dei bambini); tutto ciò con la continua preoccupazione di poter assicurare in futuro pensioni e assistenza sanitaria. Più precisamente, la principale forma di investimento sociale – al momento lo scopo ufficiale di tutti i *Welfare State* – è nota come “attivazione del mercato del lavoro” (*labor market activation*).

Al posto di un *Welfare State* passivo che paga sussidi di disoccupazione di lungo periodo – e sovvenzionava così l’esclusione sociale – le politiche in atto sono volte a sostenere le persone affinché tornino nel mercato del lavoro o si spostino da occupazioni “non standard” a lavori più sostenibili. Al centro di queste politiche c’è il proposito di potenziare il capitale umano, di rafforzare le capacità per l’occupazione, e di rimuovere gli ostacoli che la frenano. La formazione continua, i corsi di aggiornamento, lo sviluppo di competenze, gli *stage*, strategie per la creazione di lavoro, l’assistenza nella ricerca di occupazione, la normativa dell’impiego pubblico – sono modalità di intervento attualmente in uso.

5. Politiche di cambiamento

Da un lato gli Stati esercitano il potere, ma dall'altro risolvono problemi. Lo sforzo per dare forma a una terza generazione di *Welfare State* è un esempio di come essi si adattino al cambiamento e imparino dalle esperienze passate. Tuttavia, anche se sono state effettivamente ideate delle soluzioni politiche, vi sono sempre delle difficoltà nel tradurle in pratica.

I programmi di *Welfare* consolidati da tempo hanno i loro gruppi di sostenitori composti da portatori di interessi acquisiti con una decisa volontà di mantenerli. I consociati che hanno diritto ai benefici sono in competizioni con gli *outsider*.

Ne risulta che in molte nazioni la maggioranza dell'elettorato preferisce conservare l'attuale sistema di *Welfare* invece di riformarlo per renderlo più funzionale a servire gli interessi delle future generazioni e degli *outsider*.

Queste difficoltà si combinano con l'assenza di riconoscimenti di breve periodo per i partiti politici, che ritengono necessari, benché faticosi, delle trasformazioni di lungo periodo, e con il fatto che alcuni di questi cambiamenti dovrebbero avvenire a livello sovranazionale.

Il *Welfare State* postbellico fu creato da potenti attori sociali nel mezzo di una crisi globale del capitalismo e della democrazia. Oggi, la crisi ha un'intensità minore, con gruppi scarsamente organizzati che ne subiscono le peggiori conseguenze.

Ovunque, la sfida per i governi è di aiutare a sostenere cambiamenti futuri e creare stati sociali riformati in grado di affrontare efficacemente le insidie contemporanee e al contempo di potenziare l'efficienza economica.

Ben riadattati, i sistemi di *Welfare* altamente funzionali sarebbero vitali per le moderne democrazie capitaliste, ma le sfide politiche necessarie per edificarli possono essere difficilmente sottovalutate. E più le nostre politiche sono frazionate e disfunzionali, più risulta difficile tenere insieme le coalizioni e realizzare i compromessi da cui dipende il successo delle politiche sociali.

Desidero ora riassumere che cosa ho inteso sinora utilizzando l'espressione "l'indispensabile *Welfare State*".

Il *Welfare State* non è un'opzione politica che siamo liberi di accettare o di rifiutare a piacimento. Non è neanche una fase della storia post-bellica che ci stiamo lasciando alle spalle. È, al contrario, una dimensione fondamentale degli attuali governi, totalmente integrata con il funzionamento economico e la salute sociale delle società capitaliste. I regimi di *Welfare* possono assumere una varietà di forme differenti e possono essere più o meno efficaci, ma un *Welfare State* funzionante è una componente decisiva di ogni nazione moderna.

La genialità del *Welfare State* risiede nella sua capacità di utilizzare la magia dei valori medi e la collettivizzazione dei rischi allo scopo di rendere il mercato capitalista vivibile per gli esseri umani. È venuto alla luce all'inizio del Ventesimo secolo, insieme alla crescita della democrazia di massa, poiché l'emancipazione della classe lavoratrice ha fatto in modo che il potere della proprietà privata fosse temperato da quello dell'azione collettiva.

Nonostante la qualità dei governi muti – e sia richiesta una costante sorveglianza in caso si spingano troppo oltre gli effetti dannosi dell'inefficienza e della corruzione e debbano venire contenuti gli interessi speciali – il primato degli ultimi cento anni mostra che i *Welfare State* possono ottenere ottimi risultati nel civilizzare e democratizzare lo sbalorditivo potere dell'impresa capitalista.

I critici di questi meccanismi descrivono il *Welfare State* come un ostacolo alla vitalità economica e sociale. Ma le analisi qui presentate suggeriscono il contrario: il *Welfare State* è uno strumento necessario per sostenere questa dinamicità.

I programmi di *Welfare*, per le ragioni che ho presentato, sono per loro natura problematici e non perfetti. Non a caso, oggi essi sono messi ovunque sotto pressione e necessitano di riforme in grado di riadattarli. Tuttavia, tali programmi rimangono un contrappeso fondamentale per le problematiche economiche capitaliste, che non potrebbero esistere senza di essi. E gli scienziati sociali hanno la responsabilità di metterlo in rilievo.

DOMENICO PULITANÒ

WELFARE E DIRITTO PENALE.
VARIAZIONI SU UN TEMA DI GARLAND

SOMMARIO: 1. Come rendere abitabile il capitalismo di mercato. – 2. Capitalismo, *welfare*, presupposti delle democrazie liberali. – 3. Beni economici e diritto penale. – 4. Rilevanza delle condizioni economiche per l'osservanza della legge penale? – 5. Rilevanza delle condizioni economiche per il sistema sanzionatorio? – 6. *Welfare* come oggetto di tutela penale?

1. *Come rendere abitabile il capitalismo di mercato*

Quando mi è stato proposto di scrivere per *Criminalia* un contributo da pubblicare insieme a una relazione sul *welfare state* di David Garland, a noi ben noto come grande criminologo, mi sono domandato che cosa, *da penalista*, avrei potuto scrivere. Certo non un commento o discussione critica su un discorso che tocca temi e problemi di ordine generale, sull'assetto delle nostre società. Assumo il discorso di Garland come premessa di mie riflessioni sul terreno di mia competenza. La sua impostazione concettuale presenta concezioni del *welfare state*, di diversa ampiezza: dalla concezione più ristretta – *welfare for the poor* – a una concezione *focused on social insurance, social rights, and social services*, fino alla più ampia (amplissima) che *highlights economic management and the role that 'governing the economy' plays in every modern society*. Usualmente viste come *competing characterizations*, le diverse concezioni sono presentate da Garland come cerchi concentrici, forme diverse che il *welfare* può assumere. È un quadro concettuale utile per la messa a fuoco dei problemi.

Centrale fra i problemi, il rapporto fra *welfare* e sistema capitalista, *tremendously powerful system of production and exchange* (di *distruzione creativa*, dice la vecchia formula marxiana); Garland ne illustra la potenza trasformatrice e i costi, gli effetti *di uncertainty, insecurity, inequality*, o addirittura antisociali. Programmi di *welfare* non sono mai stati un'alternativa al capitalismo; sono una complessa macchina di *risk management*, mirata su rischi sociali vecchi e nuovi; oggi incontrano problemi e rischi per i quali *are not originally designed*.

Welfare state programs (queste le considerazioni conclusive di Garland) sono *inherently problematic*. Attualmente sono sotto stress; ma rimangono *an essential counterweight to problem-prone capitalist economies that could not exist without*

them. Non sono un'opzione politica che saremmo *free to adopt or reject at will*: il *welfare state* è una *fundamental dimension of modern government, absolutely integral to the economic functioning and social health of capitalist societies*; il suo *genius* è la capacità di rendere il *market capitalism habitable for humans*.

Gli scienziati sociali *have a responsibility to point this out!* L'analisi di Garland si chiude con questo appello – dichiaratamente normativo – alla responsabilità della scienza, che dà colore valutativo al giudizio sulla necessità di adottare programmi di *welfare*. Necessità *politica*, affermata da un punto di vista non *wertfrei*.

Dal discorso di Garland sul *welfare*, concernente i massimi sistemi di governo di società moderne, quali stimoli possono venire per riflessioni specificamente interessate al diritto penale e alla cultura penalistica?

Gli ordinamenti penali sono *risposte locali a grandi questioni di fondo*, che rimangono le stesse sulla lunga durata¹. Vietare e punire è la forma più elementare di potere normativo. Il diritto penale presenta costanti che hanno a che fare con qualsiasi modello di convivenza e di strutture di potere (le culture giuridiche hanno molto in comune) e variabili legate a contingenze storiche. La questione del *welfare*, aspetto essenziale dell'orizzonte storico del nostro tempo, è un elemento determinante nel contesto in cui oggi si pongono anche i problemi del penale, nel mondo capitalistico (non sempre e non necessariamente liberaldemocratico) in cui la questione del *welfare* è sorta e si ripropone.

A monte dei moderni problemi del *welfare sotto assedio*, sta un dato che riguarda condizioni di base di ogni società organizzata: l'esistenza di presupposti economici del vivere umano, e di relazioni fra uomini e beni materiali. L'immaginosa retorica di Rousseau² ha rappresentato "il primo uomo che, avendo cinto un terreno, pensò di dire 'questo è mio' e trovò delle persone abbastanza stupide da credergli", come vero fondatore della società civile e fonte dei problemi che sono scaturiti dall'affermazione della proprietà: l'origine della disuguaglianza.

Il capitalismo non è solo un sistema economico, è anche un sistema di potere che regge il modello economico. La questione capitalismo/*welfare*, assolutamente centrale nel nostro orizzonte storico, che cosa ha da dire (chiedere, offrire) sulla questione criminale/penale?

2. Capitalismo, welfare, presupposti delle democrazie liberali

Sullo sfondo di questi problemi, il nesso storico fra capitalismo e democrazia liberale: le moderne democrazie sono nate e si sono sviluppate in economie di

¹ G.P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna 2004, p. 16.

² In *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*.

mercato, delle quali il capitalismo è l'evoluzione. La difesa della proprietà da intrusioni e minacce di *potentes* privati e autorità pubbliche è venuta prima del liberalismo e della democrazia rappresentativa³. La storia del successo della parola democrazia e della democrazia rappresentativa⁴ si lega all'incontro con quello che è stato definito⁵ *ordine dell'egoismo*, un modo di organizzare le relazioni sociali che vede prevalere gli imperativi dell'economia e del mercato; che, lungi dal ridurre, consente la continua formazione di disuguaglianze economiche e di potere. Nel lessico usuale, il sistema capitalistico.

Il quadro costituzionale in cui viviamo e operiamo è forma giuridica costruita da e per economie di mercato (capitaliste), nelle quali si sono innestati elementi di *welfare*. La questione capitalismo/*welfare* ha a che fare con gli stessi principi di ordinamenti di democrazia liberale, che riteniamo fondamentali anche per il diritto penale.

Programmi di *welfare* hanno a che fare con tensioni fra le idee guida della affermazione dei diritti dell'uomo: *liberté, égalité, fraternité*; stanno dalla parte di un'uguaglianza possibile, di una fraternità solidale. Si inseriscono nel disegno di una convivenza fondata (come vuole l'art. 2 della nostra Costituzione) su *diritti inviolabili dell'uomo* e su *doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*. Intendono essere strumento di attuazione (o dovremmo dire adempimento?) del *compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese* (art. 3 cpv.).

I *compiti della Repubblica*, definiti dalla nostra Costituzione, non si riducono a quelli dello Stato guardiano, il Leviatano detentore del monopolio della forza legittima, garante e di ordine e sicurezza. Nel governo di società complesse vengono in rilievo problemi di politica sociale e modelli di giustizia che vanno oltre la giustizia di precetti e sanzioni e l'efficienza di apparati di coercizione. Una realistica caratterizzazione formale o procedurale della democrazia (*governo contendibile a legittimazione popolare passiva*⁶) non esaurisce il significato della democrazia come ideale normativo.

Nelle retoriche di indirizzi innovatori entro il mondo dei giuristi, il riferimento all'art. 3 cpv. Cost. è un *topos* molto usato, ideologicamente gratificante: il messaggio di una promessa emancipazione dei socialmente svantaggiati. Non ho informazioni sufficienti sul se e come quel *dictum* abbia avuto nella giurisprudenza

³ M. SALVATI, *Capitalismo, mercato e democrazia*, Bologna 2009, p. 24.

⁴ Per un quadro recente d'insieme e per la bibliografia essenziale cfr. S. PETRUCCIANI, *Democrazia*, Torino 2014.

⁵ J. DUNN, *Il mito degli uguali*, Milano 2006.

⁶ M. SALVADORI, *Democrazia*, Roma 2015.

ordinaria un ruolo che vada oltre quello di *topos* retorico. In campo penalistico ritroviamo riferimenti all'art. 3 cpv. anche in sentenze della Corte costituzionale⁷, in cui l'invalidazione di norme incostituzionali, o la ripulsa di interpretazioni normative, ha trovato agganci in principi costituzionali di contenuto più specifico. Ha funzionato e funziona in concreto non il secondo, ma il primo comma dell'art. 3: il principio d'eguaglianza nella concezione allargata di principio di ragionevolezza, talora in combinazione con altri principi costituzionali più specifici, talora da solo, come criterio di razionalità intrasistemica.

Grandiose esperienze di fuoriuscita dal capitalismo, che tanti sogni hanno alimentato, hanno avuto esiti fallimentari: fuoriuscita dalla democrazia e dalle libertà, stagnazione economica, cadute dell'etica pubblica e privata sotto la cappa di un controllo onnipervasivo. Con utopie che hanno affascinato molti di noi⁸, bene o male abbiamo fatto i conti⁹. Qualcosa abbiamo (forse) imparato anche da imprese intellettuali che combinavano con l'ideologia elementi di teoria critica nei confronti delle ideologie. Siamo divenuti (forse) più consapevoli della complessità dei rapporti fra sovrastrutture normative e strutture sociali, e della *non autosufficienza* del diritto.

Lo stato liberale – dice il c.d. teorema di Böckenförde – “*vive di presupposti che esso di per sé non può di garantire*”; “*questo è il grande rischio che per amore della libertà (um der Freiheit Willen) lo Stato deve affrontare*”¹⁰. Questa riflessione, usualmente citata per l'importanza attribuita alla religione come fattore di coesione sociale, può essere letta come laico richiamo della necessità di forze di coesione (*Antrieben e Bildungskraften*) non dipendenti dal diritto. La tenuta della società – anche, non soltanto, le società dei diritti, secolarizzate e liberali – è un problema del quale il diritto non è, da solo, in grado di assicurare una buona soluzione. Quali siano le ‘riserve di senso’ e le energie materiali e morali su cui possano fare affidamento le società organizzate, è questione di fatto che eccede l'orizzonte del diritto, ed è sempre aperta alle dure verifiche della storia.

Ci sono anche presupposti *economici* della democrazia liberale? Sono garantiti, possono essere garantiti nel mondo del capitalismo dispiegato? Il nesso fra democrazia e mercato, iscritto nella storia, può essere teoricamente spiegato: la democrazia ha bisogno di un consenso diffuso su un sistema pre-politico che risolva il grosso del problema distributivo, lasciando alla politica aggiustamenti marginali; il mercato ha mostrato di esserne capace (a differenza di pianificazioni

⁷ Per es. nella sentenza n. 131/1979 (*infra*, §. 5).

⁸ Ce ne sono tracce sparse in miei scritti degli anni '70. A distanza di tempo, le leggo come riflesso di ideologie dell'epoca, senza reale incidenza sull'approccio ai problemi del diritto.

⁹ Un esempio ancora interessante: A. SCHIAVONE, *I conti del comunismo*, Torino 1999.

¹⁰ E.W. BOCKENFORDE, *Die Entstehung der Staates als Vorgang der Säkularisation*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main 1976, p. 60 s.

centralizzate). Il mercato, dunque, rende possibile la democrazia. Ma può entrare con essa in contrasto, metterla in pericolo, abolirla; le conseguenze negative del capitalismo su una buona democrazia sono dovute a tendenze immanenti al sistema¹¹. Produzione di diseguaglianze di ricchezza e potere, tutelate da un diritto formalmente eguale per chi ha e chi non ha ricchezza e potere.

Le democrazie realmente esistenti sono di qualità differente, più o meno lontana dai modelli ideali. Come giuristi, studiosi e/o operatori in ordinamenti di democrazia capitalista, abbiamo sempre sentito come cruciale il problema su cui chiude Garland: rendere il capitalismo di mercato *habitable for humans*. La questione del *welfare* ha a che fare con questo campo di problemi.

3. Beni economici e diritto penale

Con apparente paradosso, nella dottrina penalistica l'importanza di beni materiali necessari al ben vivere (beni patrimoniali, in ottica giuridica) è messa in rilievo da approcci che intendono ridimensionare lo statuto della tutela giuridica del *terribile* diritto di proprietà.

Delitti contro il patrimonio – articolazioni del ‘non rubare’ iscritto nelle tavole della legge – sono *costanti del diritto penale*. La *concezione c.d. personalistica*¹² considera il patrimonio quale bene-mezzo, strumentale allo sviluppo della personalità di chi ne sia titolare, e richiama l'attenzione sulla rete di interessi di rilievo costituzionale, entro la quale si collocano gli interessi e diritti di contenuto patrimoniale. Ispirata a ideologie critiche verso l'assolutizzazione del diritto di proprietà, la lettura in chiave ‘personalistica’ finisce per accentuare non l'elemento innovativo del sistema costituzionale, cioè l'apertura a possibili limitazioni della tutela tradizionalmente apprestata alla proprietà¹³, bensì il fondamento (‘personalistico’) della tutela che la Costituzione mantiene per interessi e diritti di contenuto patrimoniale. Ciò finisce per porsi in sostanziale sintonia con la tradizione libe-

¹¹ Riassumo qui il discorso ampiamente svolto da M. SALVATI, *op. cit.*, e in tanti altri studi sulla democrazia. Per es. R. DAHL, *Sulla democrazia*, Roma-Bari 2002, p. 174 s.

¹² S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988; A. CARMONA, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna 1996, p. 57 s. Una valutazione fortemente critica in G. COCCO, *Un'introduzione ai reati contro il patrimonio e l'economia pubblica*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Milano 2011, III, p. 1447 s. Muovendosi sul versante ‘liberale’ della teoria dei beni giuridici costituzionali, la concezione personalistica del patrimonio nasce come istanza critica contro la tutela penale ipertrofica ed eccessivamente severa, apprestata dal codice Rocco.

¹³ È questo l'aspetto su cui insiste la dottrina che più ha approfondito e cercato di valorizzare le novità introdotte nella Costituzione. Cfr., anche per ulteriori riferimenti, S. RODOTÀ, *commento all'art. 42 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti economici*, II, Bologna 1982, p. 69 s.

rale (e giusnaturalistica) la quale ricollega il diritto di proprietà al lavoro e ai bisogni dell'uomo: il lavoro quale fondamento primo, i bisogni (“*the conveniency of life*”) quale misura del diritto, che peraltro si estende fino a dove il denaro (il mercato) lo consenta¹⁴. I valori patrimoniali “*sono libertà condensata e possono essere riconvertiti in libertà*”¹⁵.

Quanto alla conformazione della tutela penale del patrimonio, il ruolo strumentale rispetto allo sviluppo della personalità, se pure si oppone all'attribuire ai diritti patrimoniali una posizione apicale di diritti fine a se stessi (eventuali limiti possono essere richiesti in ragione di interessi diversi e contrapposti a quelli del proprietario: artt. 41, 42, 43 Cost.), ne ribadisce la connessione con interessi fondamentali nel sistema, e quindi la meritevolezza e il bisogno di tutela.

Appare coerente, a questo punto, rendere esplicito un discorso cui ideologie diffuse in passato facevano resistenza: prendere sul serio l'appartenenza a pieno titolo di diritti patrimoniali al quadro dei diritti che caratterizzano una democrazia liberale. È su questo fondamento, e non contro di esso, che possono prendere corpo regole, limiti e tutele del traffico economico-giuridico (del mercato¹⁶), programmi di *welfare* e diritti di nuova generazione, legati al *welfare*: diritti a prestazioni che hanno un costo economico.

Considerazioni di eguaglianza – o meglio, di disuguaglianza economica – in contesto penalistico sono venuti in rilievo come questioni di povertà (quantomeno di povertà relativa). In una riflessione sul diritto penale, povertà e *welfare* (il cui ambito più stretto riguarda la povertà) sono facce di un problema più generale: se e quali presupposti economici abbiano gli istituti del diritto penale e del suo *enforcement*. Questo problema può essere articolato avendo riguardo alla rilevanza delle condizioni economiche per l'osservanza della legge penale, per la configurazione dei reati, per le risposte al reato. Inoltre, il *welfare* come eventuale problema di tutela.

Non è questa la sede per entrare in campi di competenza delle scienze empiriche (sociologia, criminologia). Da giuristi, ci interessa riflettere innanzi tutto dall'angolo visuale del diritto: il diritto esistente, il diritto possibile in un orizzonte non irrealistico.

¹⁴ J. LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, trad. it., Milano 1998, p. 94 s.

¹⁵ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, di diritto penale, Parte speciale*, III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano 2003, p. 22.

¹⁶ Che non è possibile in assenza di regole e di tutele, “*i mercati e gli Stati sono complementari*”: D. RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, Roma-Bari 2011, p. 17 s.

4. Rilevanza delle condizioni economiche per l'osservanza della legge penale?

Il tema delle condizioni dell'osservanza della legge penale, di fondamentale importanza per le politiche del diritto penale, riguarda la realtà effettuale. Come giuristi ci adattiamo al modello teorico che vede le ragioni dell'osservanza (osservanza dei precetti) per così dire incorporate (assicurate, direbbe l'ideologia) nella connessione fra precetti e sanzioni: il modello della prevenzione generale, criterio di legittimazione del sistema.

Alle ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale è stata dedicata la stimolante relazione di Gabrio Forti nel primo convegno (novembre 2012) della Associazione italiana dei professori di diritto penale¹⁷. L'attenzione è rivolta alle ragioni morali dell'osservanza e al ruolo delle emozioni; come *questione centrale* è additato il tema della natura motivazionale della norma e del giudizio penale, *fondamentale lo studio dei meccanismi di corruzione delle norme di salienza morale*. La *riduzione delle motivazioni sociali a delinquere* va ricercata agendo sulle relazioni sociali e l'ambiente sociale; il diritto penale ha un *ruolo residuale nella prevenzione del crimine, rilievo dominante dovendosi attribuire agli interventi sulle condizioni strutturali della società e delle comunità*. Al diritto penale *dovrebbe vedersi assegnato un compito di rinforzo, o tutt'al più di non contraddizione rispetto alle condizioni di c.d. efficacia collettiva: coesione sociale, mutua fiducia e disponibilità a intervenire a sostegno del controllo sociale informale*. La vocazione del diritto penale viene ravvisata in *qualcosa di molto simile all'espressione di un'autorità morale, almeno nei limiti in cui si voglia giustamente insistere sul peso preminente che dovrebbe competere al precetto rispetto alla sanzione*¹⁸.

In questo discorso, centrato sulle ragioni morali dell'osservanza e sulla moralità del diritto penale (del suo dover essere), i temi economici restano sullo sfondo, per così dire assorbiti nel generico riferimento alle *condizioni strutturali della società e delle comunità*. Meritano di essere sviluppati sotto più profili. Il fine di profitto è movente di gran parte dei delitti che si commettono, oggi come ieri, nel mondo ricco e nel mondo povero. Non solo delitti di contenuto patrimoniale, anche delitti di aggressione violenta per fini di lucro (*Polydorum obtruncat et aurum / vi potitur; quid non mortalia pectora cogis, / auri sacra fames!*¹⁹). La criminalità predatoria è sia di ricchi (*colletti bianchi*) che di poveri. Il tema dei bisogni, e del *welfare* che dovrebbe farsene carico, ci invita a riflettere sull'*autorità morale* che il

¹⁷ Gli atti del convegno sono pubblicati in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, n. 3. La relazione di G. FORTI, *Le ragioni extrapenali dell'osservanza della legge penale. Esperienze e prospettive*, *ivi*, p. 1108 s.

¹⁸ G. FORTI, *op. cit.*, p. 1119, 1122, 1125, 1127, 1131.

¹⁹ VIRGILIO, *Eneide*, III, v. 55-57.

diritto penale possa avere, con i suoi precetti e le sue sanzioni, verso chi ha una fame (reale o metaforica: una carenza socialmente determinata) non placata da idonee misure di *welfare* o di solidarietà.

Può essere messa in discussione l'autorevolezza morale dei precetti, per ragioni legate alla condizione economica dei potenziali trasgressori? Sul piano costituzionale ciò è avvenuto con riguardo alla contravvenzione di mendicizia (art. 670 c.p.). Portata ben presto al vaglio di legittimità costituzionale, la prima sentenza è stata di rigetto (n. 51/1959, su un'eccezione sollevata con riferimento all'art. 38, u.c. Cost.). È seguita una interpretativa di rigetto (n. 102/1975) attestata sulla applicabilità dello stato di necessità al *fatto di colui che, fisicamente debilitato e privo di chi per legge debba provvedere ai suoi bisogni essenziali, si induca alla mendicizia per non essere stato messo in condizione di poter tempestivamente e validamente usufruire di quell'assistenza pubblica alla quale avrebbe diritto*²⁰ (si noti il nesso ravvisato fra l'esimente della necessità e la *defaillance* del *welfare*). Infine la sentenza di accoglimento, n. 519 del 1995²¹: *la figura criminosa della mendicizia non invasiva appare costituzionalmente illegittima alla luce del canone della ragionevolezza, non potendosi ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale*²².

L'esimente dello stato di necessità è stata applicata estensivamente da un controverso filone della giurisprudenza di merito, a fatti la cui causa è individuata in

²⁰ Ciò perché, prosegue la motivazione, *il concetto di attualità del pericolo di un danno grave alla persona, quale è quello che può essere determinato da uno stato di bisogno non voluto, si profila come una costante senza soluzione fino a quando non siano rimosse le cause che vi hanno dato luogo.*

²¹ Nota di N. COLAIANNI in *Foro it.* 1996, I, 1148.

²² La motivazione parla di *“disagio degli organi statali preposti alla repressione di questo e altri reati consimili chiaramente avvertito e, talora, apertamente manifestato che è sintomo, univoco, di un'abnorme utilizzazione dello strumento penale. Gli squilibri e le forti tensioni che caratterizzano le società più avanzate producono condizioni di estrema emarginazione, sì che senza indulgere in atteggiamenti di severo moralismo non si può non cogliere con preoccupata inquietudine l'affiorare di tendenze, o anche soltanto tentazioni, volte a “nascondere” la miseria e a considerare le persone in condizioni di povertà come pericolose e colpevoli. Quasi in una sorta di recupero della mendicizia quale devianza, secondo linee che il movimento codificatorio dei secoli XVIII e XIX stilizzò nelle tavole della legge penale, preoccupandosi nel contempo di adottare forme di prevenzione attraverso la istituzione di stabilimenti di ricovero (o ghetti?) per i mendicanti. Ma la coscienza sociale ha compiuto un ripensamento a fronte di comportamenti un tempo ritenuti pericolo incombente per una ordinata convivenza, e la società civile consapevole dell'insufficienza dell'azione dello Stato ha attivato autonome risposte, come testimoniano le organizzazioni di volontariato che hanno tratto la loro ragion d'essere, e la loro regola, dal valore costituzionale della solidarietà. [...] In questo quadro, la figura criminosa della mendicizia non invasiva appare costituzionalmente illegittima alla luce del canone della ragionevolezza, non potendosi ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale. Né la tutela dei beni giuridici della tranquillità pubblica, “con qualche riflesso sull'ordine pubblico” (sentenza n. 51 del 1959), può dirsi invero seriamente posta in pericolo dalla mera mendicizia che si risolve in una semplice richiesta di aiuto.*

A diversa conclusione era pervenuta la Corte a proposito delle ipotesi di mendicizia invasiva di cui al secondo comma dell'art. 670 (successivamente abrogato).

situazioni socioeconomiche deteriori; la casistica prevalente riguarda occupazioni di appartamenti disabitati. La Corte di Cassazione, pur riconoscendo che il danno grave alla persona può essere ravvisato anche in situazioni che minacciano solo indirettamente l'integrità fisica, ha preso posizione contro le forzature della giurisprudenza di merito. L'attualità del pericolo di danno grave alla persona deve essere rigorosamente provata "non potendo i diritti dei terzi essere compresi se non in situazioni eccezionali, chiaramente comprovate"²³; non è ravvisabile nell'esigenza di risolvere in via definitiva il problema abitativo²⁴. Nel sistema del codice penale, lo stato di bisogno economico trova espresso rilievo *attenuante* nell'art. 626, che inquadra fra i c.d. furti minori il furto "commesso su cose di tenue valore, per soddisfare un grave e urgente bisogno": non basta un grave e urgente bisogno per integrare i presupposti dello stato di necessità.

Riguarda il momento precettivo – la sua possibile autorevolezza – anche la questione dell'inesigibilità²⁵: può essere l'inesigibilità matrice di ipotesi di scusa non tipizzate dal legislatore? Il panorama dottrinale presenta un "rifiuto pressoché totale dell'inesigibilità quale causa generale di scusa, dovuto alla sua incompatibilità con primarie esigenze di 'tenuta' dell'ordinamento e di determinatezza dei confini della responsabilità personale"²⁶.

Mendicità, stato di necessità, inesigibilità: sono problemi di confine di ciò che il diritto penale possa o non possa *con autorevolezza* assumere a presupposti di una affermazione di responsabilità colpevole. Condizioni economiche deteriori fanno parte dei termini del problema; solo in casi limite possono incidere sulla *legittimità* di precetti posti a tutela d'interessi apprezzabili (è il caso della mendicità), o essere ragione di giustificazione o di scusa.

Sul piano precettivo, il diritto eguale tutela egualmente i diritti patrimoniali, senza riguardo a differenze economiche e ad asserite necessità economiche. La sua logica e la sua moralità non lasciano spazio legittimo a *espropri proletari* (come pretendeva un certo estremismo di decenni fa) o ad assalti ai forni in situazioni di scarsità e di eccessivo costo del pane²⁷.

²³ Cass. 27 giugno 2007, rv. 237305.

²⁴ Cass. 25 settembre 2014, n. 43078; Cass. 10 maggio 2013, n. 24432; Cass. 16 aprile 2013, n. 19147; Cass. 28 giugno 2012, n. 29438.

²⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990.

²⁶ Così M. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 43. Una forte critica alla teoria dell'inesigibilità in B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Napoli 1962, p. 140 s.

²⁷ D'interesse anche sotto questo aspetto le ben note pagine di A. MANZONI, *I promessi sposi*, cap. XII-XIII.

5. Rilevanza delle condizioni economiche per il sistema sanzionatorio?

Sul piano delle risposte al reato si apre lo spazio per valutazioni e scelte (legislative e giudiziarie) che tengano conto di differenze di condizioni economiche, di motivazioni economiche, di bisogni economici: differenze rilevanti per valutazioni di gravità obiettiva del fatto o di misura della colpevolezza. Un ovvio rilievo ha la differenza fra criminalità predatoria, collocabile in piani alti del sistema, e la piccola criminalità per reale bisogno economico. Alla particolare tenuità del danno può legarsi anche la non punibilità *ex art. 131-bis*, di recentissima introduzione.

Sulle condizioni economiche dell'autore del reato si è incentrata la questione di legittimità costituzionale della conversione della pena pecuniaria, non potuta eseguire per *insolvibilità del condannato*, in pena detentiva, calcolata secondo il criterio di ragguglio fissato dal codice (art. 135). La storia del problema merita di essere ricordata. Portata al vaglio di legittimità costituzionale, la disciplina originaria del codice Rocco è stata, in un primo momento, salvata dalla Corte, con una sentenza (n. 29 del 1962; relatore Petrocelli, grande teorico dell'idea retributiva) centrata sull'idea della inderogabilità della pena, "*la cui funzione è tale che deve poter trovare attuazione a carico di chiunque abbia commesso violazione di una norma penale*"; e nel caso di pena pecuniaria non eseguita, "*il principio di inderogabilità si attua appunto con la conversione in pena detentiva*".

La modalità della conversione è mutata con l'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario del 1975: la pena detentiva di conversione si esegue in regime di semi-libertà. Pochi anni dopo la Corte costituzionale (sentenza n. 139 del 1979; relatore Malagugini, già parlamentare del PCI) ha dichiarato l'*illegittimità costituzionale della conversione in pena detentiva*. Tale meccanismo comporta una ingiustificabile discriminazione in danno dei più poveri. "*Appare insanabilmente contraddittorio pretendere di fondare la soddisfazione del principio di uguaglianza di fronte al reato e alla pena, proprio sul sacrificio dell'uguaglianza stessa, introducendo una discriminazione determinata unicamente dalle condizioni economiche del condannato. Nella traslazione della pena dai beni alla persona del condannato insolvibile è evidente il retaggio di concezioni arcaiche, basate sulla fungibilità tra libertà e patrimonio*".

Questi gli antefatti della disciplina tuttora vigente, adottata dalla legge n. 689 del 1981: conversione della pena pecuniaria non potuta eseguire in libertà controllata o in lavoro sostitutivo. È una soluzione che ha retto al controllo di legittimità costituzionale. La sentenza n. 108/1987, ponendosi in dichiarata continuità con la sentenza del 1979, ha affermato che la *complessiva considerazione dei valori in gioco* rende in concreto non evitabile la previsione di misure succedanee alla pena pecuniaria non corrisposta per insolvibilità; che il preminente rilievo del principio d'uguaglianza impone di adottare disposizioni che riducano al minimo l'area di operatività di meccanismi di conversione e il di più di afflittività che ne derivi;

che la soluzione adottata della legge del 1981 è un bilanciamento ragionevole. Certo non è una soluzione ottimale: per la disciplina della pena pecuniaria sono possibili (e altrove sono stati introdotti) modelli che tengano in maggior conto le condizioni economiche del condannato.

Emerge nella questione della pena pecuniaria un problema che interessa la costruzione del complessivo sistema delle risposte al reato: la possibile rilevanza di condizioni economiche dell'autore del reato, e di differenze di condizioni economiche.

L'idea rieducativa, il *novum* introdotto nella Costituzione italiana in materia di pena, è ricollegabile al *compito della Repubblica* additato dall'art. 3 cpv.: *rimozione di ostacoli* che incidono sulla capacità del condannato di riconoscere e rispettare i suoi doveri. Potrebbe trattarsi di ostacoli economici, legati a carenze di socializzazione, di lavoro, di cultura, di salute: aspetti che interessano le politiche di *welfare*. Sia le politiche penali (costruzione del sistema di risposte al reato) sia le politiche penitenziarie dovrebbero essere progettate tenendo conto anche dei profili di *welfare* eventualmente connessi al finalismo 'rieducativo'.

Come problema anche di *welfare* deve essere considerata l'esecuzione della pena in carcere. Come risposta a un problema soprattutto di *welfare* va valutata la svolta avviata nella esecuzione delle misure di sicurezza con la sostituzione delle c.d. REMS alle vecchie strutture degli ospedali psichiatrici. Le concrete risposte al reato come problema *anche* di *welfare*: è una strada che i principi costituzionali additano, fermo restando che non è questa la ragion d'essere del diritto del diritto che definiamo criminale guardando ai precetti, e penale guardando alle sanzioni.

6. Welfare come oggetto di tutela penale?

Le considerazioni fin qui svolte mostrano che problemi di disuguaglianza economica e di *welfare* hanno rilievo per la progettazione e il per funzionamento di istituti penali. Possiamo concludere che il *welfare* – la complessa macchina finalizzata a rendere il capitalismo di mercato *habitable for humans* – sia esso stesso un *problema di tutela penale*? La risposta richiede un discorso più articolato di un semplice sì o no.

Gli interessi cui guardano programmi di *welfare* sono interessi delle persone (salute, sicurezza, condizioni decenti di vita) per la cui soddisfazione c'è bisogno di risorse. Bisogno dell'attivarsi di risorse, e quindi dell'attivarsi di soggetti che hanno poteri e responsabilità di attivazione o gestione di programmi di organizzazione e utilizzazione di risorse quantomeno *damage-limiting* (la prospettiva in cui Garland inquadra il *welfare*). Concorrono a definire lo *statuto penale* di questi soggetti norme penali di varia natura. Anche norme che configurano delitti co-

muni come l'associazione per delinquere, la corruzione attiva, la truffa, o reati propri di pubblici ufficiali come concussione, corruzione passiva, abuso d'ufficio. Si pensi a indagini come quella c.d. 'mafia capitale', sull'interfaccia criminale fra istituzioni del *welfare* e mondi che le condizionano, anche dall'esterno. Possiamo parlare di tutela del *welfare*? Fin qui sarebbe una tutela *indiretta*, sul piano della legalità generale.

Rispetto a contenuti specifici di *welfare*, la possibile traduzione penalistica è la responsabilità di soggetti garanti, per inadempimenti di doveri tipici di attivarsi e per conseguenze penalmente rilevanti della mancata o scorretta attivazione²⁸. Si tratta di aspetti cruciali nelle moderne società del rischio, esposte a rischi ubiquitari di varia natura²⁹. Problemi di *risk management* – e, a monte, di individuazione/valutazione dei rischi – interpellano poteri pubblici e poteri privati: protezione civile, sistema sanitario, imprese che producono beni o servizi. Su tutto questo, anche il diritto penale ha una sua parte, tutt'altro che trascurabile; arriva a mettere in campo i suoi strumenti più spinti e più problematici, responsabilità legate ai criteri normativi più sfuggenti, omissione e colpa.

Con le migliori intenzioni di tutela, si entra qui in un campo di rischi dei quali proprio il penale è produttore, tanto più quanto più gli sia assegnato dal legislatore (o autoassegnato dai magistrati, o sollecitato da settori d'opinione pubblica) un ruolo da protagonista. Innanzi tutto i rischi propri di uno strumento coercitivo pesante, un *farmakon* che secondo le dosi è medicina o veleno, e può essere (storicamente è stato ed ancora è) fonte di fallimenti della giustizia o di vere proprie ingiustizie.

Restando vicino ai temi del *welfare*, propongo un esempio d'attualità, su limiti, costi e rischi della macchina penalistica di fronte a problemi di cui pure è legittimata a occuparsi.

Molti processi, in questi anni, vengono celebrati con imputazioni di eventi lesivi (morti e malattie) che si ipotizzano cagionati da esposizioni lavorative ad amianto. Sono processi che pongono problemi difficili di accertamento della causalità e della colpa, in relazione a eventi abbastanza recenti e a condizioni lavoro di decenni addietro. Sul banco degli imputati stanno amministratori e/o dirigenti di un lontano ieri; dal lato dell'accusa, accanto al PM, gli eredi dei morti (povera gente, di solito) con le loro attese di giustizia e di risarcimento, innescate da accuse ben intenzionate, talora di nessuna consistenza, sempre difficili da sostenere (anche in relazione a malattie tumorali che il sapere scientifico dice *correlabili* ad esposizione ad amianto). Il contraddittorio verte (oltre che su situazioni lavorative di anni lontani) in particolare sulla prova scientifica della causalità; gli esiti di

²⁸ A questo tipo di responsabilità fa ampio (implicito) riferimento G. FORTI, *op. cit.*

²⁹ U. BECK, *La società del rischio*, Roma 2000.

assoluzione, che il mondo mediatico accoglie male, disilludono tante, troppe attese delle parti civili e del pubblico, fondate o infondate che fossero. Senza entrare nel merito dei problemi di prova e dei rischi di ben intenzionate forzature di principi giuridici e di razionalità probatoria, ispirate alla tutela di interessi importanti³⁰, interessa riflettere sul senso di processi penali di questo tipo, per le parti in causa e per la giustizia di un *welfare State*.

Per gli imputati – amministratori o dirigenti di un tempo lontano, in cui l'amianto poteva essere ed era largamente usato – anche qualora si arrivasse a una ben fondata affermazione di responsabilità (per delitto omissivo colposo) sarebbe francamente difficile riconoscere, dal punto di vista delle funzioni del diritto *penale*, un senso razionale alle condanne a pene detentive, dopo trenta o quarant'anni dalle condotte contestate. Nessuna valenza di prevenzione generale; quanto al significato retributivo, non sarebbe maturo il tempo dell'oblio?

Avendo riguardo alle attese di giustizia degli offesi dal fatto contestato (poniamo, le vedove che attendono la sentenza in un Tribunale dell'Italia povera), un pur tardivo accertamento di responsabilità ha senso, sia per il suo valore simbolico, sia (soprattutto?) come premessa della condanna al risarcimento. Ciò spiega l'importanza oggi attribuita a questi processi. Per la conciliazione delle contrapposte esigenze, una soluzione legislativa sostenibile potrebbe essere la prescrizione della pena, avendo riguardo al tempo della condotta: una simbolica affermazione di responsabilità, senza implicazioni sanzionatorie, con implicazioni risarcitorie.

Resta l'interrogativo di fondo: ha senso affidare il profilo sociale ed economico delle questioni risarcitorie ad accertamenti difficili, che rischiano di non attingere lo standard di certezza richiesto per l'affermazione di responsabilità penale? Se le

³⁰ In un accurato studio sul problema causale, un autorevole magistrato ha scritto che “*la consapevolezza delle difficoltà dell'indagine e della necessità di superare visioni intuitive, approssimative, retoriche, dovrebbe caratterizzare in primo luogo la cultura dell'accusa pubblica*”; questa dovrebbe essere disposta alla *saggia ammissione della propria impotenza probatoria* in certe situazioni, fra le quali le patologie multifattoriali (R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, ed. 2010; p. 399). È un'esigenza che in concreto si presenta là dove comprensibili motivazioni psicologiche fanno resistenza ad ammettere i limiti delle possibilità probatorie. In situazioni di incertezza scientifica sull'esistenza di una 'legge di copertura', e ancor più in situazioni d'incertezza fra più ipotesi esplicative concorrenti, la mancata prova della causalità conduce a un esito assolutorio che non sappiamo se sia, nei casi concreti, di tutela dell'innocente, o non invece di mancato riconoscimento di come siano davvero andate le cose (con conseguente mancata tutela delle vittime). E ciò tocca proprio situazioni in cui sono in gioco esigenze di tutela di beni fondamentali, come la salute o l'incolumità personale, di fronte a fattori di rischio riconosciuti o comunque non implausibili. Il risultato è la situazione d'incertezza giurisprudenziale che un acuto studioso ha così riassunto: “*diatribe metodologiche, insanabili contrasti d'opinione, pretese di scienza e rivendicazioni di dubbio, sentenze che proclamano leggi scientifiche, sentenze che ne negano l'esistenza*” (T. PADOVANI, *La tragedia collettiva delle morti da amianto e la ricerca di capri espiatori*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, n. 2, p. 383).

stragi da amianto sono il lascito di una lunga storia e di responsabilità di sistema (di spregiudicate politiche industriali e di miopie istituzionali) una soluzione all'altezza di un buono Stato sociale dovrebbe essere *politica*, fondata su criteri che diano soddisfazione economica alle vittime della cattiva politica di tanti decenni, senza passare dalle forche caudine e dalla casualità degli accertamenti su responsabilità individuali, con effetti discriminatori fra le vittime della brutta storia.

Per la macchina penalistica, pur competente in astratto ad affrontare i problemi che oggi affronta in processi difficilissimi, non sarebbe male poter prendere atto di soluzioni migliori che fossero costruite in altre sedi, e (forse) evitare di cimentarsi con il troppo difficile, forse impossibile. Molti costi (in tutti i sensi del termine: costi economici e costi personali) potrebbero essere risparmiati, là dove il *welfare* funziona. Non è la giustizia penale il luogo adatto per farlo funzionare.

Giustizia è *tante cose*³¹, ben oltre l'orizzonte del diritto penale. Questo è lo strumento di coercizione giuridica più spinto di cui lo stato di diritto disponga in tempo di pace; si occupa *del male*, nasce su un terreno che ha a che fare con le condizioni minimali d'una convivenza che intenda mettere al bando pratiche di sopraffazione, di crudeltà, di negazione dell'altro³².

Le politiche che si occupano *del bene* (benessere, *welfare*) e le principali teorie della giustizia nella filosofia politica del nostro tempo (da Rawls ai suoi continuatori e ai suoi critici) guardano a un orizzonte di giustizia assai più complesso, nel quale si collocano i problemi di giusta distribuzione di risorse. Riprendo qui una distinzione fra due idee di giustizia che Amartya Sen ha recuperato dal lessico antico della cultura indiana: fra l'approccio centrato sulla struttura (istituzionalismo trascendentale) e l'approccio centrato sulla comparazione di situazioni concrete, che consenta di scegliere fra alternative praticabili, accantonando il problema (insolubile e superfluo) della ricerca di un modello teorico perfetto³³.

Il *diritto* penale è un segmento importante del modello istituzionale; è istituzione del Leviatano, non è fra le specifiche istituzioni del *welfare*. Le *ragioni di giustizia* che possono legittimare norme del diritto criminale/penale hanno radici più antiche e più profonde. Problemi e istituzioni del *welfare* fanno parte del campo in cui il diritto criminale/penale può individuare suoi specifici problemi di tutela, nei modi e nei limiti che abbiamo sommariamente indicato.

La qualità del *welfare*, nella realtà della vita delle persone, è una condizione importante per il funzionamento del diritto penale, per l'osservanza dei precetti. Le politiche del *welfare* possono essere considerate (progettate, discusse) anche avendo riguardo a possibili valenze di *politica criminale* in quanto *politica sociale*.

³¹ Traggio questa suggestiva espressione da *Il libro dell'incontro*, a cura di G. BERTAGNA, A. CERETTI e C. MAZZUCATO, Milano 2015.

³² Cfr. S. VECA, *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano 2005, p. 15 s.

³³ A. SEN, *L'idea di giustizia*, Milano 2009 (cfr. in particolare p. 21 s.).

Politiche di *risk management*, le definisce Garland. Nel mondo di oggi, al livello più radicale incontriamo i rischi globali che stanno al centro dell'analisi di Ulrich Beck³⁴: rischi ecologici, crisi finanziarie globali, terrorismo fondamentalista. Sono rischi che sfidano i nostri modelli di previsione e di controllo; che vanno oltre la portata di politiche di *welfare* (dei tre cerchi concentrici di cui parla Garland) e investono le basi stesse della *conditio humana*. Entriamo nel campo dell'ignoto che non si conosce (*das unbekannte Unbekannte*). In particolare il rischio terrorismo riporta d'attualità il problema hobbesiano di assicurare protezione e sicurezza, il problema politico primario perché "*condizione per poter risolvere, anzi per poter porre, qualsiasi altro problema*"³⁵, e in questo senso il bene più prezioso³⁶. Lo Stato Leviatano nasce per questo. Di fronte all'attentatore suicida il penalista coglie il limite del penale: la deterrenza non lo dissuade, il diritto penale resta necessario, ma non è la giustizia penale il luogo della tutela. La tutela deve funzionare *prima* che gli attentati siano realizzati³⁷.

La *giustizia punitiva*, cioè l'applicazione di sanzioni penali, è un intervento tardivo su situazioni concrete. Non è il fine del diritto criminale/penale: il fine è l'osservanza dei precetti. Per il ben-essere della convivenza umana, il rispetto della legge penale è il livello minimo di una possibile giustizia. Il diritto criminale/penale è una *precondizione* che può essere necessaria; costosa e rischiosa, incerta nei risultati³⁸.

I problemi di giustizia – sia di strutture istituzionali giuste, sia di giuste soluzioni di problemi sociali concreti – sono problemi della politica. È il terreno (anche, non soltanto) delle politiche di *welfare*, nel senso più ampio e al livello più alto della cura della *polis*: la politica nel senso nobile del termine, terreno di confronto – nelle democrazie liberali – di politiche diverse.

Non il penale può produrre *welfare*, ben-essere. Puntare troppo sul penale rischierebbe (o dobbiamo dire rischia?) di risolversi in intrusione in campi della politica e in distorsione nell'equilibrio fra poteri. Sono questioni ben note, oggetto di ampio dibattito. Tracciare il confine fra *gubernaculum* e *jurisdictio* compete alla politica³⁹: per quanto concerne il penale, anche questo è un aspetto del principio di legalità.

³⁴ U. BECK, *Conditio humana*, Roma-Bari 2008.

³⁵ B. WILLIAMS, *Realismo e moralismo in teoria politica*, in *In principio era l'azione*, Milano 2007, p. 5 s.

³⁶ U. BECK, *op. cit.*, p. 67-70.

³⁷ Ma "*tutos quidem reddere homines a mutuis damnis, ita ut laedi, vel occidi iniuria non possint, impossibile est; neque ergo cadit in deliberationem*". Questa frase di Hobbes (dal *De Cive*) è riproposta in epigrafe al saggio di J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983.

³⁸ Anche sotto questi aspetti, i processi legati all'infausta storia dell'amianto offrono materia per riflessioni di ordine generale.

³⁹ B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli 2015, p. 203 s.

Tavola rotonda

*Colpa informativa e cautele autoprotettive
nelle zone ad alto rischio sismico*

(a proposito della sentenza “Grandi Rischi”.

Cassazione penale, sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478)

TAVOLA ROTONDA

COLPA INFORMATIVA E CAUTELE AUTOPROTETTIVE NELLE ZONE AD ALTO RISCHIO SISMICO (A proposito della sentenza "Grandi Rischi" – Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478)

Nota introduttiva

Il sisma che ha colpito, nel 2009, la città di L'Aquila ha avuto, tra l'altro, noti risvolti giudiziari. In sede di legittimità è stata confermata la sentenza della Corte d'appello di L'Aquila del 6 febbraio 2015, n. 3317, la quale, ribaltando la decisione del Tribunale del 22 ottobre 2012, aveva assolto i sei membri "tecnici" della Commissione Nazionale per la Previsione e la Prevenzione dei Grandi Rischi (c.d. Commissione "Grandi Rischi") dall'accusa di omicidio colposo per i decessi conseguiti al terremoto del 6 aprile 2009. Veniva confermata, invece, la condanna dell'allora Vice Capo Dipartimento della Protezione civile, autore di una discussa intervista televisiva, che "rassicurava" i cittadini aquilani circa l'improbabile verificazione di una forte scossa sismica; vaticinio, poi, smentito dai fatti.

Nel pronunciarsi sulla responsabilità degli imputati, la Quarta sezione penale della Corte di cassazione ha toccato molte tematiche nevralgiche, tra le quali la configurabilità, anche nell'ambito dei reati colposi, della c.d. "causalità psichica" tra la condotta dell'agente (nella specie, le dichiarazioni rilasciate agli organi di informazione tranquillizzanti sulla pericolosità e sui futuri sviluppi dell'attività sismica) e la successiva condotta delle vittime. Nel caso di specie, infatti, si è ritenuto che, in forza del condizionamento subito, le vittime siano state indotte a dismettere i comportamenti autoprotettivi in precedenza adottati – segnatamente, l'allontanamento dalle rispettive abitazioni al verificarsi delle prime scosse telluriche – e a trattenersi, invece, all'interno degli edifici, rimanendo poi travolti dal crollo degli stessi a seguito del verificarsi di una successiva violenta scossa.

La sentenza affronta inoltre il problema della struttura modale delle regole cautelari e il ruolo controverso del principio di precauzione come criterio di orientamento comportamentale "quando manchi in senso assoluto una possibile spiegazione dei meccanismi causali o non si disponga di concreti elementi di indagine (sia pure di consistenza empirica e non scientifica) idonei a formulare at-

tendibili e concrete previsioni circa il ricorso di eventuali connessioni causali tra la condotta sospetta e gli eventi lesivi”.

Se centrali sono, dunque, le tematiche affrontate, controverse risultano le soluzioni adottate, come meglio illustreranno i contributi che *Criminalia* ha inteso raccogliere, selezionandoli tra gli interventi all’incontro di studio, da cui questa Tavola rotonda mutua anche il titolo, svoltosi a Firenze il 14 luglio 2016.

ALESSANDRO AMATO

LA DIFESA DAI TERREMOTI IN ITALIA DOPO LE TRAGEDIE DELL’AQUILA E DI AMATRICE

1. *Introduzione.* – Il terremoto dell’Aquila, e il processo alla c.d. “Commissione Grandi Rischi” che ne è seguito, ha rappresentato per molti ricercatori delle Scienze della Terra un momento di riflessione profonda sul rapporto tra scienza e società e, in particolare, tra scienza e diritto.

Sebbene la Corte d’Appello dell’Aquila e, in seguito, la Corte di cassazione abbiano corretto le numerose inesattezze scientifiche contenute nella sentenza di primo grado¹, indelebili restano le parole scritte nelle motivazioni di quest’ultima, e soprattutto la loro eco nei commenti che la accompagnarono sulla stampa, nelle trasmissioni televisive, sul *web*, e in ultima analisi nella coscienza di molti cittadini, amministratori pubblici e giornalisti.

Si può affermare, senza timore di smentita, come le statuizioni scorrette e fuorvianti contenute nella sentenza di primo grado abbiano finito per precludere un efficace approccio verso la riduzione del rischio sismico. L’incerto quadro cognitivo impone un chiarimento in ordine alla reale portata di tre fra i messaggi maggiormente fuorvianti prodotti da un dibattito pseudoscientifico di ancora sconcertante attualità. In numerose occasioni, i *media* non hanno esitato ad affermare che: a) i forti terremoti sono spesso (o sempre) preceduti da sciame o scosse “premonitorie”; b) i forti terremoti all’Aquila avvengono ogni trecento anni (o, più in generale, ci sono delle regolarità nella ripetizione dei forti terremoti che possono condizionare negativamente il nostro approccio al rischio); c) la riduzione della vulnerabilità degli edifici, come strumento principale per difendersi dai terremoti, è irrealizzabile.

Vedremo come questi tre assunti, contenuti nella sentenza di primo grado, non solo siano scientificamente errati, ma abbiano costituito, negli anni successivi al terremoto del 2009, un ostacolo a una seria politica di riduzione del rischio da parte delle autorità pubbliche, e soprattutto un disincentivo per i cittadini a farsi

¹ Tribunale dell’Aquila, 22 ottobre 2012 (dep. 19 gennaio 2013), n. 380.

carico delle condizioni di sicurezza delle proprie abitazioni, nella convinzione che si tratti di una responsabilità altrui.

Ed è così che, quando il 24 agosto 2016 un terremoto analogo a quello dell'Aquila ha distrutto Amatrice, Accumoli, Arquata e Pescara del Tronto, causando un numero di vittime di poco inferiore a quello del 2009, siamo giunti a comprendere, speriamo in modo chiaro e inequivocabile, due assunti fondamentali: in primo luogo, che i terremoti uccidono per le case mal costruite; in secondo luogo, che possono colpire senza alcun preavviso, e che quindi pensare di ridurre il rischio basandosi su qualche avviso prima dell'evento costituisce oggi una vana speranza.

2. La difesa dai terremoti in Italia: ruoli e obiettivi. – È stata oramai chiarita dalla Corte d'Appello² e dalla Cassazione³ l'infondatezza della tesi accusatoria, sposata dal giudice di primo grado, secondo la quale i sette esperti condannati condividevano lo stesso grado di responsabilità nella comunicazione dei fattori di rischio verso le autorità locali e i cittadini. Come in seguito correttamente statuito, la Commissione Grandi Rischi non si era validamente costituita il giorno 31 marzo 2009, poiché solo quattro dei sette esperti poi condannati ne erano membri ufficiali. Gli altri tre rappresentavano rispettivamente il Dipartimento di Protezione Civile (D.P.C.) e l'Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia (I.N.G.V.), il cui compito è quello di fornire alla C.G.R. e al D.P.C. i dati e i risultati delle analisi sui fenomeni sismici e vulcanici.

Il sistema nazionale di protezione civile prevede, infatti, una distinzione chiara tra i compiti dei centri di ricerca (poi chiamati "centri di competenza"), della C.G.R. e del D.P.C. I fondamenti di questo sistema furono delineati per la prima volta dalla legge 225 del 1992, a cui si rimanda per i dettagli⁴. Il dettato legislativo evidenzia con chiarezza come la comunicazione del rischio in situazioni di crisi co-

² Corte d'Appello dell'Aquila, 6 febbraio 2015, n. 3317.

³ Cass. pen., sez. IV, 19 novembre 2015, n. 2221, (dep. 24 marzo 2016).

⁴ L'Istituto Nazionale di Geofisica (I.N.G.) era nel 1992 una delle strutture operative del sistema di protezione civile, poi dalla nascita dell'I.N.G.V. (1999) ne è diventato centro di competenza. L'art. 11 della legge 225/1992 recita "[...] le strutture operative nazionali svolgono, a richiesta del Dipartimento della protezione civile, le attività previste dalla presente legge nonché compiti di supporto e consulenza per tutte le amministrazioni componenti il Servizio nazionale della protezione civile". Per quanto riguarda la Commissioni Grandi Rischi, la legge 225/1992 all'art. 11 comma 1 dice: "La Commissione nazionale per la previsione e la prevenzione dei grandi rischi è organo consultivo e propositivo del Servizio nazionale della protezione civile su tutte le attività di protezione civile volte alla previsione e prevenzione delle varie ipotesi di rischio. La Commissione fornisce le indicazioni necessarie per la definizione delle esigenze di studio e ricerca in materia di protezione civile, procede all'esame dei dati forniti dalle istituzioni ed organizzazioni preposte alla vigilanza degli eventi previsti dalla presente legge ed alla valutazione dei rischi connessi e degli interventi conseguenti, nonché all'esame di ogni altra questione inerente alle attività di cui alla presente legge ad essa rimesse".

stituisca compito del D.P.C.: per questo motivo, la Suprema Corte ha confermato la sola responsabilità di Bernardo de Bernardinis il quale, all'epoca dei fatti, rivestiva il ruolo di vice-capo D.P.C. L'intervista da questi rilasciata prima della riunione del 31 marzo 2009, integrerebbe gli estremi di quella rassicurazione che avrebbe portato, in via principale, alla morte di tredici persone la notte del 6 aprile⁵.

In questo contributo non entro nel merito della condanna, che è "materia da penalisti", rimandando ai documenti processuali⁶, alle riflessioni contenute in un volume di recente pubblicazione⁷ e a quelle di Fornasari (2016)⁸ e Valbonesi (2013; 2016)⁹.

Mi preme qui piuttosto sottolineare come, a valle della disgrazia aquilana e della sfortunata riunione pre-terremoto, le politiche sulla riduzione del rischio sismico in Italia non abbiano fatto grandi passi avanti, a parte alcune azioni previste dalla legge 77/2009 art. 11, che aveva stanziato poco meno di un miliardo di Euro in sette anni per verifiche e interventi, che sono tuttora in corso. Ritengo che questa circostanza si debba soprattutto al fatto che il dibattito seguito al terremoto del 2009 si era incentrato principalmente sulla ricerca di colpevoli e su di una rinata e quanto mai inopportuna attenzione verso la previsione dei terremoti. Ne è pertanto conseguito un grave depotenziamento degli sforzi utili alla mitigazione del rischio, che avrebbero dovuto concentrarsi maggiormente su interventi volti alla riduzione della vulnerabilità degli edifici.

3. *Imprevedibilità e prevedibilità ex post.* – Dopo il terremoto dell'Aquila, si è diffusa la convinzione secondo la quale la maggior parte dei terremoti, se non la totalità, sia preceduta da sciami sismici. Questa erronea considerazione è probabilmente da attribuirsi a due cause: da un lato, il nostro Paese sembra soffrire di una memoria a corto raggio (si tende cioè a dare maggior peso agli avvenimenti recenti piuttosto che a compiere un'analisi statistica esaustiva della storia sismica); dall'altro, come sottolineato, un ruolo importante deve attribuirsi a quell'informazione errata e fuorviante offerta dalla sentenza di primo grado e per

⁵ La sentenza riconosce la responsabilità per l'incidenza che il messaggio di rassicurazione ha avuto sulla decisione delle vittime (causalità psichica) di dismettere le cautele normalmente adottate, inducendole a rimanere nelle proprie abitazioni dove hanno trovato la morte a causa del sisma.

⁶ Corte d'Appello dell'Aquila, cit.; Cass. pen., cit.

⁷ A. AMATO-A. CERASE-F. GALADINI, *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissione Grandi Rischi"*, Franco Angeli, 2015.

⁸ G. FORNASARI, *Un processo alla scienza? Il penalista di fronte alle questioni dogmatiche e agli spunti di novità della vicenda giudiziaria aquilana*, in: R. Borsari (a cura di), *Processo alla Scienza*, Padova University Press, 2016, cap. 5, pp. 75 ss.

⁹ C. VALBONESI, *La colpa trema: il terremoto di L'Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*, in *Giust. pen.*, 2013, c. 703 ss.; ID., *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza "Grandi Rischi"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1498 ss.

lungo tempo diffusa da molti organi di stampa. Per citare un caso su tutti, la trasmissione televisiva della RAI "Preso Diretta", in una puntata andata in onda subito dopo la sentenza di primo grado, il 20 gennaio 2013, mostrò un'intervista fatta a un geologo, professore ordinario, il quale asserì testualmente "tutti i forti terremoti sono preceduti da uno sciame sismico". Poco importa che il geologo non fosse un sismologo ma un petrografo, ossia uno studioso non di terremoti ma di rocce. Agli occhi del telespettatore inconsapevole e incolpevole non faceva molta differenza. Questa e altre interviste, televisive e a stampa, contribuirono a creare confusione e distrazione nell'opinione pubblica, radicando l'idea che dai terremoti ci si possa difendere con azioni "last-minute", come l'abbandono della propria abitazione prima dell'arrivo di un sisma perché "avvisati" dalla scossa premonitrice.

Il tema della prevedibilità di un evento sismico ha accompagnato la storia della sismologia sin dai suoi albori. A parte il caso, famoso e in parte fortuito, del terremoto di Haicheng in Cina del 1975, nessun altro caso di previsione riuscita è riportato dalle cronache sismiche mondiali (si vedano al proposito Hough¹⁰; Amato¹¹). Pur essendo vero che si sono avuti casi di persone salve dai crolli per essere uscite minuti o ore prima di un forte sisma a causa di "foreshocks"¹², in altri casi all'uscita da casa sono seguiti rientri poi rivelatisi mortali, come accadde in occasione del terremoto della Val di Noto nel 1693 quando, a un evento di magnitudo intorno a 6 avvenuto il 9 gennaio, seguì, due giorni dopo, un altro sisma ben più forte che distrusse molti centri della Sicilia orientale, Catania, Ragusa, Siracusa, Noto e molti altri centri minori, causando migliaia di vittime.

La sentenza del processo di primo grado alla Commissione Grandi Rischi aveva erroneamente interpretato lo sciame sismico, attribuendogli il ruolo di evento precursore di un terremoto più forte che sarebbe dovuto arrivare. Purtroppo, l'assunto costituisce il frutto di un'analisi *ex post*, evidentemente condizionata da quanto già accaduto. Sono infatti decine le sequenze sismiche in Italia ogni anno che non vengono seguite da un forte evento, come pure sono moltissimi i casi di forti terremoti del passato che non sono stati preceduti da sciami o scosse.

In questo senso, il terremoto di Amatrice del 2016 ha rappresentato una svolta importante. La scossa delle 3:36 del 24 agosto, infatti, è avvenuta senza la benché minima scossa "premonitrice". A ben vedere, la circostanza non costituisce una

¹⁰ S.E. HOUGH, *Prevedere l'imprevedibile. La tumultuosa scienza della previsione dei terremoti*, Springer Italia, Milano, 2013 (ed. orig.: *Predicting the Unpredictable. The Tumultuous Science of Earthquake Prediction*, Princeton University Press, 2010).

¹¹ A. AMATO, *Sotto i nostri piedi. Storie di terremoti, scienziati e ciarlatani*, Codice edizioni, 2016.

¹² Con il termine inglese "foreshock" si intende un evento sismico che è avvenuto prima di un altro più forte. Si tratta di una definizione, che può essere attribuita soltanto *ex post*, ossia dopo che l'evento in questione venga effettivamente seguito da un altro. Se il termine anglosassone ha una connotazione neutra, il termine corrispondente in italiano assume invece un significato diverso: scossa premonitrice.

novità: era accaduto anche con il terremoto in Irpinia nel 1980, in quello della Marsica nel 1915 e in molti altri eventi in Italia¹³ e nel mondo. Ma il terremoto del 2016 ha modificato la percezione della prevedibilità: è evidente ed inconfutabile che un terremoto forte e distruttivo può avvenire “senza farsi preannunciare”.

Se, da un lato, questa constatazione ha una connotazione negativa, giacché aumenta l'incertezza e la paura del fenomeno, dall'altro inquadra il problema del rischio sismico in una prospettiva più corretta: per difendersi, non si può e non si deve contare su un improbabile preavviso dell'ultimo momento, ma si deve fare ricorso ad azioni più concrete e a lungo termine. Queste azioni devono sostanziarsi in una maggiore consapevolezza del rischio, in una politica volta a garantire la solidità degli edifici, nella diffusione delle misure comportamentali da adottare in caso di terremoto. E in effetti, dopo i terremoti del 2016 si è registrata, sia a livello politico che mediatico, un'attenzione molto maggiore che in passato verso le misure di prevenzione, non solo per le zone colpite dai terremoti del 2016 e 2017, ma anche per tutto il territorio italiano a rischio¹⁴.

3.1. Pericolosità e rischio sismico. Gli effetti nocivi di un accertamento giudiziario fondato su presupposti scientifici errati. – Tornando al tema centrale della prevedibilità dei terremoti, occorre sottolineare come la scienza sismologica può oggi contribuire alla riduzione del rischio attraverso una stima sempre più accurata della pericolosità sismica, che costituisce uno degli ingredienti del rischio. Infatti, il rischio sismico può essere considerato come il prodotto di tre variabili: la pericolosità, l'esposizione e la vulnerabilità.

La pericolosità viene stimata dai sismologi, dipende dalle deformazioni geologiche e non può essere modificata in alcun modo. Rappresenta la probabilità che un territorio subisca un determinato scuotimento sismico in un dato intervallo temporale, tenendo conto di tutte le possibili sorgenti sismiche che lo interessano. Le carte di pericolosità, generalmente calibrate per intervalli temporali di alcuni decenni, compendiano tutte le informazioni disponibili sulla storia sismica antica e recente di una regione, le conoscenze geologiche, quelle sulla propagazione delle onde sismiche¹⁵. Sono i documenti ufficiali sui quali si basa non solo la classificazione sismica del territorio ma altresì la formulazione delle norme tecniche per le costruzioni. Si tratta di dati tanto utili per la pianificazione territoriale quanto inidonei ad assumere decisioni efficaci per la difesa dai terremoti nel breve termine.

¹³ Lo storico abruzzese Anton Ludovico Antinori, ad esempio, così commentò il disastroso terremoto del 1703: “Niuno però presagì prima dell'avvenimento quello, che dopo l'avvenimento di poter naturalmente presagire dicevano quasi tutti”.

¹⁴ Decreto del Min. Infrastrutture e Trasporti n. 58 del 28 febbraio 2017.

¹⁵ Si veda su: <http://zonesismiche.mi.ingv.it/>

L'esposizione si sostanzia, invece, nel valore dei beni esposti al rischio, sia in termini di vite umane che di beni materiali, come edifici pubblici e privati, il patrimonio artistico e industriale, le infrastrutture. L'esposizione potrebbe in teoria essere ridotta prima di un terremoto, ad esempio delocalizzando i centri urbani lontano dalle aree sismiche. Intento, questo, praticamente irrealizzabile. Limitatamente alle vite umane, l'esposizione potrebbe essere ridotta con azioni temporanee di evacuazione, come si fa per i vulcani o i maremoti, ma allo stato attuale delle conoscenze non esiste un metodo affidabile per anticipare di qualche ora o qualche giorno l'occorrenza di un forte terremoto. Peraltro, anche se questo fosse possibile, non si risolverebbe il problema dei crolli di edifici o di interi paesi, che dovrebbero comunque essere ricostruiti dopo ogni evento sismico.

La vulnerabilità di edifici e infrastrutture costituisce la terza variabile ed è certamente la più critica in paesi come l'Italia. Come è noto nella comunità scientifica e tecnica internazionale, la riduzione della vulnerabilità rappresenta l'unica azione efficace di mitigazione del rischio, e si effettua attraverso interventi di adeguamento o rinforzo sismico. Stupisce che un assunto di tale evidenza non sia stato recepito nella ricostruzione scientifica offerta nel primo grado del processo alla Commissione Grandi Rischi (Tribunale dell'Aquila, 2012). La circostanza emerge con chiarezza dal dettato della sentenza, che afferma come la riduzione della vulnerabilità sia praticamente irrealizzabile. Non solo, ma l'affermazione di questo concetto da parte degli esperti appare al giudice un esercizio ovvio e inutile. Peccato che, come già commentato da molti illustri esperti di diritto e di ingegneria sismica, questa affermazione sia errata e deresponsabilizzante.

Dopo il terremoto del 24 agosto del 2016 che ha distrutto Amatrice, Accumoli, Pescara del Tronto e altri centri tra il Lazio e le Marche, vittime dell'assenza di una politica di riduzione della vulnerabilità strutturale degli edifici (Amatrice è classificata come sismica da oltre un secolo, dopo il terremoto di Avezzano del 1915), il pensiero di molti è andato proprio a quelle parole "scolpite" nella sentenza "Billi". Chi scrive ritiene, infatti, che il condizionamento culturale operato da quel messaggio di indifferenza verso efficaci interventi preventivi abbia avuto, questo sì, una vera incidenza causale sulle politiche del rischio successivamente adottate. E questo nonostante la riforma della decisione in sede di Appello, rispetto alla quale l'eco mediatica non pare essere stata sufficiente.

Le considerazioni relative alla vulnerabilità non costituiscono l'unico passaggio della sentenza di primo grado oggetto di radicale riforma in sede di Appello, (poi confermato dalla Suprema Corte). Come emerge dalla vicenda processuale, la distorsione operata nel processo di primo grado crea una confusione concettuale fra la nozione di pericolosità e quella di prevedibilità dell'evento. A ben vedere,

questo aspetto, parzialmente corretto nell'appello, non riesce comunque a essere emendato del tutto nella sentenza di Cassazione, come notato da Valbonesi¹⁶.

Considerare la storia sismica di un'area e la sua pericolosità a lungo termine, nonché il manifestarsi di uno sciame, quali "indicatori di rischio"¹⁷ imminente, o in altri termini quali elementi probanti di un forte terremoto in arrivo, come asserito nella sentenza di primo grado, non è scientificamente corretto. A siffatta conclusione si è giunti attraverso un'interpretazione degli eventi forzata e viziata da una lettura *ex post*.

La storia sismica italiana e mondiale si caratterizzano per una copiosa letteratura avente ad oggetto sequenze sismiche o sciami, simili a quello verificatisi nel territorio aquilano nel periodo antecedente al 6 aprile 2009, esauritisi dopo giorni o mesi senza sfociare in un forte terremoto (per l'area abruzzese si veda l'analisi di Amato e Ciaccio)¹⁸. Nel caso dello sciame del 2009 e dell'evento di magnitudo 6.3 del 6 aprile, certo si può ipotizzare una correlazione tra i due fenomeni, ma non è dimostrabile scientificamente una causalità diretta. In ogni caso, anche i modelli statistici che ipotizzano un nesso diretto tra sequenze/sciami premonitori e forti terremoti stimano per questi ultimi delle probabilità molto basse di accadimento, in genere inferiori all'1% in una settimana (Marzocchi e Zhuang)¹⁹.

Come ben spiegato da Wang e Rogers²⁰, nella mitigazione del rischio sismico lo scopo deve essere quello di far restare le persone nelle loro case senza paura e senza che esse vengano ferite, non certo di dire loro quando scappare prima di un terremoto.

3.2. *Pericolosità e rischio sismico. Gli effetti sulla società.* – Tra gli effetti del processo alla Commissione "Grandi Rischi" vi è certamente l'aumentata tendenza a un atteggiamento "difensivo" da parte di chi è chiamato a fornire valutazioni tecnico-scientifiche in materia di rischio sismico. Almeno in due circostanze, tra il 2012 e il 2013, se ne sono viste le conseguenze. Il primo caso si riferisce alla sequenza sismica in Emilia nel maggio 2012. Dopo il primo terremoto del 20 maggio, la Commissione Grandi Rischi, in composizione rinnovata, decise di non riunirsi. Questa determinazione, piuttosto irrituale dopo un terremoto di quell'entità e di quegli effetti, è stata interpretata come una risposta al processo in

¹⁶ C. VALBONESI, *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza "Grandi Rischi"*, cit., pp. 1498 ss.

¹⁷ Così definiti nelle motivazioni della sentenza del Tribunale dell'Aquila (2012).

¹⁸ A. AMATO-M.G. CIACCIO, *Earthquake sequences of the last millennium in L'Aquila and surrounding regions (central Italy)*, in *Terra nova*, 24, 2012, pp. 52 ss.

¹⁹ W. MARZOCCHI-J. ZHUANG, *Statistics between mainshocks and foreshocks in Italy and Southern California*, in *Geophysical Research Letters*, 2011, pp. 38 ss.

²⁰ K. WANG-G.C. ROGERS, *Beating Fear with Hope: On Sustaining Earthquake Preparedness*, in *Seism. Res. Lett.*, 88, 1, pp. 1 ss.

corso all'Aquila nei confronti degli esperti e dei funzionari di Protezione Civile. La Commissione tornò però a riunirsi alcuni giorni dopo il secondo terremoto, quello di magnitudo 5.8 del 29 maggio 2012, in cui persero la vita alcuni operai che avevano ripreso il lavoro nei capannoni non sicuri.

Il risultato delle valutazioni della C.G.R., effettuate all'esito dei due forti terremoti, delle migliaia di "aftershocks" in un fronte sismico esteso per oltre 40 chilometri, costituì una sorta di "previsione", tanto importante da essere diffusa dall'allora Presidente del Consiglio Mario Monti, in una conferenza stampa tenuta pochi giorni dopo. Nelle determinazioni ufficiali della C.G.R. si parlava della significativa probabilità di attivazione di un "terzo segmento" nel settore della faglia collocato a est rispetto alle zone del modenese già attive in precedenza. L'annuncio suscitò lo scalpore e il vivo risentimento di alcuni sindaci ignari delle modalità attraverso le quali avrebbero potuto gestire una così grave emergenza.

Al momento in cui scrivo, a cinque anni di distanza, il terzo segmento non si è (ancora) attivato, ma nessuno ha osato dire che quella probabilità fosse diminuita. Difficile tornare indietro da certe affermazioni.

La seconda manifestazione di "sismologia difensiva" si presentò nel mese di gennaio dell'anno successivo, quando una sequenza sismica generò spavento fra gli abitanti della Garfagnana. "A seguito della comunicazione pervenuta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri si consiglia di uscire di casa e rimanere all'aperto", comunicò via *twitter* ai cittadini il sindaco di Castelnuovo Garfagnana, un comune di seimila abitanti in provincia di Lucca. Il messaggio era stato inviato a seguito di una modesta ripresa dell'attività sismica durante una sequenza che era iniziata il 25 gennaio 2013 con un terremoto di magnitudo 4.8.

È opportuno notare come nel messaggio non si faccia nessuna distinzione in base a edifici sicuri o meno: tutti i cittadini indistintamente sono invitati a uscire di casa e "rimanere all'aperto", pur in un momento dell'anno particolarmente freddo. Inoltre, questa anomala evacuazione durò soltanto 24 ore, dopo le quali, in assenza di un messaggio di tenore contrario, sembra che tutti rientrarono a casa, pensando forse che il pericolo fosse scongiurato. Va notato che questa determinazione non ha alcun fondamento scientifico. Nel nostro catalogo storico sono infatti numerosi i casi di sequenze multiple in cui il terremoto più forte è avvenuto diversi giorni dopo quello precedente (ancora più numerosi quelli in cui non è avvenuto affatto).

A onor del vero, va detto che la possibilità che durante una sequenza sismica si attivino diversi segmenti di faglia adiacenti è ben documentata. L'ultima sequenza sismica in centro Italia lo ha dimostrato ampiamente, con diversi forti eventi che si sono succeduti a intervalli di mesi (tra il 24 agosto e il 26 ottobre), di giorni (tra il 26 ottobre e il 30 ottobre), poi ancora di mesi (tra 30 ottobre e 18 gennaio), e infine nell'arco di poche ore, come i quattro terremoti di magnitudo tra 5.0 e 5.5 che si sono succeduti il 18 gennaio 2017.

Durante questa sequenza la C.G.R., come del resto l'intera comunità scientifica, ha più volte messo in guardia dalla possibilità di attivazione di ulteriori faglie dopo la prima, drammatica scossa del 24 agosto. E in effetti, in questa circostanza gli avvertimenti si sono rivelati corretti e hanno probabilmente contribuito a mantenere alta l'attenzione, con il risultato che le scosse del 26 e 30 ottobre non hanno provocato vittime, pur raggiungendo magnitudo 6.5.

A parere di chi scrive, questa vicenda appare emblematica delle responsabilità che conseguono a una distorta interpretazione giurisprudenziale in ordine alla prevedibilità del rischio sismico. Infatti, se le ulteriori scosse di ottobre e di gennaio non fossero avvenute, si sarebbe molto probabilmente parlato di eccesso di precauzionismo, ma d'altro canto, se non si fosse prospettato lo scenario delle scosse multiple e queste fossero invece accadute, la diminuita attenzione avrebbe potuto condurre a comportamenti meno prudenti (come il ritorno in alcune case) potenzialmente forieri di tradursi in decessi e ferimenti a seguito degli ulteriori crolli di ottobre 2016 e gennaio 2017. Con tutte le conseguenze in termini di responsabilità che possiamo immaginare.

4. *Prevedere i terremoti o i suoi effetti? Le nuove frontiere della ricerca sismologica.* – Se è vero che il terremoto (inteso come processo fisico di rottura e spostamento di una faglia) non si può prevedere da un giorno all'altro, è anche vero che si può prevedere l'arrivo delle onde sismiche più energetiche in un determinato punto distante dall'epicentro, una volta che il terremoto è avvenuto. Si tratta dei sistemi di *Early Warning* sismico (allerta rapida), che consentono alcune azioni di riduzione del rischio automatiche o individuali.

Naturalmente, questo sistema può essere efficace soltanto a una certa distanza dall'epicentro, tanto più se il sisma è superficiale. Nel caso di un terremoto come quello dell'Aquila o quello di Amatrice, infatti, le onde sismiche impiegano pochissimi secondi per percorrere i pochi chilometri tra l'ipocentro e la città; un tempo troppo breve per una qualunque allerta. Diverso il discorso per le zone in cui i terremoti si originano a decine o centinaia di chilometri dalle coste, come avviene in Giappone o in Messico. In questi paesi sono operativi dei sistemi di *Early Warning* sismico efficaci, in grado di avvisare le persone molti secondi prima dell'arrivo delle onde sismiche più forti. In un paese come il Giappone, queste allerte sono strumentali a una efficace preparazione in vista di un terremoto. Difficilmente, tuttavia, si vedrà un giapponese scappare dopo un'allerta.

I sistemi di EW, inoltre, sono collegati a delle procedure automatiche che si attivano al fine di ridurre gli effetti dell'arrivo delle onde sismiche. Si tratta, in sostanza, di rallentare i treni ad alta velocità, disattivare impianti nucleari, fermare gli ascensori, mandare avvisi nelle sale operatorie, aprire le porte di emergenza e così via.

Anche l'Italia ha avviato studi scientifici volti alla realizzazione di sistemi di questo tipo, pur con le limitazioni di cui si è detto. Sebbene nel nostro paese l'efficacia dei sistemi di EW sismico sia verosimilmente inficiata dalle ridotte distanze fra l'epicentro del sisma e le zone destinarie dell'allerta, possono comunque ipotizzarsi azioni di protezione che potrebbero aiutare i cittadini ad affrontare più efficacemente il rischio sismico. Si pensi ad esempio agli alunni di una scuola che potrebbero proteggersi sotto i banchi (il noto "Drop-Cover-Hold on", ossia "A terra, Copriti, Reggiti forte"), agli avvisi negli ospedali e in altri uffici, alle azioni per rallentare i treni e nelle industrie. Naturalmente, questo sviluppo rappresenta una sfida tecnologica non indifferente, considerate le limitazioni tecniche relative alla trasmissione dei dati in tempo reale, ai programmi di calcolo che devono essere particolarmente rapidi ed efficaci, all'elevata probabilità di diffondere falsi allarmi o, peggio, al rischio di non rilasciare messaggi adeguati in caso di forti eventi. In queste condizioni, sarà molto importante dotarsi di una normativa efficace che disciplini le responsabilità dei vari attori, dai ricercatori che sviluppano le tecniche e analizzano i dati, ai responsabili di protezione civile nazionale e locale, inclusi gli amministratori pubblici.

Una fattispecie particolare di *Early Warning*, di cui ci si sta occupando da alcuni anni in Italia, è quella legata agli tsunami (o maremoti) che potrebbero colpire le nostre coste. Le onde di maremoto viaggiano a una velocità molto inferiore a quelle sismiche e questo rappresenta un discreto vantaggio. Dal gennaio 2017 è entrato in fase di piena operatività il sistema di allerta tsunami gestito dall'Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia, che effettua il monitoraggio nell'area del Mediterraneo. Tsunami importanti possono venire infatti da diverse regioni sismicamente attive del *Mare Nostrum*, come le isole greche, Cipro, il mar Ligure e le coste del Nord Africa. Un'onda di tsunami può impiegare quasi un'ora per giungere in Italia da Creta per esempio, ma ci sono anche sorgenti di maremoti a ridosso delle nostre coste, come ad esempio nello stretto di Messina, dove nel 1908 si generò uno tsunami distruttivo, a seguito del grande terremoto che colpì la regione.

Numerose testimonianze storiche dimostrano quanto nel Mediterraneo questo rischio sia concreto ma anche sottovalutato, poiché caratterizzato da frequenze relativamente basse (si veda Maramai *et al.*²¹). Anche per questo tipo di rischio non esistono al momento delle norme chiare di riferimento nell'ordinamento italiano. La sfida che abbiamo accettato, come ricercatori impegnati nella riduzione del rischio, è proprio quella di mettere a punto un sistema di monitoraggio e allerta tempestiva per il sistema di Protezione Civile, pur consapevoli della difficoltà di questo compito e della notevole esposizione a responsabilità penali e civili alle quali siamo soggetti.

²¹ Si veda al riguardo; A. MARAMAI-B. BRIZUELA-L. GRAZIANI, *The Euro-Mediterranean Tsunami Catalogue*, in *Annals of Geophysics*, 2014.

5. *Considerazioni conclusive.* – Il terremoto del 2016 in Italia centrale ha riproposto con forza la questione della necessità di un piano straordinario per la messa in sicurezza del tessuto edilizio.

Gli eventi sismici degli ultimi decenni in Italia hanno dimostrato come la fragilità delle costruzioni costituisca il fattore determinante del numero dei crolli e delle vittime. La tragedia della scuola di San Giuliano di Puglia, nel 2002, in cui persero la vita ventisette bambini e un'insegnante a causa di un intervento sciagurato di sopraelevazione dell'edificio; i crolli dell'Aquila nel 2009, in cui persero la vita oltre trecento persone, tutte in edifici che presentavano dei problemi di elevata e nota vulnerabilità; il terremoto del 2012 in Emilia, che pose all'attenzione il problema della fragilità strutturale dei capannoni industriali: tutti questi casi, e molti altri precedenti, non sono bastati per convincere le istituzioni ad adottare misure efficaci volte alla riduzione del rischio.

Neppure oggi, all'esito dell'ennesima tragedia, si è trovato il coraggio politico di formulare prescrizioni legislative cogenti, che impongano ai privati di intervenire sulle proprie abitazioni, rendendole adeguate al livello di pericolosità sismica definito dalla normativa²², come imposto invece in altri Paesi, sia pure su scale temporali pluridecennali. Le misure introdotte con il recente Decreto post-sisma del 2016²³, benché innovative per alcuni aspetti, potrebbero rivelarsi inefficaci, giacché lasciano alla discrezionalità dei cittadini la decisione in ordine agli interventi di riduzione della vulnerabilità.

Alle incertezze politiche si accompagnano difficoltà nella comunicazione del rischio, foriere di un sostanziale fraintendimento in ordine alle modalità più efficaci per la sua riduzione, individuate oggi soprattutto nella previsione del terremoto e nella necessità di riformulare le mappe di pericolosità. Si trascura, forse strumentalmente, di riconoscere i reali limiti della scienza sismologica, accusata spesso di non essere in grado di fornire risposte alle esigenze della società.

Al contrario, i progressi di questa scienza hanno consentito di formulare previsioni probabilistiche su scale temporali compatibili con le incertezze dei processi sismici. Queste previsioni sono compendiate nelle mappe di pericolosità, che rappresentano lo strumento più efficace per una corretta pianificazione territoriale, fornendo i dati di riferimento per le costruzioni in zona sismica.

Le ricerche sui processi di preparazione dei terremoti intanto proseguono, e forse un giorno ci avvicineranno alla "previsione", almeno di alcune tipologie di eventi sismici. Ma la strada è ancora lunga e mentre i ricercatori la percorrono,

²² La mappa di pericolosità sismica è stata ufficializzata tramite l'Ordinanza PCM 3519 del 28 aprile 2006.

²³ Decreto del Min. Infrastrutture e Trasporti n. 58 del 28 febbraio 2017.

con passione e determinazione, è irrinunciabile la messa in sicurezza del patrimonio edilizio del nostro Paese.

Sul versante della predittività, invece, i progressi tecnologici recenti hanno portato allo sviluppo dei sistemi di *Early Warning*, che potrebbero consentire di ridurre l'esposizione al rischio (di persone, ma soprattutto di infrastrutture e sistemi) nel brevissimo tempo fra la genesi di un terremoto e l'arrivo, in determinati punti critici, delle onde sismiche (o di maremoto). Molto è stato fatto e molto c'è ancora da fare. Nell'attesa di un'adeguata regolamentazione giuridica di questi sistemi, e di una corretta definizione delle modalità di comunicazione dei rischi associati, piace ricordare le parole di un noto filosofo dell'antichità: "[...] niente è perfetto fin dall'inizio; e non soltanto in questo ambito importantissimo e complicatissimo (nel quale, anche quando si sarà fatto molto, ogni età troverà tuttavia qualcosa da fare), ma anche in ogni altra attività gli inizi sono sempre stati lontani dalla perfezione"¹.

DAVIDE AMATO

COMUNICAZIONE DEL RISCHIO E RESPONSABILITÀ PENALE. RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA CASSAZIONE SUL CASO "GRANDI RISCHI"

1. *Premessa: una conclusione solo apparentemente soddisfacente.* – Il tema che ci è stato assegnato non è certamente agevole da affrontare. Si tratta, infatti, di analizzare una vicenda processuale decisamente complessa e che è stata infine risolta dalla Corte di cassazione con una pronuncia che – almeno sotto alcuni profili – può essere considerata quantomeno insidiosa. Questo perché, almeno a una prima, sommaria analisi, l'esito processuale consacrato dalla decisione dei giudici di legittimità può apparire rassicurante, soprattutto alla luce di due "fattori distorcenti". In particolare, ci si riferisce al fatto che, rispetto alla (indiscriminata e ingiustificata) severità della sentenza pronunciata dal Tribunale aquilano²,

¹ SENECA, *Naturales Quaestiones*, libro VI.

² Tutti gli imputati erano stati infatti condannati a sei anni di reclusione, all'interdizione perpetua dai pubblici uffici e al risarcimento del danno. Cfr. Tribunale dell'Aquila, 18 gennaio 2013, n. 380, in www.penalecontemporaneo.it, con note di D. NOTARO, "A ciascuno il suo": nesso di causalità (e colpa) in materia penale fra scienza, ragione ed emozione, in *Corr. mer.*, 2013, pp. 531 ss.; A. PAGLIARO, *Bozze di osservazioni sulla sentenza "grandi rischi"*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 1818 ss.; I. SALVEMME, *Il nesso eziologico nella previsione del rischio. Un esempio di causalità in una condizione suffragata da una legge statistica avente un basso coefficiente di copertura*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 2812 ss.; C. VALBONESI, *La colpa trema: il terremoto di L'Aquila e la condanna agli scienziati della commissione grandi rischi*, in *Giust. pen.*, 2013, cc. 403 ss.; A. GALLUCCIO, *Terremoto dell'Aquila e*

l'attuale epilogo, con un solo condannato (peraltro a pena sospesa), potrebbe sembrare un esito certamente più equo e che avrebbe finalmente "fatto giustizia". Tanto più – ed ecco il secondo fattore cui si alludeva – che l'unico condannato, l'allora Vice Capo Dipartimento della Protezione civile, aveva effettivamente tenuto un comportamento non certo esemplare, circostanza che parrebbe quindi legittimare un'affermazione di responsabilità, peraltro per una colpa riconosciuta in sentenza come lieve e assistita da una condanna poco più che simbolica.

Ci sembra, invece, una decisione di cui pare opportuno diffidare. Ed è sufficiente una lettura appena più meditata della sentenza per accorgersi di come questa poggi su fondamenta alquanto fragili e che lasciano piuttosto inappagati.

Senza che sia qui necessario ripercorrere l'intero *iter* processuale, ci si limita a ricordare come già la sentenza d'appello³ – poi integralmente confermata dalla Cassazione⁴ – avesse nettamente distinto la condotta dei sei esperti, volta unicamente a effettuare una valutazione scientifica della situazione (giudicata corretta e quindi esente da censure), da quella di De Bernardinis, tenuto alla comunicazione e gestione del rischio, attività che sarebbero però state svolte in modo indebitamente e irragionevolmente rassicurante.

In estrema sintesi, quindi, quest'ultimo è stato condannato perché – attraverso una condotta comunicativa, e quindi commissiva – avrebbe colposamente indotto tredici persone a dismettere i consolidati meccanismi di risposta al sisma, consistenti nell'abbandonare le case in occasione di ogni terremoto, facendo così in modo che tali soggetti – nonostante le due scosse "ammonitrici" delle 22.48 e delle 00.39 – si trovassero all'interno delle proprie abitazioni all'arrivo del sisma delle 3.32 del 6 aprile 2009, che ne provocava il crollo e la morte degli occupanti.

Ciò posto, i temi che si intende succintamente affrontare nel corso della presente relazione attengono a quelle parti della sentenza – essenzialmente relative alla conferma della condanna di De Bernardinis – che sono risultate meno condivisibili e che però costituiscono proprio gli snodi fondamentali nell'accertamento della responsabilità individuale. Ci si riferisce, nello specifico, alla verifica del nesso eziologico fra la condotta contestata e l'evento (con particolare riferimento al tema della causalità psichica) e alla colpa, qui soprattutto intesa quale prevedibilità dell'evento tipico. Infine, verranno svolte alcune sintetiche riflessioni sulla

responsabilità penale. Nesso causale ed addebito di colpa nella sentenza "Grandi Rischi", in Dir. pen. cont., Riv. trim., 2014, pp. 190 ss.

³ Corte d'Appello dell'Aquila, 6 febbraio 2015, n. 3317, in *www.penalecontemporaneo.it*. Per una riflessione multidisciplinare su entrambi i giudizi di merito si vedano i contributi editi nell'opera A. AMATO-A. CERASE-F. GALADINI (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto*, Milano, 2015.

⁴ Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, in *www.penalecontemporaneo.it*, con note di L. RISICATO, *Colpa e comunicazione sociale del rischio tra regole cautelari "aperte" e causalità psichica*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1228 ss. e C. VALBONESI, *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza "Grandi Rischi"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1498 ss.

responsabilità del singolo all'interno di un sistema complesso e sull'utilizzo del diritto penale in vicende siffatte.

2. *Condotte comunicative e causalità psichica: un dubbio irrisolto circa la reale sussistenza del nesso causale.* – Per quanto concerne la causazione dell'evento finale (i.e. morte a seguito dei crolli degli edifici), è stato correttamente sostenuto che esso sia il risultato di tre fattori interagenti: la presenza delle tredici persone nelle proprie abitazioni, la fragilità delle costruzioni e, infine, la forte scossa di terremoto che ne ha provocato il crollo.

Poiché le predette condizioni sono tutte e tre necessarie per il verificarsi dell'evento, ciascuna di esse è causale. Detto in altri termini, De Bernardinis, con la propria condotta comunicativa, avrebbe determinato la presenza delle vittime all'interno degli edifici (evento intermedio) e, così facendo, avrebbe contribuito al verificarsi dell'evento finale.

Occorre a questo punto verificare se sia davvero possibile accertare, con un grado di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, che la condotta in esame abbia davvero provocato quel mutamento di comportamenti sostenuto dall'accusa. Operazione per nulla facile, poiché ci troviamo di fronte a un'ipotesi di causalità di tipo psichico, e quindi ci muoviamo all'interno di un settore dove è estremamente complicato – se non, ad avviso di taluni, impossibile – rinvenire delle adeguate leggi di copertura atte a sostenere la spiegazione causale⁵.

La riprova di quanto affermato ci è fornita proprio dalla vicenda in esame, ove il giudice di primo grado aveva attribuito dignità scientifica – e su di essa aveva

⁵ La dottrina è divisa sul tema, affrontandosi un orientamento secondo il quale, non esistendo nel settore in esame delle affidabili leggi scientifiche, la causalità psichica costituirebbe un modello differente rispetto a quella naturalistica, che andrebbe quindi accertata secondo un diverso paradigma, e un orientamento che invece nega tale differenza, affermando come anche questa forma di causalità possa e debba essere accertata facendo ricorso a leggi scientifiche di copertura. Fra gli autori che sposano la prima tesi si vedano L. CORNACCHIA, *Il problema della cd. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, in S. Canestrari-G.Fornasari (a cura di), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Padova, 2001, p. 199; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Milano, 2003, pp. 303 ss.; T. PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 405; L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, p. 7. Escludono invece una siffatta diversità F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Milano, 2000, pp. 102 ss.; F. CINGARI, *"Maghi-guaritori" e morte del paziente: profili oggettivi e soggettivi di responsabilità penale*, in *Dir. proc. pen.*, 2005, p. 1157; G. MESSINA, *Concorso morale e causalità psichica nel diritto penale*, in M. Bertolino-L. Esusebi-G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 1111 ss. (spec. pp. 1138 ss.). Da ultimo, proprio con riferimento al procedimento in oggetto, anche C. VALBONESI, *Scienza sismica e responsabilità penale: riflessioni sul rimprovero per colpa a margine del processo dell'Aquila*, in A. Amato-A. Cerase-F. Galadini (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto*, cit., p. 281.

costruito l'accertamento del nesso eziologico – alla c.d. “teoria delle rappresentazioni sociali”⁶.

Giova a questo punto ricordare, però, come la “legge” in questione fosse stata ideata dallo stesso consulente d'accusa solo *dopo* i fatti in parola e, soprattutto, come questi avesse condotto i suoi studi non sulla totalità della popolazione aquilana, bensì selezionando in modo sostanzialmente discrezionale i dati, ossia basandosi esclusivamente su quelle persone che, in base alle dichiarazioni rilasciate nel corso delle indagini da parenti e amici, sembrerebbero effettivamente essere state influenzate dalla comunicazione dell'imputato⁷.

In buona sostanza, nel tentativo di individuare una legge scientifica di copertura alla stregua della quale verificare l'esistenza del nesso eziologico fra condotta ed evento, il Tribunale aveva fatto ricorso a un modello di spiegazione causale creato *ad hoc*, a seguito dello stesso evento che si voleva dimostrare, e basato su dati acquisiti in modo parziale, ossia solo a condizione che suffragassero la teoria che si voleva in tal modo accreditare⁸.

È evidente, però, come un'operazione di questo tipo di scientifico non abbia proprio nulla, ponendosi invece in aperto contrasto non solo con le più elementari regole epistemologiche, ma anche con quegli stessi criteri che, prima la dottrina⁹ e, poi, la giurisprudenza hanno a più riprese indicato affinché il sapere scientifico possa fare ingresso nel processo.

Basti qui ricordare, allora, come già nel 1990, pronunciandosi sul caso del disastro di *Stava*¹⁰, la Corte di cassazione avesse stabilito come le leggi scientifiche dovessero essere comprovate facendo ricorso a «metodi di prova razionali e controllabili».

Sia consentito, a questo punto, una piccola parentesi comparatistica, unicamente per ricordare come, a distanza di pochi anni dalla predetta pronuncia,

⁶ Tale teoria, in estrema sintesi, è volta ad affermare come la comunicazione di tipo scientifico-istituzionale sia dotata del massimo livello di persuasività nei confronti dei destinatari. Per un approfondimento, nonché per gli ulteriori, necessari riferimenti A. AMATO-F. GALADINI, *Gli argomenti della scienza nel processo dell'Aquila alla Commissione Grandi Rischi*, in *Riv. cult. e pol. scien.*, 2013, p. 27.

⁷ La circostanza emerge pacificamente dalla lettura della sentenza d'appello. Cfr. Corte d'Appello dell'Aquila, 6 febbraio 2015, n. 3317, p. 271.

⁸ Un'approfondita esposizione delle ragioni che non consentono di considerare la teoria delle rappresentazioni sociali una vera legge scientifica è contenuta in A. GALLUCCIO, *Comunicazione (scientifica) e responsabilità penale, riflessioni sulla causalità psichica a margine della sentenza “Grandi Rischi”* in A. Amato-A. Cerase-F. Galadini (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto*, cit., pp. 304 ss.

⁹ Ci si riferisce, evidentemente, agli studi condotti a partire dagli anni '70 da Federico Stella e, in particolare, a F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, *passim* (oggi F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Milano, 2000).

¹⁰ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, in *Foro it.*, 1992, pp. 36 ss.

dall'altro lato dell'oceano la Corte Suprema americana decideva il caso *Daubert*¹¹, destinato a divenire una vera e propria pietra miliare nella definizione dei rapporti fra scienza e diritto. Ed è innegabile come tale sentenza – seppur relativa a un differente ordinamento – abbia dispiegato una fortissima influenza culturale anche nel nostro Paese¹².

Vista la stretta pertinenza rispetto al tema in esame, pare opportuno soffermarsi brevemente a ricordare i principi stabiliti in quell'occasione dai giudici statunitensi per valutare la “scientificità” di una legge, ossia: *a*) necessità dell'utilizzo del metodo scientifico nell'elaborazione della teoria; *b*) sottoposizione della legge a tentativi di falsificazione e a prove di resistenza; *c*) verifica del consenso della teoria all'interno della comunità scientifica; *d*) esplicitazione del tasso d'errore¹³.

Questi stessi criteri, che pure in alcune occasioni erano già stati implicitamente recepiti anche dalla nostra giurisprudenza, venivano poi “ufficialmente” ripresi dalla Corte di cassazione nella c.d. sentenza *Cozzini*¹⁴ che, come noto, rappresen-

¹¹ *Daubert v. Merrel dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S.579, 113 S.Ct. 2786, 125 L.Ed.2d 469 (1993), su cui si veda F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., pp. 424 ss.; ID., *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, pp. 436 ss.

¹² Sono davvero innumerevoli gli studi che si sono confrontati con i criteri dettati da tale pronuncia. Limitandosi a un'esposizione sommaria, oltre alle fondamentali opere di FEDERICO STELLA già citate, si vedano G. PONZANELLI, *Scienza, verità e diritto: il caso Bendectin*, in *Foro it.*, 1994, cc. 184 ss.; M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, pp. 219 ss.; ID., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, pp. 665 ss.; O. DOMINIONI, *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1061 ss.; F. CENTONZE, *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1232 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione “antica” di Carrara e la lezione “moderna” della Corte di cassazione sull’“oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 737 ss.; R. PALAVERA, *Verso una “costruzione giuridica della scienza”: riflessi dell'oltre il ragionevole dubbio e della recente giurisprudenza della Cassazione sulle decisioni dei Tribunali di merito*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, pp. 1283 ss.; M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema dell'infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 539 ss.; P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime d'esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 1341 ss.; A. PISTOCHINI-D. STENDARDI, *L'accertamento del nesso di causa nel processo penale: veritas, non auctoritas facit iudicium*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, pp. 689 ss.; A.M. DELL'OSSO, *Morti da amianto: perduranti incertezze scientifiche vs. certezze giurisprudenziali; il problema delle esposizioni indirette*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, pp. 1139 ss. (spec. p. 1148); F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in questa *Rivista*, 2014, pp. 561 ss. (spec. pp. 574-575).

¹³ Per un'approfondita disamina dei criteri proposti nella sentenza *Daubert* rimangono imprescindibili le considerazioni svolte in F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 438 ss.

¹⁴ Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786 in *Cass. pen.*, 2011, pp. 1679 ss. con nota di R. BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*, pp. 1712 ss. e di P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime d'esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 1341 ss.; M. BARNI, *Il medico legale e il giudizio sulla causalità: il caso del mesotelioma da asbesto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, pp. 489 ss.; S. ZIRULIA, *Amianto e responsabilità penale: causalità ed evitabilità dell'evento in relazione*

ta ancora oggi una delle più raffinate e autorevoli decisioni pronunciate in questa materia dalla nostra Corte Suprema¹⁵. In quell'occasione, infatti, i giudici di legittimità hanno affermato che «per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. 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, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica».

Non è necessario dilungarsi oltre sul tema, perché alla luce di questi – pur sommari – rilievi, appare già pienamente dimostrato come la c.d. “teoria delle rappresentazioni sociali”, non rispettando nessuno dei parametri indicati, non possa di certo essere considerata una legge scientifica.

Questa circostanza, d'altra parte, è stata correttamente rilevata sia dalla Corte di merito, che da quella di legittimità. Tuttavia, non si può fare a meno di osservare come la tesi in esame, dopo essere “uscita dalla porta”, sia “rientrata dalla finestra” sotto forma di una “generalizzata e affidabile massima d'esperienza” alla stregua della quale è stata dimostrata la sussistenza del nesso eziologico nel caso in esame. In buona sostanza, si è così affermato come la teoria delle rappresentazioni sociali costituirebbe comunque un valido criterio di copertura, alla luce del quale formulare un'ipotesi esplicativa che, corroborata poi dai riscontri probatori del caso concreto, sarebbe idonea ad accertare la sussistenza del nesso causale fra la condotta informativa dell'imputato e l'evento (intermedio)¹⁶.

alle morti derivate da mesotelioma pleurico, in www.penalecontemporaneo.it dell'11 gennaio 2011. Da ultimo, per un'articolata rilettura della sentenza, non limitata al profilo qui preso in esame, si veda M. ROMANO-F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 1129 ss. (spec. p. 1139).

¹⁵ Fra le pronunce che hanno poi richiamato gli insegnamenti della decisione in parola, spicca per pregevolezza e ulteriore approfondimento del tema quanto affermato nella sentenza *Cantore* (Cass. pen., sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 2984 ss.), non a caso redatta dal medesimo giudice estensore.

¹⁶ Nelle decisioni in esame, il riferimento al modello bifasico adottato dalla sentenza *Franzese* è esplicito. Il tema, che richiama evidentemente il passaggio dalla causalità generale a quella individuale, è più risalente rispetto alla sentenza da ultimo citata. Senza che sia qui possibile fornire una panoramica completa della dottrina, sia sufficiente rinviare a F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., *passim*; ID., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 1215 ss.; ID., *Giustizia e modernità*, cit., *passim*; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per «l'aumento del rischio»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 46 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Art. 40*, in E. Dolcini-G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, pp. 496 ss.; ID., *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in questa *Rivista*, 2012, pp. 342 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, p. 342; F. CENTONZE, *Il problema dell'accertamento*

Ciò posto, occorre a questo punto osservare come l'operazione sin qui descritta e la correlata rinuncia alla ricerca di una valida legge scientifica utilizzabile nel caso di specie, abbia inevitabilmente pregiudicato la possibilità di pervenire a un adeguato margine di certezza nell'accertamento in esame. Non v'è chi non veda, infatti, come la teoria elaborata dal Consulente dell'accusa, già inidonea a dar vita a una reale legge scientifica, non possa certo essere semplicemente recuperata sotto la diversa veste della massima d'esperienza. Ciò in quanto un assunto, per poter essere validamente impiegato in campo penale, deve comunque consistere in una «*generalizzazione empiricamente verificabile del senso comune*» ed essere sottoposta a tentativi di falsificazione¹⁷. Al contrario, l'idea della possibilità di rinvenire una relazione univoca fra una condotta comunicativa – per quanto promanante da una fonte autorevole – e il comportamento di un soggetto, sembra essere stata da tempo smentita dagli studi di psicologia e sociologia¹⁸.

Inoltre, nel caso in esame sono stati trascurati taluni elementi in grado di compromettere ulteriormente la possibilità di rinvenire un legame causale fra la condotta del Vice Capo Dipartimento e le scelte delle tredici vittime. In particolare, si allude al fatto che le dichiarazioni non sono state indirizzate direttamente alle vittime, bensì hanno fatto parte di un'intervista rilasciata a un'emittente televisiva locale e, quindi, rivolta alla generalità della popolazione. Ancora, la condotta si è inserita in uno scenario comunicativo complesso e già ricco di dichiarazioni promananti da una pluralità di fonti più o meno qualificate¹⁹. Infine, le affermazioni contestate, per quanto pronunciate da una fonte istituzionale e particolar-

del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 1525; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, pp. 1679 ss.; ID., *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2013, pp. 380 ss.; A.M. DELL'OSSO, *Probabilità logica e "logiche" giurisprudenziali della mera probabilità: la cassazione ribadisce i "veri" principi della sentenza Franzese*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, pp. 861 ss.; M. DI LELLO FINUOLI, *Certezza e probabilità nell'accertamento della causalità omissiva. Il richiamo della Corte di Cassazione alla "lezione" della sentenza Franzese*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, pp. 192 ss.

¹⁷ Il riferimento testuale è tratto da G. CANZIO, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1972. Sul tema si vedano anche M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 142; ID., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, pp. 61 ss.; G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfofi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 173; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 49; F. D'ALESSANDRO, *Le frequenze medio basse e il nesso causale fra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4812; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 313.

¹⁸ Così, anche per gli ulteriori riferimenti, G. CIOFALO, *Il terremoto dell'Aquila: lo scenario comunicativo*, in A. Amato-A. Cerase-F. Galadini (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto*, cit., p. 134.

¹⁹ Per una ricostruzione delle interviste e dichiarazioni a vario titolo rilasciate in quel periodo cfr. A. AMATO-A. CERASE-F. GALADINI, *In scienza e coscienza*, in A. Amato-A. Cerase-F. Galadini (a cura di), *Terremoti, comunicazione, diritto*, cit., p. 14.

mente autorevole, non sono state “cristallizzate” in un documento formale, né sono state ribadite in un contesto ufficiale quale la conferenza stampa tenutasi al termine della riunione, ma sono state proferite in una semplice intervista, oltretutto non connotata, nel complesso, da un tenore particolarmente rassicurante²⁰.

A fronte di tali premesse, ed essendo quindi sostanzialmente venuta a mancare una valida legge di copertura, deve immediatamente rilevarsi come il modello di spiegazione bifasico, su cui è stata fondata l’affermazione di responsabilità, non “tiene” più. Difatti, tutto il peso dell’accertamento causale viene qui a riporre su un criterio di probabilità logica che pare aver abbandonato i sicuri dettami della sentenza *Franzese*, a favore di un inquietante ritorno al principio del libero convincimento del giudice²¹.

In definitiva, non pare quindi possibile pervenire alla dimostrazione, con grado di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, che proprio la condotta comunicativa di De Bernardinis abbia indotto i tredici aquilani a rimanere nelle proprie abitazioni, contribuendo così a cagionare la morte in occasione della scossa del 6 aprile. Potrà, al più, ammettersi che tale comportamento abbia aumentato il rischio che ciò avvenisse ma, com’è ampiamente risaputo, ciò non basta per pervenire alla condanna per un reato d’evento, qual è l’omicidio, pena la violazione dei fondamentali principi di legalità e colpevolezza²².

3. *Un’ulteriore distorsione del paradigma colposo?* – Svolte queste precisazioni in materia di causalità, è ora necessario affrontare un tema altrettanto – se non più – complesso, ossia la valutazione della colpa.

In primo luogo, come si è già accennato, può darsi sostanzialmente per assodato il fatto che la condotta posta in essere dal Vice Capo Dipartimento sia stata scorretta e che abbia trasgredito ai doveri cui questo era tenuto. La questione, però, è un’altra, ossia: è possibile ritenere tale soggetto responsabile della morte

²⁰ Sul medesimo tema si vedano altresì le considerazioni di C. VALBONESI, *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza “Grandi Rischi”*, cit., pp. 1511 ss.

²¹ Si tenga altresì presente che, anche a voler ritenere sussistente una valida legge di copertura, il passaggio dalla causalità generale a quello individuale è stato sostanzialmente operato sulla base delle sole dichiarazioni dei parenti delle vittime. Operazione senz’altro lecita e ammissibile, ma che tuttavia, anche in considerazione delle peculiarità del caso concreto, dovrebbe indurre a un’estrema prudenza. Sostanzialmente nei medesimi termini anche C. VALBONESI, *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza “Grandi Rischi”*, cit., pp. 1514 ss.

²² Invero, l’affermazione dell’esistenza di un nesso eziologico, in virtù della semplice causazione di un aumento del rischio, non rappresenta certo una novità nel nostro Paese. Tuttavia, una simile, illegittima soluzione, è stata già da tempo severamente censurata da parte della più attenta dottrina e giurisprudenza. Sia qui sufficiente fare riferimento a quanto affermato nella sentenza *Franzese* (Cass. pen., ss.uu., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, pp. 1599 ss.) nonché, in dottrina, in F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 248.

di quei tredici aquilani? E, più precisamente, ha egli violato una regola cautelare volta a prevenire quello specifico evento? Si trattava di un evento prevedibile?

Sono questi gli interrogativi, non certo semplici, cui occorreva rispondere per stabilire la colpevolezza o meno di De Bernardinis.

Cercando di procedere con ordine, in una materia così insidiosa, costituisce un dato ormai ampiamente risaputo come, per muovere un rimprovero di colpa a un soggetto, non sia sufficiente la mera violazione di una regola cautelare, ma occorre anche che l'evento effettivamente verificatosi costituisca la concretizzazione dello specifico rischio che la norma era volta a prevenire²³.

Ora, in assenza di valide regole precauzionali di fonte scritta, per quanto attiene alla comunicazione del rischio²⁴, per appurare lo spettro di applicazione di una norma cautelare di fonte "sociale" è inevitabile fare ricorso ai concetti di prevedibilità ed evitabilità²⁵. Ed eccoci, quindi, all'ultimo degli interrogativi che ci eravamo posti poc' anzi: le morti verificatesi erano effettivamente predicibili?

Uno degli snodi fondamentali per determinare la prevedibilità di un avvenimento consiste nella determinazione delle peculiarità del caso concreto di cui occorre tenere conto. Si tratta, in altri termini, del problema della *ridescrizione* dell'evento²⁶. Nel caso in esame, i giudici di legittimità hanno correttamente rilevato come non sia sufficiente accertare la prevedibilità dell'evento finale, in quanto occorre altresì tenere conto dell'*iter* causale che l'ha determinato. Coerentemente, quindi, si è valutato se l'imputato potesse rappresentarsi le tre condizioni (mutamento delle condotte delle vittime, vulnerabilità degli edifici, forte terremoto) che sinergicamente hanno provocato i tredici decessi.

Se le considerazioni suddette possono certamente condividersi, altrettanto non può dirsi per il prosieguo della sentenza. La Corte, infatti, ha innanzitutto ritenuto che l'imputato potesse rappresentarsi il fatto che le proprie dichiarazioni

²³ Così, per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 368 ss.; F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in *Giust. pen.*, 2012, p. 579; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Artt. 1-84, Milano, 2004, pp. 463 ss.

²⁴ È la stessa sentenza a riconoscere come le norme contestate all'imputato a titolo di colpa specifica, non avendo natura modale, non possano essere qualificate quali valide regole cautelari, cfr. p. 128 della sentenza di Cassazione. In dottrina, sul punto, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza. I. – La fattispecie*, Padova, 1993, pp. 233 ss.; ID., *La normatività della colpa penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86; G. FORTI, voce *Colpa* (*dir. pen.*), in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, II, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, pp. 947 ss.

²⁵ Vedi G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, pp. 177 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 436. Più di recente, anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali, M. CAPUTO, "Agente modello" e responsabilità per colpa in campo sanitario, Milano, 2012, p. 11.

²⁶ Per un approfondimento del tema si rinvia alle fondamentali considerazioni di F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., pp. 252 ss.; G. FORTI, *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1559 ss. (spec. p. 1560); ID., *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., pp. 13 ss., pp. 530 ss.

avrebbero indotto una parte della popolazione a dismettere quei consolidati comportamenti di risposta al sisma che fino a quel momento erano stati adottati (c.d. evento intermedio). Per raggiungere un simile risultato, il Collegio ha fatto riferimento a quelle stesse leggi di copertura già precedentemente impiegate per dimostrare la sussistenza del nesso causale²⁷. Ecco, quindi, che devono allora innanzitutto riproporsi tutte quelle perplessità, circa l'uso di un simile strumento, cui si è già fatto cenno. Certo, la questione qui assume un peso diverso, perché se ai fini dell'accertamento del nesso eziologico è necessario addivenire a una spiegazione in termini di certezza processuale, per la colpa si ritiene invece sufficiente dimostrare l'idoneità della condotta e il conseguente aumento del rischio di verificazione dell'evento²⁸. Tuttavia, anche in questo caso permangono dei dubbi circa il fatto che l'agente potesse effettivamente prefigurarsi un simile esito. Innanzitutto, considerato che la temporanea fuoriuscita dagli edifici, in occasione delle scosse, non costituisce un efficace modello comportamentale di risposta al sisma, ed anzi è sconsigliato²⁹, non è ben chiaro perché l'agente dovesse tener conto di tale comportamento. Inoltre, se già è controversa l'influenza che una condotta comunicativa può dispiegare sulle libere scelte di un soggetto, ciò sembra valere a maggior ragione nel caso di specie. Infatti, ponendosi nella prospettiva dell'agente, assume un rilievo determinante il fatto che le dichiarazioni fossero state rilasciate *prima* della riunione, cui anzi si faceva un esplicito rinvio per appurare la reale situazione di pericolosità presente in quel momento nell'aquilano³⁰. Non sfuggirà, allora, come la circostanza che l'intervista sia stata poi infedelmente presentata come tenutasi *dopo* la riunione, quasi a volerne comunicare gli esiti, abbia in questo caso un'importanza fondamentale. Si tratta, con tutta evidenza, di un elemento dirimente, attribuendo certamente un diverso peso alle parole pronunciate De Bernardinis, e andando così ad alterare sensibilmente la possibilità per l'agente di prefigurarsi gli effetti provocati dalle proprie dichiarazioni sulla popolazione.

Le circostanze sin qui esposte sembrerebbero far sorgere qualche (ragionevole?) dubbio circa la prevedibilità del primo "evento intermedio". Ma, anche a voler respingere tale idea, occorre comunque osservare come questo primo risultato non sia ancora sufficiente per affermare la responsabilità dell'imputato, poiché ciò che occorre dimostrare è la possibilità, in quel determinato contesto, di prefi-

²⁷ Sul tema si vedano, fra gli altri, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., pp. 208 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, pp. 284 ss.; G. DE FRANCESCO, *Colpa e prevenzione del rischio nel campo delle malattie professionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 665.

²⁸ Cfr., anche per gli ulteriori, necessari, riferimenti, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., pp. 216 ss.; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 651 ss.

²⁹ Cfr., in particolare, gli studi ricordati da C. VALBONESI, *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza "Grandi Rischì"*, cit., p. 1521 (spec. nota 114).

³⁰ La trascrizione dell'intervista è consultabile in Tribunale dell'Aquila, 18 gennaio 2013, n. 380, pp. 268 ss.

gurarsi l'evento tipico, ossia i decessi verificatisi fra gli aquilani. In buona sostanza, allora, si deve ancora indagare la possibilità di prevedere anche le altre due condizioni, consistenti nella fragilità degli edifici e nel forte terremoto del 6 aprile. Ed è proprio questo il tema più spinoso. Invero, nella sentenza in esame questo profilo è stato liquidato in poche battute, semplicemente stabilendo che «*la giurisprudenza di questa Corte ha chiarito come i terremoti, anche di rilevante intensità, siano da considerare alla stregua di eventi rientranti tra le normali vicende del suolo, e non possano essere giudicati come accadimenti eccezionali e imprevedibili quando si verifichino in zone già qualificate ad alto rischio sismico, o comunque formalmente classificate come sismiche*»³¹.

Una simile affermazione richiederebbe una lunga digressione circa la censurabile scelta di fare riferimento ai propri precedenti, anziché alle migliori e più autorevoli conoscenze scientifiche³², ma ciò ci è precluso dai limitati spazi che qui ci sono concessi. Basta allora osservare come l'assunto appena ricordato, inserito nel contesto in esame, desti qualche seria perplessità. Né pare potersi attribuire rilievo dirimente, per giustificare la condanna dell'imputato, a quei *signa facti* pur ricordati nella pronuncia, posto che gli stessi giudici ne hanno implicitamente escluso la rilevanza, giudicando corretta la valutazione degli esperti secondo cui alla data del 30 marzo 2009 la situazione di rischio sismico nell'aquilano non era mutata³³.

Ecco, allora, che se davvero si deve convenire sul fatto che, nonostante lo sciame sismico, il rischio fosse immutato rispetto alle caratteristiche proprie della regione, la circostanza che potesse verificarsi un forte terremoto rimane senza ombra di dubbio un fatto *non escludibile*, ma di difficile, se non impossibile qualificazione in termini probabilistici.

Ciò nonostante, si deve rilevare come in questo caso la semplice *non escludibilità* che un simile terremoto potesse verificarsi è stata ritenuta sufficiente per affermare la prevedibilità dell'evento e, con essa, la responsabilità penale dell'imputato³⁴.

³¹ Cass. pen., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, p. 46.

³² Un fenomeno analogo si è già osservato nella giurisprudenza in materia di amianto a proposito della *querelle* circa la teoria della dose-dipendenza. Si vedano, sul tema, le cristalline considerazioni di F. GIUNTA, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, cit., 2014, pp. 572 ss. e di M. ROMANO-F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, cit., pp. 1129 ss.

³³ Circa i c.d. segni precursori, v. A. AMATO-F. GALADINI, *Gli argomenti della scienza nel processo dell'Aquila alla Commissione Grandi Rischi*, cit., pp. 7 ss.

³⁴ Un simile *modus operandi*, nel diverso settore della responsabilità per le malattie professionali, è già stato debitamente censurato da C. PIERGALLINI, *Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"*, in G. Casaroli-F. Giunta-R. Guerrini-A. Melchionda (a cura di), *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, Pisa, 2015, p. 383, secondo

Pur comprendendo le fondamentali esigenze di tutela della collettività che possono aver condotto a un simile risultato³⁵, non sfugge, tuttavia, come questa estrema dilatazione del concetto di prevedibilità sembri travalicare i sempre più labili confini della colpa, sfociando ancora una volta – e nonostante le smentite della Corte – nel terreno del precauzionismo³⁶. Esito deprecabile, ma non certo sorprendente. Sono infatti ormai ben note quelle “torsioni” impresse da una parte della giurisprudenza, anche di legittimità, al paradigma della colpa.

Non è possibile affrontare compiutamente la questione in questa sede, ragion per cui ci si limiterà a riportare sommariamente tre esempi particolarmente emblematici del fenomeno in parola.

Il settore nel quale si è più frequentemente osservata una “reinterpretazione” della colpa penale è senza dubbio quello delle malattie professionali e, in particolare, quello delle morti da amianto³⁷. In questo caso, nonostante per svariati decenni si sia fatto lecitamente uso di tale sostanza³⁸, non essendone ancora conosciuti gli effetti letali, ciò non ha impedito che moltissimi procedimenti si conclu-

cui «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».

³⁵ La giurisprudenza ha mostrato una maggior severità nella valutazione della prevedibilità dell'evento, a fronte di possibili eventi dannosi particolarmente gravi, quantomeno già a partire dalla sentenza resa sul disastro del Vajont (Cass. pen., sez. IV pen., 25 marzo 1971, *Biadene*, in *Foro it.*, 1971, pp. 717 ss.). In dottrina cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 28.

³⁶ È la stessa sentenza di cassazione, a p. 46, a cercare di prevenire tale assimilazione. Respinge tali argomentazioni anche C. VALBONESI, *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza “Grandi Rischi”*, cit., p. 1516.

³⁷ Il tema, anche in considerazione della rilevanza sociale e giuridica rivestita, può considerarsi ormai ampiamente conosciuto, almeno nelle sue coordinate essenziali. Per un inquadramento multidisciplinare si veda il *Focus: esposizione ad amianto e mesotelioma pleurico. Il problema della ricostruzione causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, con contributi di F. CENTONZE, *Il problema dell'accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, pp. 1523 ss.; M.F. FONTANELLA, *L'accertamento del nesso causale tra condotta del datore di lavoro ed evento morte per mesotelioma maligno: linee di un'evoluzione giurisprudenziale*, pp. 1537 ss.; B. GUIDI, *Il modello di causalità proporzionale e la rilevanza dei fattori naturali: l'applicazione al contenzioso da patologia amianto correlata*, pp. 1577 ss.; G. NANO, *I problemi legati alla quantificazione dell'esposizione nei casi di malattie asbesto correlate*, pp. 1599 ss.; E. PIRAN-C. CIOCAN, *Il mesotelioma: aspetti diagnostici, ruolo dei fattori temporali nell'incidenza della malattia e relativi implicazioni medicolegali*, pp. 1613 ss.; F. BUZZI, *Causalità vs casualità, ovvero: gli effetti nocivi dell'amianto sulle teorie giuridiche*, pp. 1631 ss. Per un ulteriore approfondimento si vedano anche T. PADOVANI, *La tragedia collettiva delle morti da amianto e la ricerca di capri espiatori*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, pp. 383 ss.; S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e imputazione causale*, Rimini, 2015, *passim*; M. ROMANO-F. D'ALESSANDRO, *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, cit., pp. 1129 ss.

³⁸ Per una compiuta ricostruzione della normativa in tema di amianto dal 1956 al bando, avvenuto solo nel 1992, si veda, da ultimo, G.P. ACCINNI, *Il dissolvimento della colpa allorquando l'esposizione è all'amianto*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, pp. 1096 ss.

dessero ugualmente con una sentenza di condanna per omicidio colposo nei confronti dei datori di lavoro ivi imputati³⁹.

A tale esito la giurisprudenza è pervenuta ritenendo irrilevante il fatto che il mesotelioma pleurico fosse all'epoca una conseguenza imprevedibile dell'esposizione all'amianto, poiché anche in passato era comunque diffusa la consapevolezza che tale sostanza fosse nociva, essendo responsabile dell'insorgenza dell'asbestosi. Secondo questo orientamento giurisprudenziale, quindi, è irrilevante il fatto che la prima patologia sia letale e la seconda no, poiché ciò che conta è unicamente che in entrambi i casi l'insorgenza della malattia si verifichi attraverso la respirazione delle polveri d'amianto. E una simile consapevolezza sarebbe di per sé sufficiente a fondare la colpa dell'imprenditore, poiché dimostrerebbe come anche all'epoca dei fatti fosse pur sempre prevedibile che, esponendo i lavoratori a contatto con l'amianto, si sarebbe poi verificato un (generico!) *effetto dannoso per la salute*.

Anche il secondo esempio, relativo alla vicenda del Petrolchimico di Porto Marghera⁴⁰, appartiene al novero dei procedimenti per malattie professionali. In estrema sintesi, nell'ambito dell'attività produttiva i lavoratori erano esposti ad alcune sostanze nocive, fra cui il cloruro di vinile monomero (CVM). Occorre ricordare, però, come le conoscenze disponibili fino ai primi anni '70 dimostravano come il CVM fosse in grado di produrre talune patologie anche serie, ma dagli effetti non letali e comunque strettamente correlati alla perdurante esposizione a tale sostanza, mentre non vi era alcun accreditato studio circa effetti più gravi⁴¹. Solo a partire dal 1974, infatti, sarebbero emerse delle evidenze scientifiche consolidate circa gli effetti cancerogeni del CVM.

In base a questi elementi, il Tribunale di Venezia⁴² riteneva esenti da colpa gli imputati per i fatti verificatisi (*rectius* per le patologie tumorali contratte) prima

³⁹ Fra le molte, si vedano Cass. pen., sez. IV, 11 maggio 1998, Calamandrei, in *Foro it.*, 1999, pp. 236 ss.; Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2000, n. 5037, in *Foro it.*, 2001, pp. 278 ss.; Cass. pen., sez. IV, 22 novembre 2007, n. 5117, in *Guida dir.*, 2008, 10, pp. 91 ss.; Cass. pen., sez. IV, 12 settembre 2011, n. 33734, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 1018 ss.; Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2012, n. 24997, in *Foro it.*, 2012, pp. 517 ss.; Cass. pen., sez. IV, 30 novembre 2012, n. 46428, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2013, pp. 951 ss.; Cass. pen., sez. IV, 16 marzo 2015, n. 1128, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, pp. 1117 ss.

⁴⁰ Ci si riferisce alle sentenze d'appello e di cassazione. Cfr. Corte App. Venezia, 15 dicembre 2004, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 1670 ss., con nota di C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, pp. 1684 ss e Cass. pen., sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675, in *Foro it.*, 2007, pp. 550 ss., con note di R. GUARINIELLO, *Tumori professionali a Porto Marghera*, pp. 551 ss. e di D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., pp. 647 ss.

⁴¹ Più precisamente, a fine anni '60 erano disponibili taluni, isolati, studi sugli animali che ipotizzavano la cancerogenicità della sostanza. Maggiori informazioni sono rinvenibili nell'analitica ricostruzione contenuta in C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, cit., pp. 1688 ss. (spec. nota 13).

⁴² Tribunale di Venezia, 29 maggio 2002, in *Riv. giur. amb.*, 2003, pp. 119 ss., con nota di F. CENTONZE-F. D'ALESSANDRO, *La sentenza del Tribunale di Venezia sul petrolchimico di Porto Marghera*, pp. 156 ss.

del 1974, poiché le regole cautelari all'epoca vigenti non erano volte a prevenire l'insorgenza del cancro, bensì una serie di altre, meno gravi patologie⁴³. L'assunto veniva però ribaltato dalla sentenza d'appello, secondo la quale «una volta accertato in forza del modello causale [...] che una determinata condotta sia condizione necessaria di un determinato evento, ed una volta stabilito che quella condotta o viola specifiche norme prevenzionali o è comunque imprudente, negligente o imperita, si risponderà dell'evento di danno in qualsiasi modo, anche nella sua peculiarità non prevedibile, concretizzatosi»⁴⁴ e ancora «laddove è in capo all'agente che si impone la ricerca della prevedibilità dell'evento, ciò che occorre cercare è la mera rappresentabilità di un evento generico di danno alla vita o alla salute»⁴⁵.

Tali principi venivano sostanzialmente condivisi dalla Corte di cassazione, che infatti affermava «se via via nel tempo si scopre che una sostanza provoca malattie diverse non è possibile o addirittura probabile che ve ne siano ancora di non conosciute? E ciò non costituisce un presupposto della prevedibilità e un addebito di rimproverabilità della condotta di chi ignora questo pericolo? [...] Ma che agente modello è quello che sottopone altri all'esposizione ad una sostanza già riconosciuta (dalla legge!) come nociva anche se le conseguenze dell'esposizione non siano ancora tutte completamente note?»⁴⁶.

La poderosa distorsione del concetto tradizionale di colpa, a favore di una reinterpretazione chiaramente ispirata a istanze iperprecauzionistiche, già osservata nelle sentenze che precedono, raggiungeva però il culmine proprio nel settore della protezione civile, nel c.d. caso *Sarno*⁴⁷.

La vicenda in esame si riferisce al disastro che il 5 maggio 1998 colpiva il Comune campano, quando, a seguito di alcuni giorni di piogge intense, una serie di colate rapide di fango investiva l'abitato, cagionando il crollo di alcune costruzioni e provocando la morte di 137 persone.

⁴³ Per maggiori dettagli si vedano C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, cit., pp. 1688 ss.; G. CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio*, Torino, 2013, p. 129.

⁴⁴ Corte App. Venezia, 15 dicembre 2004, p. 723.

⁴⁵ Corte App. Venezia, 15 dicembre 2004, p. 724.

⁴⁶ Cass. pen., sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675.

⁴⁷ Più in particolare, il riferimento è ai principi stabiliti dalla Cassazione nel primo giudizio di legittimità, ossia in Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 82 ss., con nota di A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, pp. 101 ss. Per un'analisi critica di tale pronuncia si vedano D. CASTRINUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, pp. 36 ss. del dattiloscritto; G. CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio*, cit., pp. 138 ss. Sia consentito, inoltre, rinviare a D. AMATO, *Attività di protezione civile e responsabilità penale: criticità attuali e prospettive di riforma*, in questa *Rivista*, 2015, pp. 401 ss.

Il Sindaco della cittadina, accusato di omicidio colposo plurimo sostanzialmente per non aver tempestivamente provveduto all'evacuazione della popolazione, veniva tuttavia assolto, sia in primo grado, che in appello, poiché i giudici di merito avevano ritenuto come, in base alle conoscenze all'epoca disponibili e ai precedenti storici, l'evento non fosse prevedibile.

Tali decisioni sono state però annullate dalla Cassazione, la quale ha invece stabilito che «*il giudizio di prevedibilità non va infatti compiuto con riferimento a quanto è avvenuto in passato ma a quanto può avvenire in futuro nel senso che involge un giudizio di rappresentabilità di possibili, ulteriori e più gravi eventi dannosi*». E ancora «*il giudizio di prevedibilità andava compiuto tenendo certamente conto dell'esperienza del passato ma senza ignorare l'esistenza di una possibilità di evoluzione del fenomeno e ipotizzando quindi la più distruttiva ipotesi che potesse verificarsi o che il fenomeno disastroso poteva comportare*»⁴⁸.

Ora, cosa debba intendersi o quale funzione selettiva possa avere un criterio volto a imporre la previsione della “più distruttiva e catastrofica ipotesi che si possa immaginare” non è chiaro⁴⁹. D'altra parte, il riferimento al principio di precauzione – e alla relativa regola del *maximin* – è qui talmente esplicito che non è necessario dilungarsi oltre sul tema⁵⁰.

Concludendo, sul punto, tornano in mente le parole di un illustre Autore, che probabilmente avendo in mente proprio casi come quelli sin qui esposti, ha recentemente affermato che «*c'è da augurarsi che l'attività della protezione civile sia ben presto il settore a partire dal quale la giurisprudenza in materia di colpa si riscatti*»⁵¹.

Alla luce dei principi esposti nella sentenza *Grandi Rischi*, pare però di potersi affermare come tale aspettativa – almeno per ora – sia andata delusa...

4. *L'operatore del rischio in un sistema complesso. Fra colpe del singolo e responsabilità del sistema.* – Ultimata la breve analisi relativa ai fondamentali temi del nesso causale e della colpa, resta solo un profilo cui fare ancora un rapidissimo accenno, quale ulteriore spunto di riflessione.

Nella vicenda qui presa in esame, l'imputato si è trovato a gestire una situazione di rischio particolarmente complessa. Tale gravoso compito, tuttavia, non

⁴⁸ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, cit.

⁴⁹ A meno che, concedendosi una parentesi faceta, non si vogliano riprendere le ironiche parole di A. AMATO, *L'incertezza della scienza dei terremoti e il problema dei linguaggi: il caso del processo "Grandi rischi" a L'Aquila*, intervento al convegno *Processo alla scienza*, Padova, 28 maggio 2015 che, trasferendo tale criterio al settore sismico, ha affermato che «*il massimo terremoto credibile è qualcosa appena sotto il minimo terremoto incredibile*».

⁵⁰ Per un approfondimento della questione, nonché per i necessari rinvii dottrinali, sia consentito fare riferimento a quanto già affermato in D. AMATO, *Attività di protezione civile e responsabilità penale*, cit., pp. 402 ss.

⁵¹ F. GIUNTA, *Intervento al Convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Le responsabilità del Sistema e dei diversi attori nelle prospettive di riforma legislativa"*, Pisa, 2016, p. 45.

costituiva un dovere esclusivo del Vice Capo Dipartimento, bensì vedeva coinvolto a vario titolo un'ampia parte del Sistema di Protezione civile.

Il processo penale, per sua natura, ha però un'ottica alquanto ristretta, focalizzandosi sulle condotte degli imputati e dedicando una minore attenzione al contesto in cui si sono verificati i fatti o, più precisamente, a quegli errori che possono avere un'origine sistemica⁵².

Si allude, qui, innanzitutto alle dichiarazioni pronunciate dall'imputato in materia di "scarico di energia", ossia quella tesi che maggiormente avrebbe indotto una parte degli aquilani a modificare i propri comportamenti. Merita ricordare, allora, come tale teoria fosse stata sostenuta nelle settimane precedenti la riunione da parte di alcuni altri appartenenti al Servizio nazionale di protezione civile, tanto che anche l'allora Capo Dipartimento aveva affermato di essere convinto della sua correttezza⁵³.

Ebbene, dato ormai per assodato come tale teoria, oltre che priva di fondamento scientifico, fosse errata, non sfuggirà come il Sistema abbia prima contribuito all'errore dell'agente e, poi, non l'abbia aiutato ad avvedersene o comunque a porvi rimedio. Difatti, per quanto la tesi dello "scarico di energia" fosse stata menzionata nel corso della riunione del 31 marzo 2009, la stessa non veniva approfondita, né alcuno degli esperti presenti si era preoccupato di censurarla apertamente, così non consentendo a De Bernardinis di ritornare sui propri passi⁵⁴.

Non solo. Occorre altresì ricordare che delle numerose dichiarazioni rilasciate a margine della riunione la stampa diede risalto soprattutto a quelle dal contenuto più rassicurante – in alcuni casi presentandole anche in modo infedele⁵⁵ – e che la scossa letale si verificò una settimana dopo. Ciò posto, e sempre dando per scontato che qualsiasi forma di assicurazione fosse scorretta, si deve rilevare come il Sistema di protezione civile ben avrebbe potuto almeno tentare di arginare il fenomeno, per esempio tramite un comunicato stampa dal contenuto più neutro.

Come sappiamo, però, nulla di tutto ciò è avvenuto.

⁵² Cfr. F. GIUNTA, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio. Procedure, garanzie, responsabilità"*, Pisa, 2014, p. 74; B. SPRICIGO, *Un approccio "responsivo" per le ipotesi di illecito colposo in ambito medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 112. Contra A. PASTORE, *Intervento al convegno "La Protezione civile nella società del rischio: procedure, garanzie, responsabilità"*, cit., p. 41.

⁵³ Si veda quanto riportato in Corte d'Appello dell'Aquila, 6 febbraio 2015, n. 3317, cit., p. 185.

⁵⁴ Proprio valorizzando l'omessa censura della tesi dello scarico d'energia da parte dei sei esperti, C. VALBONESI, *Scienza sismica e responsabilità penale: riflessioni sul rimprovero per colpa a margine del processo dell'Aquila*, cit., p. 270, pp. 284 ss. ha ritenuto intrinsecamente contraddittoria la decisione di aver condannato De Bernardinis e assolto gli altri imputati.

⁵⁵ Il riferimento è, ovviamente, all'intervista televisiva rilasciata da De Bernardinis e trasmessa da un'emittente locale che, pur tenutasi prima della riunione, era stata invece presentata come successiva.

A fronte di una situazione siffatta, allora, non resta che chiedersi dove finiscano le responsabilità del singolo e dove incomincino quelle del sistema in cui ha operato⁵⁶.

5. *Le inappaganti soluzioni del diritto penale.* – Giunti al termine di questo intervento, si spera di aver dimostrato il perché l'esito consacrato dalla Cassazione alla vicenda in esame non convince, né pare una soluzione appagante. Seri dubbi, infatti, permangono sia per quanto attiene all'accertamento del nesso causale, sia in merito alla valutazione compiuta sul piano della colpa. Inoltre, il processo penale si conferma come un luogo inidoneo a cogliere appieno la complessità dell'agire in organizzazioni complesse, né costituisce uno stimolo per queste a prevenire il ripetersi di tali errori⁵⁷, se non – come peraltro meritoriamente avvenuto a seguito dei fatti in esame – su base esclusivamente volontaria⁵⁸.

Resta, in definitiva, irrisolto il dubbio che sull'epilogo finale di questa vicenda abbiano avuto un peso fondamentale esigenze di giustizia sostanziale, volte a fornire una qualche forma di ristoro, anche economico, alle vittime, senza però infierire troppo sull'imputato, cui è stata anzi riconosciuta una condotta caratterizzata da una colpa *lieve* e il beneficio della sospensione condizionale della pena.

Se così è, però, occorrerà riflettere ancora molto sugli strumenti che ci sono offerti dal diritto penale, perché fintato che verranno pronunciate sentenze di questo tipo non sembra – riprendendo le parole di un indimenticato Maestro – che si sia adeguatamente contemperata la protezione dell'innocente con la tutela delle vittime⁵⁹.

⁵⁶ Per un approfondimento circa l'origine degli errori sistemici si veda M. CATINO, *Da Chernobyl a Linate: Incidenti tecnologici o errori organizzativi?*, Milano, 2006, *passim*; ID., *Oltre l'errore umano. Per una teoria organizzativa degli incidenti nelle organizzazioni*, in *Giorn. it. nefr.*, 2009, pp. 110 ss. (spec. p. 113); ID., *Oltre l'errore umano. Per una teoria organizzativa degli incidenti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, pp. 915 ss. Con specifico riferimento al settore della protezione civile, v. F. D'ALESSANDRO, *Intervento al convegno "Protezione civile e responsabilità nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica"*, Pisa, 2013, pp. 21 ss.

⁵⁷ G. FORTI, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in M. Bertolino-G. Forti (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 672 parla di «scarsa o nulla effettività dei tradizionali strumenti sanzionatori di natura penale o civile [...] al cospetto di rischi "strutturali"».

⁵⁸ Occorre dare atto del fatto che il Dipartimento della Protezione Civile, a seguito dei fatti dell'Aquila, abbia dato inizio – attraverso una serie di iniziative multidisciplinari – a un serio percorso di riflessione su quanto avvenuto, volto all'apprendimento dagli errori commessi. Circa l'importanza delle attività di *self reporting* cfr. M. CATINO, *Miopia organizzativa. Problemi di razionalità e previsione nelle organizzazioni*, cit., *passim*; G. Forti-M. Catino-F. D'Alessandro-C. Mazzucato-G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010, p. 40.

⁵⁹ Il riferimento è, ovviamente al sottotitolo dell'opera di F. STELLA, *Giustizia e modernità*, più volte citata in questa relazione.

ROBERTO CALCINARI

IL FONDAMENTO DELLA COLPA NELLA SENTENZA “GRANDI RISCHI”:
PRONOSTICABILITÀ DEGLI EVENTI SISMICI TRA PROFEZIE DI SVENTURA
E DELICATI SISTEMI DI ALLERTA INFORMATIVA

1. *Introduzione.* – La vicenda umana e giudiziaria sul terremoto dell’Aquila è tornata di stringente attualità dopo i recenti eventi sismici che hanno colpito la dorsale appenninica a cavallo tra le regioni di Abruzzo, Lazio, Umbria e Marche.

Senza voler abusare di stilemi che ricorreranno, di frequente, nel prosieguo della trattazione, è, al momento, impossibile predire quali saranno gli sviluppi e gli esiti dei fascicoli d’indagine aperti da alcune fra le Procure territorialmente competenti.

L’esperienza maturata con la pronuncia “Grandi Rischi”¹ insegna, però, che, raramente, la verità processuale incontra le aspettative che il clamore mediatico ed il serrato dibattito dottrinale, inizialmente suscitati dalla tragicità degli accadimenti, lasciano intravedere.

Non si riscontrano, infatti, ad un esame più attento delle motivazioni, elementi di così sconvolgente novità sul terreno dell’imputazione colposa di eventi di danno in contesti di incertezza scientifica o, meglio, di oggettiva impossibilità predittiva.

La sentenza della Corte di Cassazione si pone in linea con un consolidato orientamento giurisprudenziale che, originariamente inaugurato in tema di prevedibilità dei rischi della cd. “post-modernità”² ed, in particolare, dei rischi da

¹ Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, consultabile, unitamente alle due pronunce di merito, su www.penalecontemporaneo.it.

² L’espressione ha assunto notorietà con l’opera del sociologo tedesco Ulrich Beck che, nel 1986, mise in luce come la civiltà moderna stesse vivendo un periodo di forte crisi, che dischiudeva ad una “seconda modernità”, così definita per sottolineare la soluzione di continuità con l’epoca antecedente. Sulle caratteristiche distintive di tale, nuova, era, v., appunto, 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. Invero, già qualche anno prima, il filosofo tedesco Hans Jonas ebbe ad elaborare una nuova etica per la civiltà tecnologica: il principio responsabilità. Sebbene la sua riflessione si concentri maggiormente sul tema morale, Jonas anticipa quelle problematiche che, più tardi, ispireranno l’opera del connazionale Ulrich Beck; v., JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, 1979, trad. it., *Il principio responsabilità. Un’etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990. Significativo sul tema anche il contributo del sociologo e filosofo polacco Zygmunt Bauman, cui si deve la suggestiva definizione “vita liquida” per sottolineare la precarietà e l’instabilità dell’attuale condizione umana, in bilico costante fra l’ambizione di esercitare un potere tecnico capace di “piegare” e “modellare” l’ordine naturale ed il desiderio di non esporsi alle gravi forme di rischio che sono, normalmente, connesse al progresso tecnologico: BAUMAN, *La società dell’incertezza*, Il Mulino, 1999; ID., *Vita liquida*, Laterza, 2008; ID., *Il disagio della postmodernità*, Mondadori, 2007. In tema, v., pure, LATOUR, *Politiche della natura. Per una democrazia delle scienze*, Milano, 2000.

esposizione professionali³, viene, oggi, progressivamente esteso ai giudizi per colpa aventi ad oggetto eventi megalici derivanti da calamità naturali⁴.

2. *Rischi della post-modernità e rischi da fenomeni naturali avversi: affinità e divergenze nel segno della professionalizzazione delle scienze.* – La generale indisponibilità di conoscenze scientifiche che, al momento del perfezionamento della condotta colposa, permettano di individuare origine, natura e *magnitudo* degli eventi lesivi funge da collante tra i rischi da progresso tecnologico, da una parte, e quello sismico o ambientale, dall'altra parte⁵.

In entrambi i casi, non si dispone di saperi sufficienti per delineare il meccanismo eziologico di produzione dell'evento e per isolare, almeno in parte, gli anelli di congiunzione causale che dal contatto con la sospetta fonte di pericolo o dalla sua attivazione conducono all'emersione del fenomeno avverso.

Lo stato d'iniziale ignoranza che avvolge i rischi della c.d. “seconda modernità” può, però, gradatamente dissolversi per l'affinamento dei saperi che segue alla manifestazione dei primi casi di danno.

Il rischio sismico o quello ambientale, invece, restano sostanzialmente immuni al fascino della ricerca, non essendo ancora possibile pronosticare se e quando si verificherà una scossa tellurica o un disastro idro-geologico⁶ né risultando che ri-

³ L'insorgenza di patologie gravi ed irreversibili per effetto del “contatto” tra lavoratore ed agenti tossici, nei luoghi di espletamento delle mansioni lavorative, costituisce una delle occasioni processuali più frequenti per toccare con mano le difficoltà probatorie introdotte dai rischi post-moderni nell'accertamento della causalità e della colpa. Con riferimento al caso paradigmatico delle “morti da amianto”, v., ad esempio, STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, *passim*; PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1483 e ss.; ID., *Esposizione ad amianto e tutela della salute: profili penalistici*, in *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, a cura di Montuschi-Insolera, Bologna, 2006, 32 e ss.; CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Aracne, 2012, 124 e ss.

⁴ Il *trait d'union* tra i due filoni giurisprudenziali pare essere rappresentato dalla pronuncia della Suprema Corte sul c.d. “disastro di Sarno”, di cui si dirà meglio in seguito. Intanto, v., Cass., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, pubblicata su: www.ambienteditorito.it.

⁵ Per un'approfondita disamina sul concetto di rischio nel diritto penale moderno, con dovizia di riferimenti, si rimanda a PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, *passim*. Occorre annotare che il concetto di rischio si differenzia da quello di pericolo perché, mentre l'uno predica la relazione causale tra un antecedente ed un evento in termini di generica possibilità, l'altro “qualifica” tale rapporto di consequenzialità richiamando leggi scientifiche o regolarità esperienziali di copertura, che attestano l'idoneità eziologica dell'antecedente e permettono di quantificare, in presenza di determinate condizioni, la frequenza di concretizzazione del nesso derivativo; sul tema, v., D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, 2012, 45 e ss.

⁶ Nel proprio sito, è lo stesso Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia ad ammettere che, in relazione alla previsione dei terremoti, è possibile elaborare solo stime approssimative, inidonee ad indicare data, luogo e *magnitudo* della futura scossa e che, come tali, «non possono essere

sorse economiche di entità proporzionale all'impegno strumentale ed umano, che sarebbero richiesti, vengano, almeno in Italia, destinate alla loro prevenzione⁷.

Il crescente *processo di professionalizzazione della scienza*⁸ gioca, a tal proposito, un ruolo fondamentale.

L'impiego di nuovi ritrovati e la diffusione di sistemi tecnologici d'avanguardia sono fonti di miglioramento per le condizioni di vita dei fruitori e di proventi economici per le imprese produttrici, l'immediata e tangibile evidenza dei quali induce a minimizzarne gli effetti collaterali, specie quando si consideri che si manifestano dopo lunghi ed asintomatici periodi di latenza.

Tanto più diffusa e radicata è la convinzione della bontà e dell'utilità di un prodotto, tanto maggiore sarà il suo consumo sul mercato; è interesse dell'impresa, allora, destinare parte dei profitti al settore della ricerca scientifica, con lo scopo, in una perversa "partita di giro", di enfatizzarne le proprietà positive e di escogitare cautele d'uso che ne riconducano i potenziali effetti indesiderati entro una probabilità d'insorgenza socialmente tollerabile a fronte degli innegabili vantaggi arrecati⁹.

Viceversa, il rischio sismico ed, in generale, quelli da calamità naturali, non godono dello stesso *appeal*.

In primo luogo, perché la loro concretizzazione produce conseguenze distruttive senza arrecare alcun apparente vantaggio; in secondo luogo, perché i costi per la prevenzione ricadono sulle istituzioni pubbliche e sulla collettività, non potendosi invocare, per la loro stessa origine, posizioni di garanzia e doveri di protezione in capo a soggetti privati, produttori dei beni che li veicolano.

La *diversa allocazione dei costi per la sicurezza* prelude ad una minore disponibilità di risorse per l'indagine e la sperimentazione e ad un diffuso disinteresse per le metodiche di protezione da fenomeni naturali avversi, quasi a rinverdire

utilizzate per dare un allarme alla popolazione»; fonte: www.ingv.it/ufficio-stampa/faq/terremoti/e-possibile-prevedere-i-terremoti.

⁷ Si rimanda, ad esempio, ai contenuti di un recente articolo apparso sul quotidiano "Sole 24 ore", da cui emerge come il governo giapponese destini parte importante della spesa pubblica alla ricerca ed alla prevenzione del rischio sismico. Cfr., CARRER, *Il metodo Giappone per la prevenzione*, 2016, disponibile su www.ilsole24ore.com.

⁸ Sulla professionalizzazione delle scienze, v. BECK, *La società del rischio*, cit., 75 e ss.. Un esame approfondito dei rapporti fra industria e mondo accademico, si trova, poi, in CENTONZE, *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1245 ss.

⁹ «La scienza, una volta professionalizzata, acquista una maggiore influenza nel tessuto sociale e produttivo, ma perde gran parte della sua autonomia. [...] Ne esce definitivamente travolto il mito (per vero fragile) della "neutralità della scienza", tanto che la ricerca scientifica mostra oggi tutta la sua carica di ambivalenza morale», PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004, 222 e ss.

una concezione primordiale e fatalistica secondo cui si tratterebbe di "accidenti" ingovernabili per le capacità umane¹⁰.

Gli scienziati tendono, dunque, ad operare al servizio di interessi privatistici ed a focalizzare l'attenzione conoscitiva sui rischi collegati al progresso tecnologico, perché più appetibili e redditizi.

Sebbene i risultati di tale sforzo scontino un fisiologico tasso di faziosità, dovuto alla provenienza dei fondi, essi presentano l'indubbio merito di 'sgrossare' e migliorare il corredo dei saperi riguardante l'eventuale idoneità lesiva di un determinato composto.

Il proliferare degli eventi avversi connessi alla diffusione di uno specifico fattore stimola, quindi, la ricerca delle cause ed incrementa il materiale d'indagine utile per l'elaborazione di ipotesi esplicative ed il raggiungimento di soluzioni cautelative.

Si formulano, di conseguenza, associazioni statistiche che predicano l'aumento di incidenza di un dato evento in relazione ad una categoria di soggetti esposti ad una sospetta fonte di rischio.

Il dato epidemiologico¹¹ che ne discende, per quanto incapace di svelare i meccanismi eziologici, può rivelarsi estremamente proficuo nella dimostrazione del nesso causale, soprattutto se è possibile ricostruire con precisione la storia clinica della vittima, escludere l'intervento di fattori di rischio alternativi ed ottenere la prova particolaristica del rapporto derivativo, tagliando la causalità astratta sul decorso concreto¹².

Tuttavia, i rischi da esposizioni professionali, a differenza di quello sismico o ambientale, non producono effetti immediati ma, come accennato, manifestano la

¹⁰ Per una dettagliata analisi in chiave sociologica del concetto di rischio e della sua evoluzione storica, v., LUPTON, *Il rischio. Percezioni, simboli, culture*, Bologna, 2003, *passim*.

¹¹ Per approfondimenti su obiettivi e caratteristiche degli studi epidemiologici, si rimanda a VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, Torino, 1990, *passim*. Per una disamina sui nodi problematici collegati al loro impiego in sede di verifica del nesso di causalità, v. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 253 e ss.; PIERGALLINI, *La regola dell'"oltre ragionevole dubbio" al banco di prova di un sistema di civil law*, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006: dai problemi di fondo a primi responsi costituzionali*, Giappichelli, 2007, 12 e ss.; ID., *Danno da prodotto e responsabilità penale* cit., 166 e ss., 226 e ss.

¹² Sulle difficoltà di fornire la prova del rapporto causale tra rischi propri della seconda modernità ed eventi di danno e sulle implicazioni che ciò comporta sul terreno dell'imputazione oggettiva dell'evento tipico, si rimanda a STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano 2002, 86; STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale*, cit., 426 e ss.; ID., *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità. La sentenza Orlando, la sentenza Loi, la sentenza Ubbiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 23 e ss.; ID., *Giustizia e modernità*, cit., *passim*; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale* cit., 140 e ss.; ID., *La regola dell'"oltre ragionevole dubbio"*, cit., 361 e ss.; MASERA, *Esposizione ad amianto e nesso causale: spunti di riflessione*, in *Il corriere del merito*, n. 11, 2005, 1186 e ss.

loro insidiosità dopo ragguardevoli periodi di latenza, che, alle volte, possono consistere in decenni.

Tale caratteristica complica l'accertamento della colpa perché la sfasatura diacronica tra il momento dell'inesco e l'emersione dell'effetto collaterale *posticipa la percezione di pericolosità della condotta inosservante* e preclude, data la natura *ex ante* dell'accertamento, quella retrodatazione dei saperi che sarebbe indispensabile per predicare, con congruo anticipo, la pronosticabilità dell'evento tipico.

Inoltre, il "vuoto predittivo" si ripercuote negativamente anche sulla possibilità di rintracciare un'efficace regola cautelare, che, inserendosi nel percorso deterministico dell'evento indesiderato, ne riduca la probabilità di riuscita entro limiti socialmente accettati.

Non solo l'impossibilità di anticipare per tempo la verifica del fenomeno lesivo ostacola la tempestiva predisposizione di presidi protettivi dell'integrità dei beni giuridici esposti, ma, pure, è difficile immaginare contenuto e ruolo della regola di cautela perché l'ignoranza delle cause scatenanti e dei meccanismi eziologici tramuta in scommessa qualsiasi tentativo di impedirne l'inesco o arrestarne il decorso.

La difficoltà nel provare la responsabilità colposa discende, pertanto, sia con riferimento ai rischi da esposizioni lavorative che a quello sismico o ambientale, dalla comune indisponibilità, all'epoca della condotta, di un substrato conoscitivo idoneo ad associare la verifica di effetti indesiderati, individuabili per *magnitudo* e natura, con lo svolgimento di una particolare attività produttiva o con la percezione di peculiari segnali fenomenici.

Va da sé che, per rendere praticabile la via dell'imputazione, è stato necessario introdurre significativi aggiustamenti sul versante dell'accertamento della prevedibilità e dell'evitabilità, i quali, nondimeno, hanno assunto caratteristiche differenti in ragione della tendenziale "indagabilità" dei primi rispetto ai secondi.

Quanto agli uni, si pone il problema di attribuire dignità di conoscenza scientifica, radicata e diffusa nel circolo di riferimento dell'agente, a teorie esplicative e misure di prevenzione che hanno assunto solidità epistemologica¹³ e credibilità salvifica solo in epoca successiva al tempo del fatto.

¹³ La conferma empirica della teoria proposta può ottenersi seguendo metodologie scientifiche differenti. I neopositivisti, fra cui Carnap ed Hempel, ritengono che una legge scientifica possa dirsi vera quando sia stata positivamente applicata ad un gran numero di casi e nessuno di questi abbia fornito un solo contro-esempio. Cfr., HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali*, Bologna, 1968; CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, Milano, 1971. Viceversa, Popper, ritiene che solo dal fallimento dei tentativi di "falsificazione" scaturirebbe il controllo empirico della soluzione formulata. V., POPPER, *La logica della scoperta scientifica*, Torino 1970, 22. Altra concezione epistemologica pretende, invece, che una teoria, per essere reputata credibile, oltre ad aver ricevuto un gran numero di conferme empiriche, e nessun contro-esempio, debba, pure, essere largamente condivisa dagli studiosi del settore. V., KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of

Con riguardo agli altri, si pone la questione di plasmare dal nulla forme cognitive surroganti la totale indisponibilità di conoscenze scientifiche, attribuendo valenza euristica a dati empirici ed esperenziali che sarebbero capaci, per un verso, di svelare un "profano" collegamento tra contesto storico e prossima insorgenza dell'evento di danno; per altro verso, di sollecitare l'adozione di cautele che, nell'immediatezza, valgano a contrastarne e comprimerne la devastante portata.

3. *La deformazione del modello ortodosso di accertamento della colpa in contesti di incertezza o di ignoranza scientifica.* – 3.1. *Le soluzioni sperimentate nel settore dei rischi da esposizioni professionali.* – Il paradigma classico di accertamento della colpa¹⁴, strutturato su giudizi di prevedibilità ed evitabilità ripetuti nel tempo, ancorati a regolarità scientifiche ed esperenziali note nel circolo sociale di riferimento del garante, entra, dunque, irrimediabilmente in crisi quando manca lo strumento euristico che svela la rischiosità di un prodotto, di un'attività o di un contesto storico, non potendosi, se non in difetto di qualsiasi forma di partecipazione soggettiva, accollare all'agente la causazione di effetti indesiderati in alcun modo pronosticabili.

La gravidanza e la portata delle conseguenze lesive che accomunano i rischi della "seconda modernità" a quelli da calamità naturali generano, però, pressanti istanze di ricerca e di punizione dei colpevoli, che promanano dal corpo sociale.

Denunciare l'inadeguatezza applicativa dell'armamentario penale, a fronte di eventi di danno megalici o di patologie infide e letali, avrebbe significato, allora, ammettere l'impotenza di quello che, nella percezione collettiva, è il più incisivo veicolo di controllo della devianza.

Si sono sperimentate, per converso, inizialmente nell'ambito dei rischi da esposizioni lavorative, soluzioni di semplificazione degli oneri probatori connessi all'accertamento della colpa, che hanno operato in una duplice direzione.

Da un lato, si è ampliato il bagaglio cognitivo dell'agente modello fino a ricomprendervi "embrioni di conoscenza" non ancora condivisi nel settore accademico né sottoposti ad un sufficiente numero di tentativi di falsificazione¹⁵.

Chicago Press, 1962, trad. it., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1969, 337. Una carrellata delle varie correnti epistemologiche si trova in STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 442 ss.

¹⁴ Su origine e funzione delle regole cautelari e sul modello ortodosso di accertamento della colpa, v. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, *passim*; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, *passim*; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, *passim*; CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, *passim*; ID., *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1096 e ss.

¹⁵ Ciò è avvenuto, per citare un caso esemplificativo, nella vicenda giudiziaria sul "Petrochimico di Marghera". A proposito, v., PIERGALLINI, *Il caso Marghera: vivisezione di un processo. Note illustrative e rilievi sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1670 e ss.

Ciò consente lo sfruttamento, in termini di prevedibilità, di conquiste cognitive intervenute a distanza di decenni dal momento di commissione della condotta colposa, arretrandosi la soglia d'ingresso di una conoscenza nel patrimonio no-mologico della *Massfigur* al punto da riconoscere fondatezza epistemologica a teorie sperimentali o a mere ipotesi esplicative.

Dall'altro lato, si è allargata a dismisura l'orbita predittiva attraverso una ri-descrizione in termini estremamente generici dell'evento¹⁶, che, privato dei contrassegni distintivi acquisiti con l'evoluzione dei saperi e con l'elaborazione di stime statistiche, viene, ora, ad identificarsi nell'ondivago, ma performante, concetto di "danno per la salute umana o ambientale".

Ne deriva che la pertinenza dei saperi al giudizio di prognosi postuma non è data dalla compatibilità, per *magnitudo* e natura, fra effetti avversi preventivabili *ex ante* e conseguenze lesive verificatesi in concreto; piuttosto, dalla mera predicabilità di un'indistinta pericolosità per il bene esposto e dalla coincidenza di specie tra lo stesso ed il bersaglio inizialmente ipotizzabile.

Il bagaglio cognitivo dell'agente modello viene, così, a comporsi di un *sapere massimamente esteso, che fa incetta di tutte le informazioni disponibili all'epoca del fatto, anche se inappropriate al caso specifico perché evocative di conseguenze dannose incomparabili con quelle riscontrate nell'evento.*

Ciò consente di superare le obiezioni d'irretroattività delle conquiste scientifiche raggiunte a decenni di distanza dal perfezionamento del contegno colposo, rendendo, al contempo, pronosticabili tipologie di rischio completamente ignorate all'epoca di commissione del fatto.

La possibilità di percepire la generica pericolosità della condotta inosservante, anche se veicolata da conoscenze relative ad effetti collaterali diversi da quelli manifestatisi in concreto, diviene, infatti, il "volano" per imputare qualsiasi evento di danno, perché sufficiente ad evocare quello spettro di imprecisati effetti nocivi per l'integrità del bene coinvolto che esaurisce il contenuto della prevedibilità.

La liquefazione dell'oggetto della prognosi, però, *svilisce la funzione selettiva del criterio di copertura del rischio tipico* ed il rimprovero per colpa finisce per comportare l'addebito di eventi derivanti da fonti di pericolo che, al tempo dell'inesco, non erano individuabili né qualificabili in relazione a natura ed intensità delle conseguenze.

Se tanto basta a stravolgere e svuotare di significato la tipicità colposa, aprendo a cadenze di addebito più affini ad una responsabilità di tipo oggettivo, che all'accertamento di un'effettiva partecipazione mentale del garante alla commissione del fatto, non va, tuttavia, dimenticato che la torsione applicativa del modello classico di accertamento investe anche il profilo dell'evitabilità.

¹⁶ Sulla nozione di evento nella tipicità colposa, v., GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 294 e ss.

Si rimprovera, in particolare, la mancata adozione di presidi preventivi frutto del progresso e della ricerca scientifica oppure, allo scopo di anestetizzare la dimensione diacronica degli avvenimenti, si pretende il ricorso a misure cautelari che, all'epoca dei fatti, non avevano ancora "permeato" il circolo sociale di riferimento dell'agente e che restavano, dunque, confinate ai settori più avanzati del mondo accademico.

Un simile aggiustamento dello *standard* di diligenza è conseguito attraverso un deciso irrigidimento dei doveri informativi della *Massfigur*, ora costretta a setacciare ogni angolo dell'ambiente accademico e scientifico per scovare i mezzi di cautela più innovativi e sofisticati¹⁷.

In questo modo, la figura di riferimento *trasmuta da esempio di efficienza cognitiva e preventiva*, testato su modelli di previsione ed evitabilità ripetuti nel tempo e diffusi nel settore imprenditoriale cui appartiene, a una sorta di "cavia" deputata a sperimentare la correttezza di una nuova ipotesi esplicativa e la funzionalità di apparati preventivi appena sforinati.

Si assiste, parallelamente, ad una *significativa esasperazione degli obblighi di aggiornamento* in capo a l'agente modello, così da poter predicare la conoscibilità e l'attuabilità di tecniche di salvaguardia consolidate solo posteriormente alla commissione della condotta colposa e per effetto di quell'affinamento delle conoscenze di cui si è ampiamente detto.

3.2. *Prevedibilità ed evitabilità delle catastrofi naturali: la valenza euristica dei cc.dd. "signa facti" nella sentenza di legittimità sul "disastro di Sarno"*. – Più di recente, la metamorfosi del giudizio per colpa ha investito l'imputazione di eventi di danno individuali derivanti da calamità naturali o da fenomeni geologici e tellurici.

Occorre, nondimeno, precisare che mentre con riferimento ai rischi da esposizioni lavorative, lo zelo di alleggerimento probatorio comporta la generalizzazione dell'oggetto della prevedibilità e l'*erosione del criterio di fondatezza epistemologica dei saperi* alla base del giudizio di prognosi postuma, con riguardo ai rischi da fenomeni naturali, implica la *depauperazione dello stesso pedigree scientifico delle singole componenti il bagaglio cognitivo del garante*, così da annoverarvi dati

¹⁷ Estremamente significativa, sul punto, si rivela la nota pronuncia della Suprema Corte nel caso del "Petrochimico di Marghera": «quanto all'apprezzamento del parametro della prevedibilità, con specifico riguardo alla individuazione del momento cui occorre fare riferimento per poter pretendere che l'agente riconoscesse i rischi della sua attività e i potenziali sviluppi lesivi, è da ritenere che l'agente abbia in proposito un obbligo di informazione in relazione alle più recenti acquisizioni scientifiche, anche se non ancora patrimonio comune ed anche se non applicate nel circolo di riferimento, a meno che si tratti di studi isolati ancora privi di conferma», Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, CED 00855 2006 4, 210 e ss.

di natura fattuale la cui efficacia prognostica e preventiva è tanto ipotetica quanto tratta dall'*olistica del contesto*, più che dal positivo esito di conferme sperimentali.

Questa *deformazione estrema del paradigma di accertamento dell'elemento soggettivo* si rende indispensabile data la *condizione di totale ignoranza predittiva che distingue il rischio sismico o idro-geologico da quelli della c.d. "post-modernità"*, la cui *potenziale indagabilità*, come segnalato, pone *problemi di pertinenza cronologica e contenutistica dei saperi e non già di preliminare reperibilità del materiale conoscitivo*.

L'assoluta carenza di substrato nomologico impone, dunque, di attingere alle uniche fonti d'informazione disponibili, conferendo dignità di conoscenza scientifica ad *indici di rischiosità di natura fenomenica*, l'idoneità euristica dei quali è, normalmente, *accentuata dall'esperienza personale e dalla memoria storica del garante*.

Simili cadenze argomentative avevano, fino alla vicenda giudiziaria sul terremoto dell'Aquila, trovato compiuta ed eclatante forma di espressione nella sentenza della Suprema Corte sul c.d. "disastro di Sarno"¹⁸.

Nell'occasione, il Collegio ha rovesciato il verdetto assolutorio raggiunto in entrambi i giudizi di merito, sostenendo che il sindaco della cittadina campana avrebbe dovuto prevedere le rapide e micidiali colate di fango che, staccatesi, dopo giorni di piogge torrenziali, dal sovrastante Pizzo D'Alvano, avevano investito il territorio comunale e provocato la morte di 137 persone.

Si è giunti a tali conclusioni applicando metodiche alternative di accertamento della colpa, ispirate da *un'impostazione propriamente precauzionale di gestione del rischio idro-geologico*¹⁹.

La preliminare costruzione della regola cautelare viene, infatti, sganciata dalla disponibilità di leggi scientifiche di copertura, per un verso, configurandosi un obbligo di intervento anche se sulla «pericolosità della condotta non vi sia *ex ante* pieno consenso della comunità scientifica»²⁰; per altro verso, fondando la capacità predittiva della *Massfigur*, non già sulla disponibilità di regolarità causali stati-

¹⁸ Cass., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, cit., 1 e ss. La vicenda è stata analizzata in chiave critica da CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in Grasso-Picotti-Sicurella, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, *passim*.

¹⁹ In via generale, su origine, contenuto e funzioni del principio di precauzione e sulla sua progressiva affermazione in ambito internazionale e comunitario, v. BASSAN, *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Aracne, 2003, *passim*; MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Cedam, 2004, *passim*; DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, *passim*; AA.VV., *Il principio di precauzione tra filosofia biodiritto e biopolitica*, a cura di Marini-Palazzani, Roma, 2008, *passim*.

²⁰ Cass., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, cit., 88.

stiche o universali²¹, bensì sulla *valenza sintomatica di congrui indizi fattuali, che tramandano un possibile peggioramento della situazione concreta*²².

Per questa via, il bagaglio conoscitivo dell'agente modello assume un contenuto prettamente empirico ed esperienziale, pretendendosi che il soggetto sfrutti "il vissuto" per trarre dalla situazione concreta una *proiezione di pericolosità che ne abbracci tutti gli sviluppi possibili*.

Ne deriva che *in presenza di una "rischiosità situazionale", accentuata dall'atipicità della "sintomatologia concreta"*, l'agente deve seguire una *strategia "max-min" di gestione dell'emergenza*²³, ventilando «la più distruttiva ipotesi che potesse verificarsi o che il fenomeno disastroso poteva comportare»²⁴ ed applicando «certe cautele anche se è dubbio che la mancata adozione provochi eventi dannosi»²⁵.

A nulla vale obiettare che l'evacuazione delle popolazioni residenti nelle zone interessate dalle "colate di fango" avrebbe comportato un enorme dispendio di energie umane e di risorse strutturali ed economiche, senza, contemporaneamente, assicurare apprezzabili *chances* di salvezza delle persone coinvolte.

La sensazione di emergenza, la confusione informativa e l'urgenza di intervenire avrebbero potuto, facilmente, tramutarsi in un incontrollabile attacco di panico, foriero di una tragedia di non trascurabili proporzioni.

L'imputazione dell'evento corre, così, sui binari di una *logica precauzionale*, che "penetra" il concetto di colpa fino a "rovesciarne" funzione e senso giuridico.

Non è la previsione di una cornice di rischi tipici a fondare il dovere di agire con prudenza; viceversa, è la presenza di *segnali fenomenici insoliti, inusuali, eccezionali rispetto a quelli registrati negli anni precedenti*, perché si manifestano «con dimensioni maggiori [...] e con conseguenze più pregiudizievoli in termini di viabilità e di invasione dei seminterrati e degli atri ad opera dell'acqua, dei de-

²¹ Sulla distinzione tra regolarità statistiche ed universali, v., PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 162 e ss.

²² Cass., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, cit., 91.

²³ SHRADER-FRECHETTE, *Risk and Rationality: Philosophical Foundations for Populist Reforms*, University of California Press, 1991, trad. it., *Valutare il rischio. Strategie e metodi di un approccio razionale*, Milano, 1993, *passim*; RAWLS, *A Theory of Justice*, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Milano, 1999, 137 ss.; ID., *Justice as Fairness. A Restatement*, trad. it., *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, 2002, 63.

²⁴ Cass., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, cit., 91.

²⁵ Cass., sez. IV, 3 maggio 2010, cit., 87. In dottrina, v., CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., 132 e ss., il quale definisce "analoghi" i modelli di accertamento della colpa elaborati dalla IV sezione penale della Corte di Cassazione nei casi del petrolchimico di Marghera e del disastro di Sarno. Anche nella vicenda giudiziaria sul petrolchimico è stata proposta una ricostruzione della colpa in chiave precauzionale. Per approfondimenti sul tema, v., PIERGALLINI, *Il caso Marghera: vivisezione di un processo*, cit., *passim*.

triti, del fango», a dover indurre il “garante” ad «ipotizzare le conseguenze più gravi del fenomeno ricorrente», non adagiandosi sulle esperienze del passato²⁶.

La *paranormale valenza predittiva* attribuita ai cc.dd. “*signa facti*” affranca l'imputazione per colpa dalla disponibilità di regolarità nomologiche, svuotando la misura della diligenza doverosa della componente normativa.

Una simile ricostruzione della colpa *snatura e tradisce la funzione modale della regola cautelare*²⁷, che non è più destinata a fronteggiare una classe di rischi tipici, attraverso l'imposizione di predeterminati schemi comportamentali, bensì costretta a confrontarsi con una categoria indistinta ed *ex ante* indeterminabile di effetti indesiderati²⁸.

L'imputazione soggettiva delle conseguenze lesive, in questo modo, finisce per appiattirsi sull'assunzione della “posizione di garanzia” e sulla “stanzialità” dell'agente, condizione favorevole per “decrittare” e fronteggiare situazioni di rischio che si ripresentano con storica ciclicità.

Nel caso in esame, la preventiva predisposizione di un piano di protezione civile comunale funge da “piedistallo normativo” necessario ad elevare l'addebito di responsabilità nei confronti del sindaco.

Il richiamo alla colpa generica completa il quadro dell'accertamento secondo un *paradigma di mero rischio* incentrato sulla presunta valenza predittiva dei cc.dd. “*signa facti*”. Da un lato, il riferimento all'art. 2087 c.c. segnala *l'inservibilità e l'inadeguatezza delle regole cautelari codificate*; dall'altro lato, “*copre l'eccezionalità e l'inevitabilità di una “calamità naturale senza precedenti”*”, ampliando la cornice di rischio in maniera sufficiente ad abbracciare la verifica di eventi lesivi non pronosticabili *ex ante*.

Il giudizio per colpa scade, così, in una *responsabilità di tipo oggettivo*, basata sulla *logica del versari*²⁹.

²⁶ Cass., sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, cit., 91, 92.

²⁷ Cfr., PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1696 e ss.

²⁸ Così, pure, CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., 143, per il quale «la regola cautelare doverosa subisce una “dilatazione contenutistica”, poiché l'incertezza impone di valutare tutte le conseguenze che, ragionevolmente, non si possono escludere *ex ante*».

²⁹ FORTI, “*Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*”, testo della relazione presentata al Convegno di studio, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata, su “*Il principio di precauzione nel diritto contemporaneo*”, Abbazia di Fiastra, 19-21 ottobre 2006, 23, 24. Analogamente, MARINUCCI, *La colpa*, cit., 267, 275, il quale rileva come il ravvisare nella mera «giustapposizione di una condotta colposa e dell'evento che ne è materialmente derivato, tutto quanto è necessario perché prenda vita un illecito colposo di evento» è espressione di un indirizzo volto all'estromissione dell'accadimento dal “campo d'azione” della colpa e, dunque, funzionale a ricondurre l'illecito colposo nella logica del *versari*.

4. *A proposito della sentenza “Grandi Rischi” della Corte di Cassazione.* – 4.1. *Vicenda storica e sviluppi giudiziari.* – Come noto, a partire dal dicembre 2008, il territorio del capoluogo abruzzese ed, in genere, gli attigui distretti dei Monti della Laga, dei Monti Reatini e del Gran Sasso, furono interessati da una lunga ed ininterrotta sequenza sismica, che, in un drammatico crescendo per frequenza ed intensità delle scosse, culminò, alle ore 3.32 della notte compresa tra il 5 ed il 6 aprile del 2009, in uno scuotimento di proporzioni disastrose, capace di far registrare, nel valore di picco, una magnitudo pari a 5.9 gradi della scala *Richter*³⁰.

La durata dello sciame sismico ed il moltiplicarsi nel tempo del numero e del vigore delle scosse avevano suscitato, già prima del 6 aprile, una sensazione dilagante di insicurezza e preoccupazione per i possibili sviluppi futuri del terremoto, che era stata rinfocolata dal rincorrersi di voci, diffuse anche a mezzo di altoparlanti collocati su vetture, secondo cui il continuo movimento del suolo avrebbe fatto da preludio ad una scossa di fortissima intensità.

In particolare, riscuotevano credito le funeste previsioni di un ricercatore locale, il quale sosteneva di poter pronosticare l'evoluzione della sequenza sismica attraverso la misurazione della quantità di gas radon presente sulla superficie della crosta terrestre³¹.

In un *contesto di estrema confusione informativa*, si era, così, deciso di convocare per il 31 marzo 2009, nella città dell'Aquila, una riunione della Commissione Nazionale per la Previsione e Prevenzione dei Grandi Rischi³², organo istituzionale composto da scienziati, sismologi, fisici ed esponenti di massimo grado della protezione civile nazionale, i quali avrebbero dovuto far chiarezza sull'origine, sulla pericolosità e sul potenziale andamento del drammatico fenomeno in corso, fornendo ai «cittadini abruzzesi tutte le informazioni disponibili alla comunità scientifica sull'attività sismica delle ultime settimane»³³.

Sia nel corso dell'incontro che a margine dello stesso, i membri della Commissione avevano diramato informazioni rassicuranti, non solo ricordando che *non*

³⁰ Fonte: <https://ingvterremoti.wordpress.com/>.

³¹ Si fa riferimento alla figura di Giampaolo Gioacchino Giuliani, ex tecnico dell'Istituto di Fisica dello Spazio Interplanetario, distaccato presso i Laboratori Nazionali del Gran Sasso, il quale, pochi giorni prima del sisma, aveva telefonicamente avvertito il sindaco della cittadina di Sulmona (AQ) che, a breve, vi si sarebbe verificato un terremoto di proporzioni disastrose. In verità, il comportamento del Giuliani venne tacciato dalla comunità degli studiosi di ingiustificato ed eccessivo allarmismo, criticandosi la fondatezza scientifica delle ipotesi di previsione degli eventi sismici basate sulla misurazione del *gas radon* presente in superficie avanzate dal ricercatore. Cfr., Corte di Cassazione, sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 52 e ss.

³² L'organizzazione ed i compiti della “Commissione Grandi Rischi” sono stati, inizialmente, definiti dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 7 ottobre 2011. Maggiori informazioni su www.protezionecivile.gov.it.

³³ Corte d'Appello dell'Aquila, 10 novembre 2014, n. 3317, 20 e ss., consultabile su www.penalecontemporaneo.it.

«è possibile fare previsioni sui terremoti» e che «qualunque previsione del genere non ha fondamento scientifico», ma, soprattutto, aggiungendo che «non c'è nessun motivo per cui si possa dire che una sequenza di scosse di bassa magnitudo possa essere considerata precursore di un forte evento»³⁴.

All'evidenza dei fatti, il contenuto di queste dichiarazioni si era rivelato inesatto.

Sebbene la scossa più forte abbia comportato il collasso, nella sola città dell'Aquila, di una percentuale di edifici in cemento armato inferiore all'1% dell'intero patrimonio edilizio³⁵, essa causò, nell'insieme, la morte di 308 persone ed il ferimento di circa 1.600 individui.

Inevitabilmente, poco meno di due anni più tardi³⁶, vennero tratti a giudizio davanti al Tribunale dell'Aquila, per omicidio e lesioni personali colpose, tutti i membri della Commissione Grandi Rischi, ipotizzando che avessero effettuato una *valutazione del rischio sismico generica, approssimativa e superficiale, sottostimando le probabilità di verificazione di una scossa tellurica di forte intensità nel territorio dell'aquilano*.

Nel dettaglio, si rimproverava agli imputati una *condotta commissiva d'indole comunicativa*, consistente nel rilascio di affermazioni rassicuranti e di informazioni incomplete ed imprecise, il tenore delle quali aveva *condizionato il comportamento delle vittime, inducendole ad abbandonare l'impiego delle consuetudini auto-protettive* fino ad allora adottate e a restare all'interno delle proprie abitazioni durante la nottata del 6 aprile 2009.

Nel giudizio di primo grado, i componenti della Commissione sono stati condannati alla pena di 6 anni di reclusione ciascuno³⁷.

Il verdetto di responsabilità è stato, poi, ribaltato in appello e circoscritto ad un unico imputato, il vice capo operativo della protezione civile nazionale. La Corte lo ha reputato colpevole di aver rilasciato, prima della riunione, un'intervista ad una nota emittente televisiva locale, e di aver diffuso *informazioni falsamente tranquillizzanti sulla possibile evoluzione del terremoto*, definendo "*favorevole*" lo sciame sismico in atto ormai da molti mesi, perché sintomatico di "*uno scarico di energia continuo*", e dichiarando che non vi era pericolo del verificarsi di scosse di forte intensità³⁸.

La Corte di Cassazione ha, infine, confermato l'esito del giudizio di gravame.

³⁴ Tribunale dell'Aquila, 22 ottobre 2012, n. 380, 1 e ss., anch'essa reperibile su *www.penale-contemporaneo.it*.

³⁵ Corte d'Appello dell'Aquila, cit., 19.

³⁶ Il decreto che dispone il giudizio fu emesso dal G.U.P. del Tribunale dell'Aquila il 25 maggio 2011.

³⁷ Tribunale dell'Aquila, 22 ottobre 2012, n. 380, cit., 1 e ss.

³⁸ Corte d'Appello dell'Aquila, 10 novembre 2014, n. 3317, cit., 1 e ss. Con specifico riferimento alla posizione dell'imputato, per il quale fu confermata la condanna di primo grado, v., *ibidem*, 233 e ss.

4.2. *Condotta comunicativa ed alterazione delle consuetudini auto-protettive individuali: brevi cenni sul nesso di causalità psichica.* – Sebbene il giudizio sull'elemento oggettivo non soffra, a differenza di quello per colpa, di delicati condizionamenti temporali connessi all'esigenza di datare i saperi, esso paga la peculiare ri-descrizione del fatto-reato, che, poggiando sulla sussistenza di un condizionamento mentale delle vittime per effetto della condotta comunicativa tenuta dagli imputati, impone l'accertamento di una *relazione causale immateriale ed evanescente*³⁹.

La difficoltà di provare il nesso di causalità non risente, dunque, nel caso concreto, dall'*endemica indisponibilità di leggi di copertura*, che associno peculiari fenomeni empirici alla prossima verifica di una scossa tellurica, piuttosto dipende dall'esigenza di spiegare *dinamiche di suggestione individuale estranee al funzionamento dei rapporti meccanicistici tipici delle scienze naturali*.

Va da sé che occorre far ricorso a *generalizzazioni di taglio esperenziale e sociologico*, le quali recepiscono ed inquadrano i contegni individuali entro schemi di comportamento osservati e ripetuti nel tempo, in presenza di specifiche condizioni fattuali ed in costanza di appartenenza ad una data categoria di soggetti.

Si pretende, insomma, che il lungo sciame sismico e la costante sensazione di incertezza avessero stimolato e consolidato nelle vittime l'adozione di *modalità auto-protettive tratte dal buon senso e dalla logica*, per cui si tende a trascorrere la notte all'aperto o, almeno, ad abbandonare la propria abitazione ed a rifugiarsi in luoghi non soggetti a collassi strutturali quando si comincia a percepire lo scuotimento.

Ecco, allora, la causalità risolversi nella capacità di dimostrare, per un verso, che alla condotta comunicativa seguì una *fatale deviazione dello standard comportamentale della vittima*; per altro verso, che tale alterazione non sia addebitabile a fattori alternativi, quali, ad esempio, le condizioni climatiche di quei giorni o il precario stato di salute dell'interessato⁴⁰.

Sotto il profilo squisitamente processuale, la prova del condizionamento individuale e della c.d. "*causalità negativa*" è ottenuta in via indiziaria⁴¹.

³⁹ Per una compiuta analisi del profilo della causalità, si rimanda a GALLUCCIO, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale. Nesso causale ed addebito di colpa nella sentenza "Grandi Rischi"*. Tribunale dell'Aquila, 22 ottobre 2012, n. 380, in *Diritto penale contemporaneo, Riv. Trim.*, 1, 2014, 190 e ss.; ID., *Comunicazione (scientifica) e responsabilità penale: riflessioni sulla causalità psichica a margine della sentenza "Grandi Rischi"*, in *Terremoti, comunicazione, diritto. Riflessioni sul processo alla "Commissione Grandi Rischi"*, a cura di Amato-Cerese-Galadini, Milano, 2015, 293 e ss.; NOTARO, *Nesso di causalità e colpa alla prova delle dinamiche incerte. Osservazioni a margine del processo sul terremoto dell'Aquila*, 2016, pubblicato su www.lalegislazionepenale.eu.

⁴⁰ Sulla prova della c.d. "*causalità negativa*", si rimanda a v., GALLUCCIO, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale*, cit., 201 e ss.

⁴¹ Cfr., Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 91 e ss.. Sul tema, v., ancora, GALLUCCIO, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale*, cit., 198 e ss..

I ricordi dei testimoni consentono di *ripercorrere a ritroso l'esistenza della vittima fino all'emersione dei primi segnali del rischio sismico*, risalenti al dicembre dell'anno precedente la tragedia⁴².

Si attestano, così, l'abitudine a dormire all'aperto od a lasciare la propria abitazione maturate a seguito delle continue scosse telluriche, l'interiorizzazione delle informazioni propalate dagli imputati dopo la riunione della Commissione e l'effetto rassicurante che ebbero sullo stato d'animo della vittima, il repentino cambio di comportamento e l'esclusione di altri motivi cui ricondurre la scelta di restare a casa durante la notte tra il 5 ed il 6 aprile 2009.

A tal proposito, rafforzano l'idea del condizionamento psichico sia la circostanza che la scossa più violenta fu preceduta, alle ore 22.48 ed alle ore 00.39, da due scosse di intensità minore, eppure chiaramente avvertibili da parte della popolazione⁴³; sia la natura della fonte da cui giungono le informazioni, la cui autorevolezza zittisce qualsiasi critica in ordine al fatto che ciascuno rielabora in maniera personale i messaggi ricevuti, essendo influenzato dalla cultura, dall'estrazione sociale e dalle proprie convinzioni etiche.

Il modello di accertamento della causalità ricalcherebbe, nelle intenzioni del Giudicante, quello coniato con riferimento ai rischi della c.d. post-modernità⁴⁴, vantando l'uso di associazioni statistiche che, a prescindere dalla probabilità di inferenza predicata, siano dotate di *credibilità epistemologica* e vengano "stagliate", all'esito di una puntuale ricostruzione della storia personale della vittima, sul decorso causale concreto, fornendone la *prova particolaristica*⁴⁵.

L'equivoco è nel presupporre che l'osservanza delle consuetudini autoprotettive individuali e il condizionamento mentale derivante dalla *colpa informativa* siano uniformi e non influenzati dall'*irriducibile complessità e diversità di ogni mente umana, costruendo generalizzazioni di stampo sociologico e camuffandole per leggi di copertura dotate di validità scientifica e di adeguata conferma sperimentale*⁴⁶.

Pare illusorio pretendere che l'astrazione delle singole dinamiche di comportamento entro modelli validi per tutti i soggetti risiedenti nell'area a rischio sismico possa sgombrare il campo da *ragionevoli dubbi in ordine all'eziologia della singola deviazione comportamentale*.

D'altronde, è la stessa *forza confondente dell'alluvione comunicativa*, cui furono sottoposti i cittadini delle aree colpite, che rende difficoltoso stabilire quante

⁴² Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 91 e ss.

⁴³ Cfr., GALLUCCIO, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale*, cit., 194.

⁴⁴ Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 74 e ss.

⁴⁵ La Corte richiama espressamente il metodo di accertamento della causalità sperimentato nella recente pronuncia a Sezioni Unite dell'aprile 2014 sul caso "Thyssenkrupp" ed in quella, più risalente, sul caso "Cozzini". Cfr., Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 74 e ss.; GALLUCCIO, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale*, cit., 200 e ss.

⁴⁶ V., GALLUCCIO, *Terremoto dell'Aquila e responsabilità penale*, cit., 200.

informazioni sul rischio sismico siano state recepite da ciascuno ed a quali, fra queste, sia stata attribuita una credibilità tale da influenzare, in modo determinante, il comportamento tenuto.

L'accertamento della causalità finisce per consistere, paradossalmente, in una complicata introspezione interiore, che quasi ne svilisce la natura di elemento oggettivo della fattispecie, esaltando, per contro, la discrezionalità dell'interprete.

Manca, infatti, quel *rapporto meccanicistico tra antecedente e susseguente*, la cui *evidenza fenomenica* consente di accantonare il *ruolo della capacità di autodeterminazione individuale*, riducendolo ad *esercizio di arbitrio* indefettibilmente subordinato all'*assenza di stratificazioni comportamentali sviluppatasi in un contesto storico d'emergenza*.

4.3. *Il giudizio per colpa e l'avallo di una responsabilità oggettiva fondata sul principio di precauzione.* – Sciolto il nodo causale, il Collegio rivolge le proprie attenzioni alla colpa.

In punto di prevedibilità dell'evento tipico, si sostiene che la soglia di credibilità razionale oltre la quale una conoscenza è sufficientemente attendibile da includersi nella piattaforma cognitiva dell'agente modello non è quella della certezza scientifica, né quella della probabilità qualificata dalla disponibilità di regolarità statistiche, dovendosi, piuttosto, attribuire significatività predittiva pure a *mere possibilità di verifica del danno*.

Ne deriva quell'erosione del fondamento scientifico dei saperi alla base della prognosi postuma, di cui si è detto in precedenza, che costituisce un passaggio obbligato per riempire di arnesi un bagaglio nomologico altrimenti sprovvisto di strumenti ermeneutici propri delle scienze naturali.

Si accredita, in tal guisa, la valenza euristica dei cc.dd. “*signa facti*”, ossia degli indici di pericolosità tratti dal contesto storico, i quali, nel caso concreto, vengono a coincidere con una serie di elementi empirici⁴⁷:

- lo sciame sismico in atto sul territorio sin dagli ultimi mesi dell'anno 2008;
- l'elevata rischiosità sismica del territorio del comune dell'Aquila e dei centri urbani limitrofi;
- la vulnerabilità del patrimonio edilizio locale, nota al garante per effetto della recente diffusione di un *report* della Protezione Civile⁴⁸;
- la storia sismica dell'aquilano cui non è estranea la verifica di eventi tellurici tanto devastanti.

Questi “*precursori del rischio sismico*” avrebbero dovuto indurre il garante a *non sottovalutare* il pericolo di verifica di un terremoto di proporzioni devastanti, specie in considerazione della sua esperienza professionale.

⁴⁷ Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 45.

⁴⁸ Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 57.

L'imputato «lungi dal vestire i panni del *quisque de populo* accidentalmente incaricato di svolgere una certa funzione [...] aveva già assunto, all'epoca dei fatti, la carica di Vice Capo Operativo della Protezione Civile e quella di facente funzione del Capo del Dipartimento»⁴⁹.

In ossequio a cadenze argomentative già sperimentate nella pronuncia sul “disastro di Sarno”, si richiede, dunque, la formulazione di una *prognosi “ad ampio spettro”, contenente tutti i possibili sviluppi futuri del fenomeno geologico in corso: dall'esaurimento “indolore” della sequenza sismica fino al verificarsi di una scossa distruttiva.*

Ne deriva un'elasticità della misura di cautela dovuta tale da snaturare la funzione modale e da agganciarne contenuto ed efficacia, rispettivamente, all'intuizione ed alla buona stella dell'imputato.

Compito dell'agente modello sarebbe, nello specifico, quello di mantenere costante il coefficiente sociale di tensione emotiva, di consolidare la “bassa” soglia di attivazione dei meccanismi di tutela dei singoli cittadini, di non alterare l'equilibrio funzionale delle cautele autoprotettive individuali: in sostanza, l'imputato non avrebbe dovuto escludere, in ottica prospettica, il *peggior scenario possibile* e, di conseguenza, avrebbe dovuto mantenere intatto il livello di allerta della popolazione⁵⁰, incoraggiando l'adozione di quei sistemi di salvaguardia frutto del buon senso e dell'esperienza.

Rileva, sotto questo profilo, la circostanza, di natura squisitamente fenomenica, che l'evento tipico fu preceduto, di alcune ore, da due scosse ben avvertibili, la percezione delle quali, a detta del Collegio, avrebbe, senza dubbio, indotto le vittime ad uscire dalle proprie abitazioni ed a trascorrere la notte all'aperto o in luoghi sicuri se non fossero state falsamente rassicurate dalle parole dell'imputato.

Come si vede, l'oggetto della prevedibilità non si appunta sull'evento tipico del reato di omicidio colposo, *da ri-descriversi come morte conseguente al collasso strutturale di edifici (sotto-evento intermedio) determinato da una forte scossa sismica*; piuttosto, si concentra sulla *condizionalibilità dei meccanismi autoprotettivi individuali* a causa di infondate assicurazioni, della cui efficacia l'autore avrebbe dovuto essere cosciente in ragione dei compiti informativi istituzionalmente affidati alla Protezione Civile in contesti di pericolo per la popolazione⁵¹.

Il rimprovero per colpa, per questa via, non poggia sull'omessa previsione e prevenzione degli eventi di danno e della loro *magnitudo*, quanto sulla mancata

⁴⁹ Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 66.

⁵⁰ Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 52, 54, 62, 94.

⁵¹ In tal senso, pare recuperarsi una dimensione soggettiva al rimprovero per colpa, stagliando la capacità predittiva del singolo sulle competenze specialistiche di cui è dotato. L'oggetto della prognosi resta, in ogni caso, estraneo all'evento *hic et nunc*, appuntandosi, quasi interamente, sulle dinamiche di comportamento della popolazione in contesti di forte tensione emotiva dettata dal continuo susseguirsi di scosse telluriche. V., Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 54 e ss.

percezione del pericolo «di un'inappropriata assicurazione della pubblica opinione rispetto a rischi collettivi in nessun modo superati o eliminati»⁵².

Si colgono, rispetto a quanto accade per gli effetti collaterali della post-modernità, un'estremizzazione del paradigma dell'incertezza⁵³ ed un deciso spostamento del baricentro della prevedibilità, che si accentra a tal punto sull'influenza della condotta informativa d'indole attiva da estromettere l'evento tipico dalla correlazione di rischio.

Del resto, il contegno colposo non si pone in contatto dialettico con l'evento morte per terremoto, semplicemente emarginato come non eccezionale per l'elevata rischiosità sismica del territorio aquilano⁵⁴, quanto con l'effetto tranquillizzante che le parole pronunciate avrebbero avuto sui destinatari del messaggio.

L'indecifrabilità e l'ineluttabilità del rischio divengono, paradossalmente, fondamento dell'addebito per colpa, perché impongono l'adozione di un comportamento di massima cautela e prudenza, che viene a coincidere, in una sorta di circolo vizioso, con il compito di "foraggiare" la preoccupazione e l'ansia dei cittadini, «rifuggendo dall'adozione di comportamenti ingiustificatamente consolatori e rassicuranti, tali da incidere negativamente sull'apporto collaborativo degli stessi»⁵⁵.

L'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito riposa, per contro, su di una causalità di stampo eminentemente psicologico, che si affida ad un ragionamento di tipo altamente presuntivo.

L'intervista del singolo, rilasciata prima della riunione della Commissione Grandi Rischi ed in un contesto di *babele informativa*, sarebbe valsa a modificare modelli di comportamento tanto radicati e ripetuti nel tempo da venire definiti "consuetudinari", spingendo le vittime a restare all'interno delle proprie abitazioni nonostante le prime avvisaglie del sisma.

Invero, il richiamo all'autorevolezza della fonte e la presunta diversità di comportamento delle vittime, riscontrata dai testimoni, bastano ad "anestetizzare" la cifra di congetturalità naturalmente insista nel rapporto derivativo di natura psichica, sostenendosi che, a causa di una assicurazione fornita in una ridda di voci

⁵² Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 52.

⁵³ Cfr., PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa*, cit., 1684 e ss.

⁵⁴ Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 46.

⁵⁵ Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 52, 65. Paradossale annotare come gli estremi della condotta osservante vengano, per alcuni versi, a coincidere con le "allarmistiche pro palazioni" e "stravaganti" iniziative intraprese, in epoca contestuale ai fatti, dall'ex tecnico dell'Istituto di Fisica dello Spazio Interplanetario, distaccato presso i Laboratori Nazionali del Gran Sasso, Giampaolo Gioacchino Giuliani. Fra queste, si ricordi che Giuliani, pochi giorni prima del sisma, aveva telefonicamente avvertito il sindaco della cittadina di Sulmona (AQ) che, a breve, vi si sarebbe verificato un terremoto di proporzioni disastrose. A proposito, v., pure, quanto riportato nel par. 4.1. del presente lavoro.

contrastanti, siano diffusamente mutate abitudini autoprotettive consolidatesi durante mesi di continua tensione emotiva⁵⁶.

L'accertamento della colpa corre, così, secondo un copione già scritto, attraverso i binari di una strategia squisitamente precauzionale di gestione del rischio, nell'accezione radicale definita "max/min"⁵⁷: quanto più è incerta la verifica di un evento lesivo, tanto più incisiva ed "avvolgente" di tutte le possibili declinazioni del rischio deve essere la misura di diligenza dovuta.

All'agente non viene contestata l'inosservanza di regole cautelari codificate, perché la normativa sui ruoli e sulle funzioni della protezione civile, inizialmente evocata nei giudizi di merito, si rivela inservibile e non pertinente rispetto al tipo di rischio concretizzatosi nell'evento⁵⁸.

Si ricorre, giocoforza, alla *colpa generica*⁵⁹, vale a dire alle eterogenee categorie dell'imprudenza e della negligenza, la cui fisiologica flessibilità ben si presta a "coprire" l'eccezionalità e l'inevitabilità di una calamità naturale senza precedenti, ampliando la cornice di rischio in maniera sufficiente ad abbracciare la verifica di eventi lesivi non pronosticabili *ex ante*.

*Il giudizio per colpa scade in una responsabilità di tipo oggettivo, che prescinde da qualsiasi forma di partecipazione psichica alla commissione del fatto e che muove dalla sola posizione di garanzia ricoperta dall'imputato*⁶⁰.

5. *Conclusioni.* – Ad esaminare attentamente le movenze processuali e le conclusioni raggiunte nel giudizio in esame, risulta che l'accertamento della colpa paghi pegno all'ottica retrospettiva che, in generale, caratterizza l'opera di ricerca della verità processuale e, nella specie, assicura la partecipazione psicologica dell'agente alla commissione del fatto.

⁵⁶ Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 91 e ss.

⁵⁷ RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., 137 ss.; ID., *Justice as Fairness*, cit., 63. Per una disamina dei complessi rapporti tra logica precauzionale, gestione del rischio e ricadute penalistiche, si rimanda a RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Paliero-Dolcini, Milano, 2006, *passim*; PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit., *passim*; PIERGALLINI, *Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale*, in Donini-Pavarini (a cura di), *Sicurezza e Diritto Penale*, Bologna, 2011, 358; CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., *passim*; ID., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit.; MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole? Funzioni e limiti del principio di precauzione de iure condito e condendo*, 2011, *passim*, pubblicato su www.penalecontemporaneo.it; CORN, *Il principio di precauzione nel Diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013, *passim*.

⁵⁸ Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 137 e ss.

⁵⁹ Cass., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., 61 e ss.

⁶⁰ Un'ampia panoramica sul tema, specie con riguardo ai "correttivi" introdotti dalla giurisprudenza con l'intento di giungere all'imputazione oggettiva dell'evento nelle "morti da amianto", è offerta da STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale*, cit., 379 e ss.

Volgere a ritroso lo sguardo per determinare lo stato delle conoscenze in relazione alla prevedibilità del rischio sismico significa prendere atto dell'oggettiva impossibilità di predirne la *magnitudo* ed il momento di concretizzazione in scuotimento tellurico.

Questa *endemica condizione di incertezza scientifica* rende impraticabile la strada della retrodatazione dei saperi e dell'approssimazione dell'oggetto della prevedibilità, già sperimentate con dubbio successo nell'emisfero dei rischi da esposizioni professionali.

Non resta che affidarsi all'*olistica del contesto*, facendo leva sulla ciclicità storica con cui gli eventi simili si ripetono in determinate aree e sulla stanzialità del garante, la cui immedesimazione nel territorio assicura quella relazione di prossimità con la fonte di rischio in cui si esaurisce la capacità di predirne la rinnovata attivazione.

L'estremizzazione del paradigma dell'incertezza nell'accertamento della colpa si coglie anche sul versante dell'evitabilità.

La carenza di un corredo nomologico impone di plasmare *ex novo* strumenti di cautela a contenuto, generalmente, comunicativo.

Si pretende che il garante attivi sistemi di allerta informativa, così da mantenere costante il coefficiente di tensione collettiva idoneo a stimolare il ricorso a consuetudini auto-protettive individuali.

Il filo conduttore di tali soluzioni è rappresentato dal *principio di precauzione*, che *trasmuta la natura cautelare della regola di diligenza in cautelativa, privandola di efficace funzione modale*.

È nell'irriducibile incompatibilità tra *responsabilità per il da farsi*, propria della logica precauzionale, ed accertamento retrospettivo, tipico del modello classico di accertamento della colpa, che risiede, tuttavia, l'insanabile impossibilità di impiegare l'uno per adattare l'altro alle peculiari modalità di concretizzazione del rischio sismico.

DOMENICO NOTARO

COLPA INFORMATIVA E CAUTELE AUTOPROTETTIVE: QUALE REAZIONE PENALE ALLE INEFFICIENZE ORGANIZZATIVE?

1. *La definizione della regola cautelare di fronte al rischio*. – La sentenza della Corte di cassazione¹, che ha chiuso la vicenda riguardante gli esperti della Com-

¹ Cass. Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, in *www.penalecontemporaneo.it*. Per un suo primo commento, v. L. RISICATO, *Colpa e comunicazione sociale del rischio sismico tra regole cautelari "aperte" e causalità psichica*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1227 ss.

missione Grandi Rischi (C.G.R.), imputati di non avere avvertito la popolazione del (possibile) rischio di terremoti in occasione del sisma occorso a L'Aquila il 6 aprile 2009, conferma, suo malgrado, una certa inanità degli sforzi di affidare al diritto penale il compito di inquadrare dinamiche, pur produttive di eventi di rilevante portata offensiva, ma risalenti a collettive forme di disorganizzazione: dinamiche che maturano nell'ambito di catene "procedimentali" di incombenze complementari e che si sviluppano lungo sequenze di accadimenti, per le quali, in definitiva, più difficile risulta rinvenire estremi di reato da imputare a *singoli* individui². Eppure, strenua è stata la ricerca dei presupposti di affermazione della responsabilità penale degli imputati in quel medesimo processo; e la stessa Cassazione ha infine ritenuto esistenti le condizioni per addossare all'autore di una condotta informativa (il vice capo della Protezione civile) la responsabilità colposa per la morte e le lesioni personali di talune delle vittime del terremoto. Questa sentenza, d'altronde, considerati i suoi percorsi argomentativi, non rappresenta un arresto singolare, inscrivendosi, piuttosto, in un orientamento giurisprudenziale che da tempo esprime una tendenza a deformare i lineamenti tipici dei reati colposi di evento, così da estenderne il raggio di operatività³.

In verità, oltre ai temi della colpa, la vicenda ha posto anche importanti problemi di accertamento del nesso causale⁴. Ma pure limitandosi all'indagine sull'elemento soggettivo, la sentenza affronta questioni centrali alle quali cerca di dare una sistemazione, ricomponendo quanto più possibile (ma senza grande successo) i fili di precedenti enunciazioni, nell'intento di sottrarsi all'obiezione di non rispettare i canoni tipici dell'imputazione colposa. Testimoniano di questo sforzo, anzitutto, le precisazioni effettuate dal Supremo Collegio per distinguere le regole cautelari dalle regole precauzionali, nella consapevolezza che solo le prime possono costituire presupposto per il rimprovero colposo⁵.

Senonché, precisare che la regola cautelare definisce la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento «in un ben determinato e definito contesto di rischio» – mentre la regola precauzionale opererebbe in ambiti di assoluta incertezza e di assenza di elementi per spiegare la possibile verifica di accadimenti –, lungi

² Di recente, G. DE VERO, *Il nesso causale e il diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 695.

³ Se ne doleva già C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazioni per colpa. Prove tecniche del diritto penale del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1494; ma v. anche gli Autori cit. nella nt. 10.

⁴ Sia consentito rinviare in argomento a quanto osservato in D. NOTARO, "A ciascuno il suo": nesso di causalità e colpa in materia penale fra scienza, ragione ed emozione, in *Corr. giur.*, 2013, pp. 531 ss.; ID., *Scientists and Earthquake Risk Prediction: "Ordinary" Liability in an Extraordinary Case?*, in *European Journal of Risk and Regulation*, 2014, pp. 159 ss.

⁵ Per tutti, C. PIERGALLINI, *La regola dell'«oltre ragionevole dubbio» al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 637 s.

dall'individuare un discrimine affidabile, prelude, in realtà, ad una "flessibilizzazione" dei lineamenti della fattispecie⁶, una volta che la «prevedibilità rilevante ai fini della costruzione della norma cautelare chieda di essere ancorata [...] alla possibilità (concreta e non ipotetica) che la condotta possa determinare l'evento». Non si ha difficoltà a riconoscere in questo passaggio un precipitato della nota pronuncia intervenuta nel 2006 sul caso di Porto Marghera⁷. Già in quella occasione la Corte di legittimità ebbe ad affermare che la regola cautelare si accontenta della prospettazione della mera possibilità di verifica dell'evento⁸; e sempre in quell'occasione la S.C. ricomprese nel raggio di prevedibilità dell'evento anche le dinamiche spiegabili in forza delle conoscenze più recenti e innovative, quantunque non ancora patrimonio comune e non ancora applicate, a meno che quelle si debbano a «studi isolati ancora privi di conferma»⁹.

Senonché, una simile ricostruzione dei contenuti della regola cautelare ha sollevato ben note critiche, a cominciare dalla reale difficoltà di sceverare le situazioni di rischio incerto – ma pur sempre delineato da ricerche serie e fondate, ancorché non ancora patrimonio comune – dalle situazioni di rischio profilate da «studi isolati e privi di conferma»¹⁰. Proprio su questo aspetto sembra destinato a infrangersi il tentativo di *actio finium regundorum* intrapreso dalla Corte di cassazione nella sentenza in esame: se è vero che la materia trattata dagli imputati è di quelle in cui è altamente controversa (se non del tutto carente) la conoscenza

⁶ 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. 422.

⁷ Ne conviene L. RISICATO, *op. cit.*, p. 1229.

⁸ Cass. Sez. IV, 17 maggio 2006, Bartolini, in *Foro it.*, 2007, II, c. 550, con nota di R. GUARINIELLO, e in *www.petrochimico.it*. Per un'analisi dei profili colposi trattati in quella pronuncia sia consentito rinviare a D. NOTARO, *Il caso del Petrochimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e colpa*, in L. FOFFANI-D. CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia*, II, *Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp)*, Bologna, 2015, pp. 51 ss.

⁹ Appunto per la S.C. «il rischio diviene concreto quando – sia pure in base a ricerche non ancora complete o prive di requisiti di generale applicabilità o anche soltanto in base a serie generalizzazioni empiriche – viene individuata la possibilità dell'idoneità lesiva di una condotta commissiva od omissiva che dunque diviene prevedibile». Sul punto C. BRUSCO, *Brevi considerazioni sulla prevedibilità dell'evento nel reato colposo*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010, pp. 493 s.

¹⁰ Cfr., fra gli altri, C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 1700 s.; V. ATTILI, *L'agente modello «nell'era della complessità». Tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1257; D. PETRINI, *Rischi di responsabilità oggettiva nell'accertamento della colpa del datore di lavoro e dei dirigenti*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio*, cit., p. 304; G. DE SANCTIS, *Violazione della regola cautelare formalizzata e prevedibilità/evitabilità dell'evento alla luce di alcuni recenti arresti della IV Sezione penale della Suprema Corte di cassazione*, in *Riv. pen.*, 2011, p. 1112.

scientifiche delle dinamiche che sovrintendono agli eventi, non sembra possa darsi alternativa alla esistenza di cognizioni ancora in via di sperimentazione e bisogno di conferma. Prova ne sono, da un lato, le difficoltà che hanno incontrato i giudici nel definire lo stato delle conoscenze cui ricondurre le prescrizioni cautelari rivolte agli imputati nel processo a L'Aquila¹¹, e, dall'altro, l'affermazione, compiuta dalla Corte di appello abruzzese e dalla Corte di cassazione stessa, della sostanziale correttezza dell'operato della C.G.R. che si è pronunciata a suo tempo per la *non prevedibilità* del sisma occorso nel 2009.

L'estensione del patrimonio di conoscenze tecnico-scientifiche, mediante cui riempire di contenuti il profilo di prevedibilità dell'evento, frustra, dunque, l'obiettivo di delimitare il campo delle regole cautelari. Con l'aprire tali regole al raggio di operatività dei saperi incerti, i soggetti da esse coinvolti sono indotti a tenere conto altresì delle ipotesi di verificabilità fumose ed opinabili – nella misura in cui queste non siano escludibili –, della cui occasionale concretizzazione essere pronti a farsi carico. Un simile contesto di azione, in definitiva, condurrebbe a richiamare l'agente ad assumere un atteggiamento ultra-prudenziale di stampo "precauzionale"¹², proteso ad intervenire senza preoccuparsi di sapere preventivamente che cosa sia necessario fare per affrontare *efficacemente* il rischio e a fronte del quale sarebbe vano chiedere poi al giudice di verificare in concreto i margini di "evitabilità altrimenti" dell'evento occorso.

In questo *milieu* "culturale" potrebbe non bastare, allora, la "presa di distanze" (quantunque importante) che, in tema di costruzione dell'agente modello, la sentenza in esame stabilisce rispetto ad altro noto precedente della Corte di cassazione, intervenuto in relazione al disastro franoso di Sarno capitato nel 1998. In quell'occasione, com'è risaputo, la Suprema Corte¹³ aveva chiamato l'agente (modello) ad adeguare la propria condotta alla nefasta prospettiva di ogni eventuale «possibilità di evoluzione del fenomeno e ipotizzando quindi la più distruttiva ipotesi che potesse verificarsi o che il fenomeno disastroso poteva comportare»¹⁴. La Corte di cassazione riconsidera adesso la fondatezza di quella acquisi-

¹¹ Al riguardo sia consentito rinviare a D. NOTARO, *Nesso di causalità e colpa alla prova delle dinamiche "incerte". Osservazioni a margine del processo sul terremoto dell'Aquila*, in *Leg. pen. (www.laegislazionepenale.eu*, 29 gennaio 2016), pp. 20 ss.

¹² F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1226; ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in AA.VV., *Reato colposo e modelli di responsabilità penale. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, 2013, p. 75; A. MASSARO, «Concretizzazione del rischio» e *prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 18 s.

¹³ Cass. Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 16761, in *Foro it.*, 2011, II, c. 482.

¹⁴ «L'agente modello in una situazione quale quella descritta è quello in grado di ipotizzare le conseguenze più gravi di un fenomeno ricorrente; non quello che si adagia su esperienze precedenti senza che esistano elementi di conoscenza che consentano di escludere che i fenomeni possano

zione¹⁵, effettivamente ardata nella sua strutturazione a principio, addivenendo a sancire – se non un vero e proprio *revirement* – certo una puntualizzazione degna di approvazione: si stabilisce, infatti, adesso, che la prevedibilità di eventi disastrosi da parte dei soggetti deputati a fronteggiarli, conosce dei limiti, almeno quanto alla *portata distruttiva* della tipologia di eventi prevenibili dall'agente modello con l'adozione delle opportune cautele.

Nondimeno, come si diceva, l'abbandono del richiamo al “peggior scenario possibile di rischio”, quale evenienza di riferimento per elaborare l'agente modello, potrebbe non bastare ad allineare i contenuti della regola cautelare a parametri personalistici di affermazione della responsabilità. È chiaro, infatti, come la definizione dei limiti di prevedibilità degli eventi lesivi rischi comunque di essere messa in discussione dall'allargamento dei parametri di conoscenza utilizzabili, a comprendere anche le acquisizioni scientifiche (o di esperienza) ancora in via di consolidamento. A un tale allargamento addivene anche la recente S.C. laddove essa afferma che la regola cautelare può fondarsi su una relazione di prevedibilità dell'evento, intesa come mera possibilità ricavata da elementi dotati «solo di consistenza empirica e non scientifica». Per la Corte sarebbero insomma i *signa facti*, cioè i c.d. segnali di allarme, a rappresentare il perno per individuare la condotta cauta da tenersi nel caso concreto¹⁶.

Sennonché, la considerazione di tali elementi rimanda ad aspetti ulteriori che richiedono di essere messi a fuoco e chiariti. Come può dirsi che i *signa facti* asurgano a rilievo per valutare la condotta dell'imputato, se non si definisce preventivamente il “circolo di rapporti” cui appartiene il soggetto agente ai fini della individuazione del modello di comportamento virtuoso e della sua capacità di avvertire quei segnali? E come stabilire, prima ancora, che le circostanze di fatto emergenti rappresentino segnali di allarme riconoscibili dall'agente avveduto, se

avere carattere di maggior gravità». A tale principio aveva fatto riferimento anche Cass. Sez. III, 27 gennaio 2010, n. 24732, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3790, relativa al crollo di una scuola elementare a San Giuliano di Puglia avvenuto nel 2002 a seguito di scossa sismica.

¹⁵ Al riguardo Cass. Sez. IV, 24 marzo 2016, cit., p. 148, osserva infatti che l'assunto del dovere degli esperti di considerare “il peggiore scenario immaginabile” «rappresenta l'antitesi dell'idea stessa dell'analisi dei rischi; se davvero l'interpretazione dei fattori di rischio, nella loro epifania congiunturale, dovesse essere informata ad un simile principio, neppure vi sarebbe necessità di una “valutazione dei rischi”, perché il criterio di individuazione della misura preventiva sarebbe *ipso facto* disponibile».

¹⁶ Segnali che la Corte rinviene nel ripetersi dei fenomeni sismici in atto in quel periodo e nella riconosciuta elevata sismicità del territorio aquilano: in forza di questi, per la Corte, i risultati di una riduzione della soglia di attenzione della popolazione di fronte al rischio sismico si profilavano «concretamente prevedibili come possibili nella loro sufficiente specificità, benché di non certa verifica e non del tutto spiegabili *ex ante* sotto il profilo dei relativi meccanismi causali di produzione».

le conoscenze universalmente disponibili rendono controversa origine ed eziologia dei fenomeni considerati?

Per quanto tali domande debbano confrontarsi con il diverso ruolo professionale rivestito dagli imputati – tema al quale si rivolge utilmente la sentenza ed a cui è dedicato il prossimo paragrafo – e siano quindi suscettibili di ricevere risposte differenziate, esse non sembrano comunque poter esitare in una soluzione positiva, dal momento che il profilo della prevedibilità dell'evento, in linea di principio, non può prescindere dal corretto inquadramento delle nozioni nomologiche utilizzabili in giudizio. È dunque dal corretto ingresso delle acquisizioni scientifiche nel processo – e dalla loro attenta delimitazione da parte del decidente – che finisce per dipendere anche l'individuazione degli «elementi di indagine dotati di adeguata concretezza e affidabilità», a loro volta propedeutici alla elaborazione di una regola di cautela dal tenore non meramente precauzionale.

2. *Le cautele operanti per l'attività di valutazione e per l'attività di comunicazione del rischio.* – Un ulteriore punto di crisi della ricostruzione dell'addebito colposo, condotta dai giudici nel processo in questione, attiene all'identificazione dell'evento oggetto di prevenzione ad opera della regola cautelare. Al riguardo, la Corte di cassazione afferma che non si può prescindere da un minimo grado di generalizzazione dei lineamenti dell'evento, che implichi tuttavia anche la considerazione dello *svolgimento* causale del fatto concretamente verificatosi, cioè del modo con cui esso si produce. L'affermazione intende superare l'orientamento (incarnato ancora dalla sentenza del 2006 sul caso di Porto Marghera) che riteneva che l'evento potesse identificarsi anche solo per il tipo di lesione, a prescindere dalla maniera con cui esso si manifesta¹⁷. Sennonché, rimane impregiudicata la questione del grado di generalizzazione dello svolgimento causale richiesto per delineare i contorni dell'evento prevedibile e prevenibile. A tal scopo la Corte ritiene sufficiente la predeterminabilità della dinamica eziologica «nelle sue linee essenziali»; ma, a ben vedere, una tale puntualizzazione non garantisce una adeguata selezione del requisito, come dimostra la circostanza che pure nella vicenda in esame la ricostruzione della condizione di rischio imputabile all'autore di una condotta informativa, sconta un certo tasso di creatività giudiziale, rispetto a quanto evincibile dai riferimenti positivi¹⁸.

¹⁷ Per alcuni rilievi, v. D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 650 s.

¹⁸ Sulla genericità delle prescrizioni cautelari richiamate nel processo e sulla loro incisiva traduzione da parte del giudice sia consentito rinviare a D. NOTARO, *Scienza, rischio e precauzione. L'accertamento del nesso causale colposo all'interno di dinamiche "incerte" e "complesse". Spunti critici dal processo per il terremoto dell'Aquila*, in AA.VV., *Disastri, protezione civile e diritto: nuove*

Utile a chiarire l'orientamento teleologico delle regole cautelari invocabili nella situazione occorsa a L'Aquila, appare la distinzione fra attività di valutazione e attività di comunicazione del rischio, cui perviene la Corte di cassazione nella nostra sentenza dedicata al sisma del 2009.

Non è dubbio che l'attività di *valutazione* contempra l'eventualità della verifica di un terremoto dalla capacità distruttiva misurata in rapporto alle condizioni di vulnerabilità del patrimonio edilizio circostante e al rischio che ne derivino eventi lesivi per la popolazione. Essa, dunque, guarda direttamente agli eventi finali per cui sono costruiti gli obblighi; sicché, da questo punto di vista, si profilerebbero ragioni sostanziali per imporre regole di cautela funzionali all'espletamento del compito. Sennonché, non mancano gli aspetti di complicazioni per assolvere a tali eventuali cautele. Anzitutto, la stessa Suprema Corte afferma che l'attività in questione, tanto più concernendo una materia altamente tecnico-specialistica, non sopporta vincoli modali di svolgimento, i quali si tradurrebbero in «una camicia di contenzione al processo di conoscenza»¹⁹. In secondo luogo, l'attività valutativa deve fare i conti con il patrimonio di conoscenze disponibili per la sua conduzione: quantunque si voglia legare tale attività all'assolvimento dell'onere di decifrare i segnali di allarme della condizione di rischio corrente, non si può negare che, quando le nozioni a disposizione sono controverse, anche la percezione e l'individuazione dei suddetti segnali può essere opinabile. Tutto ciò che allora si può chiedere ai soggetti competenti in simili frangenti è di approfondire l'indagine ogni qual volta sorga il «sospetto» dell'insorgere di condizioni di allarme e di rischio, e di esprimere esaurientemente e fedelmente il risultato di tale indagine.

Va, però, qui in ogni caso evidenziato che, nell'adempiere tale compito, all'esperto chiamato ad effettuare un'attività di consulenza per un'Istituzione rappresentativa della intera comunità sociale, si deve chiedere un responso più ampio ed obiettivo, meno creativo, di quello che compete, invece, allo scienziato impegnato in studi di ricerca e in attività di sperimentazione delle conoscenze

prospettive nell'Unione Europea e in ambito penale, a cura di M. Gestri, Milano, 2016, p. 288; ID., *Nesso di causalità e colpa*, cit., p. 16.

¹⁹ Margini minimi di proceduralizzazione dell'attività di valutazione sono concepibili solo con riferimento all'esito comunicativo dovuto agli organi amministrativi competenti a fare uso del responso tecnico-scientifico: ad es., chiedendo agli esperti di redigere un verbale in cui si dia conto sommariamente del metodo valutativo seguito, delle informazioni utilizzate, dello stato delle conoscenze (più o meno controverse) sul punto considerato; per un'esemplificazione di tali incombenze sia consentito rinviare a D. NOTARO, *Scienza, rischio e precauzione*, cit., p. 310. La predisposizione di simili cautele – pur comportando un fastidioso «appesantimento» delle incombenze per gli esperti – consentirebbe di meglio indirizzare gli sforzi di costoro, permetterebbe di rendere controllabile il loro operato e varrebbe anche a rassicurare gli amministratori che, sulla scorta, di tale responso, debbono poi assumere decisioni per la collettività.

correnti in un determinato ambito – per quanto controverso esso appaia²⁰ –. Tale aspetto sembra essere sfuggito in particolare al Tribunale dell’Aquila che si è accontentato di ricavare da studi pubblicati in passato (prima dell’assunzione del ruolo istituzionale) dagli stessi imputati nella veste di scienziati-ricercatori, la conferma di una contraddizione del loro operato rispetto a quanto da loro si sarebbe potuto e dovuto pretendere. Ma anche la Corte di cassazione ha mancato di valorizzare tale profilo distintivo, onde delimitare il campo dell’attività valutativa cui possono essere chiamati i consulenti reclutati dallo Stato²¹.

Passando all’attività di *comunicazione*, deve anzitutto avvertirsi che essa prende in considerazione primariamente l’incidenza della informazione sulle condotte auto-protettive dei cittadini, in rapporto al rischio di terremoto e ai suoi effetti distruttivi. Sullo sfondo rimane, dunque, l’evento tipico costitutivo dei reati di danno (omicidio e lesioni) imputati nel processo.

Appunto per la sua lontananza logica dal risultato lesivo, il dovere di informazione – si è detto²² – non potrebbe costituire la base per l’imposizione di veri e propri precetti cautelari²³, profilando semmai una regola di secondo grado, strumentale all’esercizio del diritto di autodeterminazione della persona di fronte ai fattori di rischio che la riguardano, e funzionale all’elaborazione dialettica dei protocolli preventivi ad opera dei soggetti interessati. Insomma, inerendo alla possibile verifica di un evento “intermedio”, la condotta di comunicazione seguirebbe regole che appaiono più congeniali ad un livello *precauzionale* di intervento nella complessiva strategia di gestione del rischio, al fine di prevenire possibili lesioni derivanti dalla verifica di disastri.

Quale incombenza autonoma²⁴, ad ogni modo, l’attività informativa compete agli organi politici, i quali, deputati a “gestire” la condizione di rischio rappresen-

²⁰ Per alcune considerazioni al riguardo sia consentito rinviare a D. NOTARO, *Nesso di causalità e colpa*, cit., pp. 14 e 20.

²¹ Sembra qui tornare, per certi aspetti, la differenza di orientamento dell’attività di valutazione tecnica spettante ai periti incaricati dal giudice, rispetto a quella gravante sui consulenti di parte, come rilevato anche recentemente dalla stessa Suprema Corte: cfr., ad es., Cass. Sez. V, 15 dicembre 2015, n. 9831.

²² F. GIUNTA, *Replica* in AA.VV., *Protezione civile e responsabilità nella società del rischio*. Chi valuta, chi decide, chi giudica, a cura del D.P.C. Pres. Cons. Min. e della Fondazione CIMA, Pisa, 2013, p. 143.

²³ Si consideri, però, l’esistenza dell’apparato normativo di prescrizioni (di rilievo cautelare) che impongono al datore di lavoro di assumere informazioni sui fattori di rischio di infortuni dei lavoratori e di comunicarli a questi, onde orientarne la condotta: v. al riguardo, di recente, D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, in *Dir. pen cont.* (www.penalecontemporaneo.it, 25 maggio 2016), pp. 15 e 18.

²⁴ Distinta, cioè, da quella valutativa, alla quale accede, invece, come compendio dei compiti dello scienziato, da svolgere in funzione “consultiva” delle autorità politiche. Su di essa – oltre a quanto rilevato nella nt. 19 – v. L. RISICATO, *op. cit.*, p. 1233, che sottolinea come lo scienziato

tata dagli esperti, sono chiamati ad operare tenendo conto di interessi ulteriori ed esigenze più ampie di quelle su cui si pronunciano scienziati e tecnici. Perciò, ai politici non spetta reperire i segnali di allarme, né approfondire la loro significatività, se non nella misura in cui questi sono a loro trasmessi dagli scienziati; scema per tal via, nei loro riguardi, la questione della attendibilità scientifica delle nozioni tecniche presupposte. Ai politici spetta, piuttosto, *tradurre* la prospettazione di allarme in misure adeguate a fronteggiare la condizione di rischio insorta, tenendo conto delle diverse esigenze correnti. Entro queste coordinate, l'attività di comunicazione può anche seguire prescrizioni modali che ne veicolino la forma a beneficio della collettività.

Senonché, nel qualificare la rilevanza penale di tale attività, mercé la formulazione del rimprovero colposo, la S.C. incorre in alcune pericolose semplificazioni.

Con riferimento al c.d. agente modello rilevante per l'imputazione colposa della condotta informativa, anzitutto, dopo aver ricordato come la figura debba essere ricavata dall'elaborazione di un agente «coscienzioso ed avveduto», «adeguatamente concretizzato» alle caratteristiche standardizzabili dell'agente reale, la Corte evoca il modello del «professionista (di grado elevato) del servizio della Protezione Civile impegnato nell'attività di comunicazione pubblica del rischio sismico, ossia nella pubblica divulgazione delle informazioni concernenti i rischi di possibili eventi sismici nelle condizioni (geografiche, storiche) effettivamente date». Si tratta di un modello che, a dire il vero, nel limitarsi a ridefinire la posizione formale dell'imputato, non risulta all'esito di una particolare selezione del «circolo di rapporti» di riferimento – ad es., quanto alla considerazione di ciò che effettivamente ci si aspetta da un simile *homo eiusdem professionis* –, confermando il dubbio che la figura in questione rappresenti un parametro plasmabile dal giudice alla bisogna di ricostruzioni in parte frutto di intuizioni o di «precomprensioni» socio-culturali²⁵.

Ma, più ancora, è la possibilità di riferire il giudizio di prevedibilità ad un evento intermedio, rappresentato dal condizionamento della popolazione civile, a sollevare notevoli perplessità. Evidente è, infatti, lo scollamento che in tal modo si determina fra l'orientamento teleologico della supposta regola cautelare violata e il profilo tipico delle fattispecie di reato (di omicidio e lesioni personali) imputate²⁶. D'altronde, riferire alla condotta informativa immediatamente il rischio di

assuma eventuali responsabilità solo a seguito della «comunicazione sociale» delle proprie valutazioni tecniche.

²⁵ Sul punto, anche per la delicatezza dell'attività di individuazione del «circolo di rapporti» cui riferire l'agente modello, v. S. GROSSO, *Alla ricerca di una prospettiva di individuazione delle regole cautelari. Un dialogo tra diritto sostanziale e processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 148 e 161.

²⁶ Scollamento involontariamente evidenziato dalla stessa S.C. che («a cavallo» delle pp. 45 e 46 della sentenza) dapprima riferisce la condotta informativa al condizionamento dell'agire delle

evento lesivo dell'incolumità dei cittadini, sarebbe difficile, non solo perché (come detto) non è ad esso che guarda direttamente il dovere di informazione gravante sugli esponenti politici dalla Protezione Civile²⁷, ma anche perché sarebbe oltremodo arduo rilevare la prevedibilità dell'evento del reato conseguente alla verificazione del terremoto (a sua volta impattante sulle vittime indotte a non proteggersi), dal momento che, se il sisma non è prevedibile per gli esperti (assolti dagli stessi giudici), a maggior ragione esso non può esserlo per chi (ricoprendo un ruolo politico-gestionale) scienziato non è. E non è chi non veda nella surrettizia assimilazione fra i due referenti eziologici la conferma di una tendenza alla deformazione del tipo colposo, emergente in sede di sua applicazione giurisdizionale.

Non può, d'altronde, sottacersi che l'orientamento della condotta informativa a cagionare l'evento intermedio consistente nell'abbandono delle cautele autoprotettive da parte della popolazione, onde rappresentare elemento essenziale della sequenza che conduce alla verificazione dei risultati lesivi e, dunque, alla imputazione del delitto di evento, dovrebbe comunque superare un vaglio di accertamento positivo di collegamento causale, il quale, a sua volta, presuppone una sufficiente attendibilità della legge gnoseologica che descrive i nessi di condizionamento psichico fra gli individui. Ma un tale presupposto è appunto messo in discussione dai più recenti studi di settore²⁸, al punto che, già da un po' di tempo, anche da parte di esponenti delle scienze penalistiche, si propugna il superamento di approcci causalistici per la rilevazione di tali fenomeni²⁹. Resta dunque difficile – da questo punto di vista – ipotizzare anche specifiche cautele funzionali alla prevenzione di meccanismi di condizionamento psichico della popolazione civile basate su precise prognosi di prevedibilità; si possono tutt'al più postulare dinamiche preventivabili in forza di massime di esperienza³⁰, a loro volta confacenti o all'elaborazione di regole "aperte" di colpa generica, da concretizzare nel caso

vittime e, poi, però, discute il tema della prevedibilità del sisma nel territorio aquilano quale ragione di rimprovero colposo della condotta medesima.

²⁷ Per una recente ricostruzione dell'organizzazione, dei compiti e dei doveri della Protezione Civile v. I. PISA, *Protezione civile e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 223 ss.

²⁸ Per ragguagli v. il contributo di Davide Amato che precede questo scritto.

²⁹ Cfr., fra gli altri, O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 203 s.; EAD., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, pp. 303 ss.; M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, pp. 815 ss.; F. CINGARI, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 449 s.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. 2. Le forme del reato*, Torino, 2013, p. 130.

³⁰ Cfr., ad es., F. CINGARI, *La causalità psichica monosoggettiva*, in AA.VV., *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. De Francesco-C. Piemontese-E. Venafro, Torino, 2010, p. 249.

concreto, o (più opportunamente) alla predisposizione di prescrizioni di mera condotta che non attendono di correlarsi ad eventi puntualmente verificatisi³¹.

3. *L'illiceità dell'attività comunicativa fuorviante nel quadro delle opzioni politico-criminali disponibili.* – Come si è avuto modo di evidenziare già in altra occasione³², il modello tipico dei delitti di evento, per i problemi che pone sui versanti della integrazione della causalità e della colpa, entra in seria “crisi”, se utilizzato per qualificare le condotte di valutazione e di gestione del rischio (*risk assesment e risk management*) di eventi disastrosi³³. Più rispondenti allo scopo di presidiare il corretto adempimento dei compiti istituzionali “retrostanti” di esperti e tecnici della Protezione Civile – e dunque l'osservanza delle cautele da loro pretendibili – appaiono schemi di fattispecie a consumazione anticipata che prescindano dalla verifica di eventi lesivi e concentrino il disvalore nella maturazione di un pericolo astratto. Nell'ambito di questo novero rientrano una varietà di soluzioni spendibili dal legislatore: dalle fattispecie che puniscono un pericolo ad ampio spettro o l'approfondimento del rischio, a quelle che stigmatizzano l'inefficienza di protocolli organizzativi, passando per la sanzione dell'inosservanza di norme amministrative o di provvedimenti, eventualmente nel quadro di meccanismi di tipo ingiunzionale³⁴. Una volta affrancati dalla necessaria connessione con eventi determinati, tali modelli smusserebbero le difficoltà legate alla indisponibilità di sicuri indici di efficienza eziologica delle condotte, potendo erigersi su considerazioni di *ragionevole* “rischiosità” e “causabilità”, basate sopra più temperanti riscontri di prevedibilità e prevenibilità delle offese.

Al di là della capacità di questi modelli di attagliarsi meglio al tipo di condotte e di situazioni che si intendono disciplinare e prevenire, essi offrono la possibilità di svincolarsi dall'impiego dello strumento penale, permettendo, altresì, di calibrare qualità (e quantità) della risposta afflittiva all'importanza della violazione e

³¹ Per la difficoltà di reperire o elaborare regole cautelari in una fase così arretrata di approccio al rischio, come quella della sua ricognizione e comunicazione, v. anche le osservazioni di G. DE VERO, *op. cit.*, p. 690.

³² D. NOTARO, *Scienza, rischio e precauzione*, cit., pp. 304 ss.

³³ V., ad es., E. PERINI, *La legislazione penale tra “diritto penale dell'evento” e “diritto penale del rischio”*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 136.

³⁴ Un esempio in tal senso è fornito dal sistema di prevenzione (del rischio di) infortuni sul lavoro, su cui recentemente D. CASTRONUOVO, *op. cit.*, p. 3. Per l'opportunità dell'impiego di simili schemi di illecito, quando si tratta di condotte che incrociano esigenze “precauzionali”, v. ID., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, pp. 38 s., 49, 77 e 163. Per ulteriori voci in tal senso, sia consentito il rinvio a D. NOTARO, *Scienza, rischio e precauzione*, cit., p. 304 e Autori ivi richiamati. Da segnalare G. DE VERO, *op. cit.*, p. 694, che suggerisce la possibilità di selezionare la rilevanza illecita delle condotte inosservanti, subordinandone la punibilità al verificarsi degli eventi di disastro che stanno sullo sfondo dello spettro preventivo delle regole violate.

al carattere (non più che) prodromico di questa rispetto alle conseguenze maggiormente offensive³⁵. Sarebbe così possibile concentrare l'attenzione sulla delimitazione tipica dei comportamenti pretesi dai singoli esponenti nell'ambito del più ampio apparato organizzativo istituzionale deputato a fronteggiare il rischio di disastri massivi³⁶; sarebbe più chiara la cesura logica fra l'espletamento di tali compiti e la produzione di eventi non ancora dominabili dalla scienza (e che fuoriescono dal raggio di responsabilità personale); e sarebbe riaffermato il necessario spazio di autodeterminazione lasciato ai cittadini di fronte al rischio di accadimenti circondati da un margine di "fatalità"³⁷, in linea con un più moderno atteggiamento antipaternalistico nella gestione di fenomeni collettivi³⁸. Al contempo, sarebbe definito l'ambito di responsabilità – amministrativa, disciplinare, e solo sussidiariamente penale – riconducibile all'espletamento di funzioni pubbliche di sicuro rilievo sociale.

Rifuggendo da una logica penale "totalizzante", si eviterebbe, oltretutto, di incorrere nella "rischiosa" equazione – indotta dal ricorso ai reati di evento come *unica* risposta plausibile – per cui, siccome non dovrebbe essere consentito affermare la responsabilità penale di scienziati ed esperti per gli eventi disastrosi occorsi, allora non sarebbe neanche da riconoscere *alcuna* inefficienza organizzativa e gestionale dell'emergenza da parte dei titolari delle funzioni pubbliche deputate a farvi fronte. Si crede, invece, che la stigmatizzazione di siffatte inefficienze politico-amministrative non debba attendere la concretizzazione del rischio finale paventato; né la risposta dell'ordinamento può guardare alla sola possibilità di contestare una responsabilità diretta (e penale) dell'agente nella produzione dei più gravi eventi lesivi collocati "a valle" di articolate sequenze di accadimenti fra loro concatenati.

³⁵ Verrebbero in tal modo a scemare molte delle preoccupazioni di inadeguatezza di tali modelli, espresse da G. DE VERO, *op. cit.*, pp. 689 s. Per la necessità di approntare al tema della corretta gestione del rischio anzitutto strumenti di risposta preventiva si è pronunciato anche R. BLAIOTTA, *Colpa e gestione del rischio in situazioni complesse*, in *Dir. pen. cont.* (www.penalecontemporaneo.it, 20 gennaio 2012), p. 1.

³⁶ Sul tema della colpa organizzativa e procedurale, v. D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa*, cit., pp. 23 ss. Ai possibili benefici della formalizzazione delle prescrizioni precauzionali accenna M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli-Roma, 2012, pp. 217 s.

³⁷ Sui problematici aspetti della "relazionalità" della colpa nelle dinamiche plurisoggettive v. ancora D. CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa*, cit., pp. 30 s.

³⁸ V. anche D. MICHELETTI, *Il paternalismo penale giudiziario e le insidie della bad samaritan* Jurisprudence, in questa *Rivista*, 2011, pp. 287 ss. e p. 308.

Dibattito

Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale ^(*)

Sezione I

L'insostenibile leggerezza del testo

Sezione II

*Dall'imprevedibilità del diritto
all'imprevedibilità del giudizio*

Sezione III

*Il giudice legislatore: verso il crepuscolo della distinzione
tra jus facere e jus dicere?*

Sezione IV

*Saranno magistrati: l'anacronistica immutabilità
dell'ordinamento giudiziario*

^(*) Nel "Dibattito" sono raccolti i testi di alcuni degli interventi al Convegno "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale", che si è svolto a Firenze il 16 settembre 2016.

DIBATTITO

IL BUROCRATE CREATIVO. LA CRESCENTE INTRAPRENDENZA INTERPRETATIVA DELLA GIURISPRUDENZA PENALE

Nota introduttiva di FAUSTO GIUNTA

La definizione del giudice quale “burocrate creativo” è all’evidenza una provocazione culturale, che, attraverso l’evocazione di un ossimoro esistenziale, intende sollecitare una riflessione sulle odierne tendenze evolutive della giustizia penale sotto i profili, tra loro strettamente correlati, dei limiti all’intervento della giurisdizione e dei meccanismi di reclutamento e organizzazione della magistratura.

Il tema ha un’evidente intelaiatura costituzionale, la quale sembra aver subito, negli anni, una progressiva corrosione, evocativa di un nuovo riparto di competenze.

C’è tuttavia chi non si accontenta di questa visione eccessivamente storicizzata della giustizia penale, secondo la quale l’effettività di una nuova legalità sempre più sostanziale sarebbe oramai destinata a imporsi sui tradizionali principi liberali, ancorati alla separazione dei poteri.

In risposta a una siffatta fuga in avanti a poco varrebbe proporre un passato opportunamente falsificato e mitizzato cui tornare; ben più costruttiva, invece, è la verifica dello stato di salute, da un lato, dei valori di garanzia individuale, dall’altro, del rapporto tra giustizia penale e democrazia. Tutto ciò lontano – sia chiaro – da ogni conservatorismo preconetto e con la riserva, anzi, se realmente di nuovo ordine si tratta, di rilanciare la via di un cambiamento ancora più radicale verso assetti che siano maggiormente coerenti con il rinnovato modo di concepire l’identità e le competenze della giurisdizione. Non si può rimanere troppo a lungo in mezzo al guado.

In questa prospettiva l’immagine provocatoria del “burocrate creativo” vuole essere un sasso lanciato nelle acque limacciose e lacustri di una lettura sovente acritica, se non apologetica, del diritto vivente, fermo restando il valore imprescindibile della giurisdizione e della magistratura, *condiciones sine quibus non* di giustizia e pace sociale.

I contributi che seguono – tratti dal Convegno fiorentino del 16 settembre 2016, dal titolo: “*Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa*”

della giurisprudenza penale” – pur nella diversità degli specifici profili affrontati, si intrecciano tra loro, delineando un percorso unitario.

Un primo piano di riflessione muove dalla constatazione che il diritto giurisprudenziale, ammesso e non concesso che in passato sia stato sempre fedele al verbo scritto, ha cessato di voler coincidere con il diritto di stretto conio legislativo. Ne è conseguita – non senza avalli dottrinali – una più marcata svalutazione della testualità del diritto quale garanzia di certezza e contenimento della penalità. Il testo tende alla volatilizzazione, tanto nel momento della formulazione della fattispecie incriminatrice, quanto in quello della sua interpretazione. Si potrà obiettare, infatti, e correttamente, che non di rado è il legislatore che vanifica la testualità con enunciati normativi indeterminati, dovuti ora a spirito di compiacenza, ora a imperizia. È accaduto di recente, per esempio, con gli ecodelitti, ma l'esemplificazione potrebbe continuare. Resta il fatto che in casi come questi la giurisprudenza costituzionale non stigmatizza il tradimento della funzione normativa da parte del legislatore, quale monopolista rinunciatario, ma, con indubbio pragmatismo, impone al giudice di colmare la lacuna “in via interpretativa”, di fatto attraverso una scelta politico-criminale giudiziale. A parte ciò non poche sono le fattispecie incriminatrici legislativamente determinate, che vengono “corrette” dalla giurisprudenza attraverso una lettura che si sostanzia nella loro riscrittura. Talvolta il diritto vivente distilla significati più ristretti rispetto a quelli consentiti dal testo; più spesso accade il contrario con la produzione di una normativa giurisprudenziale eccedente rispetto alla scelta politico-criminale compiuta dal legislatore e presidiata dal segno linguistico. Vengono qui in rilievo non solo le frequenti interpretazioni analogiche in *malam partem*, ma anche gli approdi interpretativi che non sono nemmeno analogici per mancanza di *eadem ratio*, allorché la fattispecie viene applicata al caso semplicemente diverso. In breve: sta cambiando l'apprezzamento della lacuna di tutela che da valore sovraordinato sempre e comunque, diventa indizio di una disfunzione del sistema, valore che il giudice può bilanciare con l'istanza di tutela, in nome di una razionalità general-preventiva di cui si fa diretto interprete. È forte l'impressione che stia declinando la concezione liberale dello *ius terribile* come diritto eccezionale in quanto derogatorio del generale principio di libertà.

Un secondo terreno di analisi riguarda la capacità ordinante del diritto vivente. La legalità di marca giuspositivistica muoveva dal linguaggio comune perché spontaneo e formale al tempo stesso. In quanto parlato dalla comunità, il linguaggio della legge veniva considerato massimamente democratico e sufficientemente certo nei significati. Oggi la prevedibilità del diritto non è solo il necessario riverbero della colpevolezza normativa. Essa, prima ancora, aspira a essere “legge”, sul modello di un'interpretazione alquanto estrema dell'art. 7 CEDU: è scesa dunque di piano (dalla colpevolezza al fatto tipico) e ha cambiato natura,

oggettivandosi e divenendo il nocciolo della legalità, perché la prevedibilità del diritto rilevarebbe in funzione sostitutiva, e non più solo integrativa, della legalità formale. Soprattutto quando l'interpretazione giurisprudenziale si allontana *in malam partem* dall'enunciato normativo, l'interrogativo che oggi ci attende è ineludibile: la “nuova legalità” assicura uno standard di prevedibilità superiore o anche pari rispetto a quello della “vecchia” legalità formale? Da altra angolazione: la Corte di cassazione è in grado di garantire allo stato la necessaria stabilizzazione dei significati o sarà necessaria una qualche riforma di sistema che assicuri il carattere vincolante del precedente? Questi interrogativi si muovono pur sempre nella scia di una visione dell'ordinamento giuridico, che eleva l'ordine e la coerenza a valori. Al riguardo, tuttavia, non può restare nell'ombra la tesi opposta, di recente lumeggiata da Michele Taruffo (*Aspetti del precedente giudiziale*, in questa *Rivista*, 2014, p. 57), segnatamente con riguardo ai sistemi di *common law*, secondo cui le zone d'ordine sarebbero eccezioni locali, magari pilotate dalla capacità del precedente di uniformare le decisioni successive, nella consapevolezza del carattere prevalentemente instabile e caotico del diritto.

Passando adesso a una terza angolazione prospettica, viene in rilievo il problema della legittimazione e dei limiti dell'attività ermeneutica svolta dal giudice. Sembra entrato in crisi il modello della sussunzione del fatto storico nel fatto tipico, fondato sul paradigma della corrispondenza linguistico-descrittiva, a favore di un'impostazione analogica che desume la tipicità di un fatto da un altro fatto ritenuto tipico, simile per equivalenza offensiva, depotenziando così la funzione delimitativa dell'enunciato normativo a vantaggio di quella esemplificativa, secondo il modello del tipo aperto. Qui la domanda sorge spontanea: possono ancora distinguersi – sotto il profilo temporale e sotto quello delle competenze – il momento della posizione del divieto penale (*ius facere*) e quello della sua interpretazione (*ius dicere*)? Esiste ancora un *prius* e un *posterius*, più marcatamente politico il primo, più tecnico il secondo, o compete oramai alla giurisdizione l'enunciazione del precetto con conseguente assunzione di responsabilità politica? Preso atto da tempo che il modello del giudice bocca della legge è irrealistico, approdare al suo opposto – ossia attribuire alla sentenza una funzione normativa generale – non significa perseguire, a Costituzione invariata, il rovesciamento del nostro sistema, che non contempla un giudice penale totipotente? La creatività dell'interpretazione non può spingersi fino al libertinaggio ermeneutico senza gravi contraccolpi istituzionali: altro è ammettere che il contesto implementi il testo, altro è consentire lo scavalco del testo in nome del contesto. “*La parola – si è detto (MICHELE DE MONTAIGNE, Saggi, libro III, cap. XIII) – è per metà di colui che parla, per metà di colui che l'ascolta*”, lamentando – per dirla con linguaggio di oggi – l'eccessiva creatività delle interpretazioni, che polverizza il diritto in “*infinite sentenze*” e “*altrettante interpretazioni*”. Ebbene, riporre anche solo la

metà dei significati in mano al giudice non è già troppo, quando si tratta di disporre della libertà personale dei cittadini? Ci si deve chiedere, allora, se la specificità penalistica non riaffiori anche nell'ermeneutica, sensibilizzandola verso una maggiore attenzione per l'invalidabilità del limite, in nome di uno statuto deontico particolare rispetto a quello dell'interpretazione letteraria, artistica, storica e giuridica non penalistica. In quanto diritto eccezionale, il diritto penale è soggetto a regole ermeneutiche anch'esse eccezionali? Non è questa la sede per verificare se esista una teoria generale dell'interpretazione valida per tutti i contesti e tutte le discipline. Resta il fatto che per il lascito di una tradizione culturale a noi vicina l'analogia, struttura portante dell'interpretazione, e non a caso canone ermeneutico generale per tutti i rami del diritto, nella materia penale viene sovvertita in un divieto di rango costituzionale. Ha ancora valore questo insegnamento?

Il quarto e ultimo gruppo di interrogativi ruota su questioni di natura ordinamentale, a lungo trascurate e divenute di attualità nella misura in cui sta appassendo la legittimazione legalistica del giudice tecnico, la quale, però, continua a resistere come verità di comodo. In realtà sono molti i segnali di un ritorno alla concezione sapienziale del diritto penale – e più in generale del diritto – come materia riservata ai *sacerdotes juris*, foriera di un novello corporativismo magari virtuoso e temperato da alcune forme di partecipazione ad opera degli altri attori del foro. Per esempio, la via del *soft law*, che trova una incarnazione nei protocolli di comportamento concordati con l'avvocatura, è una valida modalità di collaborazione, necessariamente di tipo interstiziale, ossia limitata agli spazi non espressamente regolati dalle fonti del diritto. A fronte di ciò il diritto penale sostanziale vede attenuare la sua funzione regolativa, quale riflesso della crisi del suo cardine moderno, il principio di legalità. Da qui l'impressione generalizzata che il processo diventi arbitro della scena, che esso assuma, nell'epoca della tarda modernità, un'autosufficienza regolativa, sol perché divenuto "giusto". Sennonché, il "giusto processo" è una garanzia pur sempre strumentale; non cammina da solo, ma è scortato da due gendarmi: il diritto penale sostanziale e l'ordinamento giudiziario. Se l'uno allenta la presa, l'altro la rinsalda. Come si diceva, negli ultimi lustri sembra declinare il primato del diritto sostanziale, che un tempo esaltava il ruolo di interlocuzione della dottrina. Ma davvero potrà stabilizzarsi il primato del processo e del suo prodotto, un autarchico diritto giurisprudenziale, senza una approfondita riflessione sull'ordinamento giudiziario condotta alla luce anche della variegata esperienza straniera? Se la politicità del diritto penale fa parte della sua sostanza, come va conciliata con i cardini della democrazia rappresentativa?

La metafora del "burocrate creativo" ci mette di fronte a un nuovo scenario, che impone l'impegnativa mediazione tra modelli di giudice opposti, nella rinnovata consapevolezza che il giudice è l'altra faccia del diritto.

DARIO MICHELETTI

JUS CONTRA LEX.

UN CAMPIONARIO DELL'INCONTENIBILE AVVERSIONE
DEL GIUDICE PENALE PER LA LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. Le specificità funzionali della legalità penale. – 2. La deriva illegalistica del diritto penale vivente. – 3. Uno stucchevole inganno: l'analogia mascherata da interpretazione estensiva. – 4. Esempi di libertinaggio ermeneutico. – 5. L'esplicita correzione sfavorevole della disposizione incriminatrice. – 6. *L'interpretatio abrogans in malam partem*. – 7. Il procedimento normativo-giurisdizionale: analogie smentite, analogie approvate, analogie ribaltate. – 8. La *turris eburnea* della Cassazione e l'aberrante interpretazione dell'art. 7 CEDU.

1. *Le specificità funzionali della legalità penale*

V'era un tempo in cui s'insegnava il diritto penale a partire dalla legalità¹. Demarcata la materia coi caratteri della sanzione criminale, era l'art. 25, comma 2, Cost. che s'indicava quale fonte germinale dei principi di contenimento della pena. Dal *nullum crimen sine lege* – questo era il leitmotiv didattico – dipende il carattere democratico dell'opzione punitiva; il parametro legale è il mezzo più sicuro per circoscrivere l'area di rilevanza penale; prescindendo da una legge mancherebbe lo strumento tecnico tramite il quale veicolare i vari principi che devono conformare il sistema punitivo, tant'è che persino la colpevolezza, senza la possibilità di una precisa conoscenza del precetto e della sanzione, non sarebbe autenticamente tale².

Da qui – si precisava – la *specificità funzionalistica* della legalità penale: che non è semplice predeterminazione generale e astratta della regola di diritto, bensì prima ogni altra cosa “*forma di tutela*”³. A differenza di quanto accade negli altri rami dell'ordinamento, dove l'affidamento alla legge è funzionale alla fluidità e

¹ In modo paradigmatico F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 338 ss.

² «*Sulla subordinazione del diritto penale alla legge*» quale «*conquista civile di grandiosa portata*» v., anche per gli ulteriori richiami, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, *Art. 1-84*, Milano, 2004, n. 1/2.

³ F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 199 ss.

calcolabilità del traffico giuridico⁴, la legalità penale è eminentemente strumento di garanzia del cittadino: e in particolare strumento di garanzia del singolo imputato di fronte alle molteplici pulsioni punitive che il giudice potrebbe altrimenti veicolare. Per questo solo nel penale vige il divieto di analogia. Per questo solo nel penale la regola dell'irretroattività non può essere derogata. Perché il *nullum crimen sine lege* non ambisce solo a predeterminare il giudizio neutralizzandone la variabile soggettiva, ma si prefigge innanzitutto di proteggere l'accusato dall'applicazione di un ideale, indefinito e alternativo parametro di valutazione.

È quindi una giuridicità eminentemente "contenitiva" quella espressa dalla legge penale. La quale, diversamente dalle regole di diritto operanti negli altri rami dell'ordinamento, non crea in positivo la fattispecie giuridica, ma la genera piuttosto per restrizione. È benvero infatti che non esiste *crimen sine lege*: ma solo perché quest'ultima, eliminando parte di ciò che altrimenti si considererebbe comunque illecito, ne lascia residuale solo il nucleo essenziale. Lo evidenzia in modo quanto mai eloquente l'art. 25, comma 2 Cost., che al pari delle omologhe norme costituzionali e internazionali⁵, fa coincidere l'enunciazione della legalità penale con la sua "funzione di argine". Con immutata efficacia iustitica, tale formulazione rivela il compito precipuo della legge penale: che è quello di respingere un condizionamento esterno, una sollecitazione assiologica che la precede, assedia la giurisdizione punitiva e ambisce a condizionarne gli esiti. Una propulsione condizionante che nel tempo ha assunto diverse nature – la volontà del sovrano, gli interessi della classe dominante, un'etica religiosa, un'ideologia massimalista, una concezione morale, assiologica e da ultimo populistica – ma sempre e comunque una potenzialità negativa che la legge regolatrice della materia penale è chiamata a fronteggiare.

Altro dunque che *dura lex*: il vero è che il cittadino-imputato anela alla legge, non disponendo che di essa quale strumento di difesa da un giudizio immanente e – oggi quanto non mai – da una sommaria aspettativa sociale che qualunque giudice penale, per funzione, è incline a soddisfare.

⁴ Cfr. per tutti, M. WEBER, *Economia e società* (1922), Milano, 1961, nonché in argomento, da ultimo, N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, 801 ss.

⁵ Tutte immancabilmente incentrate sull'irretroattività: a partire dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, sino ai moderni atti internazionali come l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, l'art. 15 del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966, l'art. 49 della Carta fondamentale dei Diritti dell'Unione Europea del 2000. Ma lo stesso dicasi per le vigenti carte costituzionali: v., per esempio, gli artt. 103, comma 2, Cost. tedesca; 25, comma 1, Cost. spagnola; 54, comma 1, Costituzione russa; art. 18 Cost. argentina; 5, par. XXXIX Cost. brasiliana; 11, lett. g, Cost. canadese; 42, § 1, Cost. polacca; 28 Cost. slovena. Fra le rare eccezioni si veda l'art. 14 Cost. belga, il quale si limita a prevedere che «Nessuna pena può essere stabilita né applicata se non in forza della legge».

Né ci si deve illudere che esista un “tollerabile” parametro di giustizia cui si potrebbe vantaggiosamente cedere (ad es. la maggior tutela della vittima)⁶, da contrapporre a un superiore modello di giustizia “cattivo” e dal quale bisognerebbe guardarsi (come ad es. il sano sentimento del popolo, o un codice etico di matrice religiosa). Ogni referente valoriale svincolato da un parametro conoscibile a priori è di per sé stesso sempre pernicioso nella misura in cui, stante la sua indefinitezza, sacrifica la legittima aspettativa di libertà esponendo l'imputato a un possibile arbitrio. Di qui il vincolo testuale imposto dalla Costituzione come autolimita della potestà punitiva esercitata da un ordinamento che anteponga il bene della persona rispetto agli interessi del gruppo, preservando così chi è chiamato a rispondere delle proprie azioni dalle molteplici sollecitazioni assiologiche che il giudice potrebbe altrimenti coltivare.

L'evidente costo di questa garanzia – perché ogni garanzia, s'insegnava un tempo, ha un costo implicito – è che non si potrà punire il fatto trascurato dalla legge incriminatrice malgrado sia riprovevole, offensivo al pari del comportamento incriminato o persino più grave. Se non è tipico non può essere punito perché l'opposta soluzione finirebbe per attribuire al giudice un potere che nessun uomo può avere: quello di limitare i diritti fondamentali di un altro uomo in forza di un'ideale misura di giustizia di cui ci si erga a latori.

Ecco dunque qual è il fondamento precipuo della legalità penale: una soluzione pragmatica storicamente impostasi nei fatti prim'ancora che nella filosofia del diritto, proprio come reazione all'abnorme «*protagonismo degli organi giurisdicenti*», come «*strategia di attacco a un ordine gerarchico-cetuale che aveva trovato nella discrezionalità dell'interpretazione giudiziale e nel recondito sapere del giurista uno specchio nel quale riflettersi e un sostegno del quale avvalersi*»⁷. Né vi sono ragioni per limitare tale giudizio al solo periodo dell'*ancien régime* cui più direttamente l'illuminismo si frappose. È tutta la storia dello *ius criminale* a rivelare l'innata vocazione strumentalizzante della dinamica punitiva di matrice assiologica⁸, e quindi la tendenza di qualunque autarchico apparato giudicante a sopraffare, involontariamente o meno, le prerogative del singolo in vista del raggiungimento degli interessi collettivi di cui il giudice si faccia interprete.

Per questo – s'insegnava – la legalità è da considerarsi la chiave di volta del sistema penale moderno: perché essa serve ad impedire che la punizione si fondi su

⁶ Cfr. in tale prospettiva F. IACOVIELLO, *Tra diritto e giustizia il giudice deve scegliere il diritto (Schema della requisitoria pronunciata avanti alla Sezione I penale della Corte di cassazione nel processo Eternit)*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 novembre 2014.

⁷ P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quad. fiorentini*, 2007, II, 7 s., 18.

⁸ 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.

un parametro vago e opinabile in quanto privo di un'antecedente, puntuale, controllabile e democratica formalizzazione.

2. *La deriva illegalistica del diritto penale vivente*

Ingenuo, se non disonesto, sarebbe continuare a insegnare oggi cotanta idealità. Un approccio necessariamente realistico impone di aggiornare in profondità, pure a Costituzione invariata, l'illustrazione della meccanica punitiva operante nel nostro ordinamento.

Non che si siano dissolte le ragioni che avevano imposto l'adozione di un testo di legge tra il fatto e la punizione. Anzi, più che mai il diritto penale contemporaneo avrebbe un disperato bisogno di legalità. Il fatto è che chiunque si sia allontanato dalla cattedra per entrare in un'aula di giustizia non ha tardato a percepire quanto la *littera legis* sia un vincolo evanescente, se non sistematicamente eluso in favore dell'adozione del parametro opposto (la giustizia immanente, *rectius* "interiore" al giudicante) che il testo dovrebbe arginare⁹. Con la conseguenza che nell'alternativa tra legge e senso di giustizia – di cui, guarda caso, ogni togato si sente depositario – è quest'ultimo ad essere percepito quale faro della giurisdizione punitiva.

Una constatazione tanto drastica non è smentita dalle tuttora maggioritarie pronunce che, valutando fatti pacificamente sussumibili nella disposizione incriminatrice ne fanno una scontata applicazione. La funzione garantistica della legalità si coglie sul "confine" della tipicità penale, ossia nei casi in cui la fattispecie concreta stenta a sussumersi in quella astratta. È in queste ipotesi più particolari ma per nulla infrequenti, allorché la punizione può dipendere dall'interpretazione di un unico dato semantico, che la cultura della legalità dovrebbe imporsi: che il si-

⁹ Sull'erosione del principio di legalità innescato dal crescente protagonismo giurisprudenziale v., in un quadro dottrinale oramai vastissimo, fra gli altri, G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008; G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 403 ss.; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc. 3, 13 ss.; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc. 3, 4 ss.; Diffusamente sul tema si veda il dibattito *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?* in questa *Rivista* 2011, 77 ss. con interventi di F. GIUNTA, G. FIANDACA, A. GARGANI, C.F. GROSSO; il punto *La legge del giudice penale: a proposito di fonti e interpretazione*, con interventi di R. BRICCHETTI, O. DI GIOVINE, G. INSOLERA, S. MOCICA, V. VELLUZZI, N. ZANON, in questa *Rivista*, 2012, 261 ss.; nonché la Tavola rotonda dal titolo *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?* con interventi di C. DE MAGLIE, F. FIANDANESE, S. RIONDATO, V. MAIELLO, A. VALLINI, in questa *Rivista* 2013, 205 ss.

gnificato più stringente assunto nell'idioma dei parlanti dai termini presi in prestito dal legislatore dovrebbe ergersi a muro invalicabile. Viceversa, è proprio in questi contesti, quando la rigidità della disposizione incriminatrice si ribella alle aspirazioni punitive, che il testo viene vissuto dal giudice come una stolta camicia di forza tale da impedirgli di “fare finalmente giustizia”, di perseguire quel “mandato sociale” di cui, soprattutto a partire dai primi anni '90, si sente investito. Si spiega così il crescente ricorso a stratagemmi argomentativi – dei quali l'interpretazione estensivo-teleologica è solo uno degli ultimi ritrovati¹⁰ – che consentano di aggirare il vincolo normativo senza svelare la natura sostanzialmente assiologica del giudizio. Il tutto con la crescente complicità della più avanzata e moderna dottrina, pronta ad offrire all'osannato formante giurisprudenziale una variegata gamma di teorie atte a camuffare l'illegalità plateale, ammantandola di un'*allure* scientifico-filosofica naturalmente incompresa dagli ottusi veterolegalisti.

È così che nelle aule di giustizia è andata svaporando la cultura della legge, sino ad attribuire alla disposizione incriminatrice un valore nulla più che esemplificativo: da applicare scontatamente al fatto tipico; da modellare alla bisogna là dove il fatto – che il giudice ritenga comunque meritevole di pena o di misura cautelare – non corrisponda in pieno alla descrizione legislativa¹¹. Ed è benvero che nessuna giurisprudenza, anche quella d'un tempo più ossequiosa allo spirito dell'art. 25, comma 2, Cost., è mai rimasta immune da un simile inconveniente; così come nessuno potrebbe seriamente contestare che un certo grado di duttilità è insito nel linguaggio che dà forma alla norma penale. È altrettanto vero però che, da vent'anni a questa parte, il rapporto tra regola (la legge) ed eccezione (la giustizia sostanziale) si è talmente ribaltato da potersi affermare, in modo neppure troppo provocatorio, che non sarebbe il “principio di tipicità” a reggere la meccanica punitiva¹². Siamo oramai all'apologia del “giudice ultore sociale” – epigono dei quattro che frapposero nottetempo la loro *auctoritas* al potere legislativo costringendolo a ritardare l'adozione di una norma viceversa sacrosanta¹³ – pronto a ribellarsi al testo di legge il cui rispetto lo dovrebbe legittimare in nome di una superiore, ma in realtà intima idea di giustizia cui la giurisdizione non potrebbe sottrarsi senza frustrare le aspettative sociali.

¹⁰ Il riferimento è a quella giurisprudenza secondo cui potrebbero interpretarsi estensivamente non solo i termini di legge ma anche gli effetti complessivi di una disciplina pure in mancanza di agganci testuali: cfr. Cass. III, 16 ottobre 2013, n. 2856, rv. 258583.

¹¹ Per una compiuta teorizzazione in tal senso v. R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1769 ss.

¹² Così F. IACOVELLO, intervento al convegno *Il burocrate creativo* del 16 settembre 2016, riascoltabile al sito https://www.youtube.com/watch?v=mzUw_uyRAR8.

¹³ Uno stralcio della storica scena può essere rivista al sito <https://www.youtube.com/watch?v=A9DYTsI180E>.

Né v'è da ritenere che un simile atteggiamento sia esclusivo delle corti di merito. Di certo qui la situazione è oramai endemica sino al punto che una difesa incentrata sul tenore letterale della disposizione incriminatrice può essere vissuta dall'interlocutore con viva irritazione, come se costituisse un affronto alle prerogative del "giudicante". E tuttavia, un'eguale e ancor più grave deriva si ritrova nella giurisprudenza della Corte di cassazione, oramai trasformatasi col tempo – grazie al metodo di reclutamento dei suoi membri – da baluardo di legalità in un'alternativa fonte di produzione normativa (v. *infra* § 8), impegnata nella messa a punto e nella strenua difesa nomofilattica di un'ermeneutica di lotta¹⁴. Tant'è che la Corte Suprema non si limita più ad avvalorare e consolidare la più intraprendente giurisprudenza creativa, ma si spinge sino a plasmare nuove figure di reato (v. *infra* § 4 ss.) per poi riprendere i giudici di merito riottosamente garantisti che osino disapplicarle avendo addirittura l'ardire d'invocare il divieto dell'art. 14 disp. prel.¹⁵.

3. *Uno stucchevole inganno: l'analogia mascherata da interpretazione estensiva*

Del resto, stando alla Corte di Cassazione, l'applicazione analogica della legge penale non sembrerebbe neppure esistere. O meglio può esistere, ed è vietatissima, solo quando pretenda di superare un limite strutturale della disposizione. Si pensi per esempio a una norma eterointegrata, che non può essere all'evidenza protesa dal giudice oltre la portata del richiamo¹⁶. Ma lo stesso dicasi per i precetti c.d. imperfetti perché sguarniti di una clausola sanzionatoria *ad hoc* che non

¹⁴ Emblematiche le ipotesi del disastro innominato e del concorso esterno in associazione mafiosa, per il cui carattere preterlegale si veda per tutti M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 24 s.

¹⁵ Quale emblematico esempio di annullamento in sede di legittimità di una sentenza assolutoria imposta, per il giudice di merito, dal divieto di applicazione analogica viceversa riqualificato dalla Corte di cassazione come legittima interpretazione estensiva, v. Cass. sez. II, sentenza 23 settembre 2016, n. 47848, in *Diritto&Giustizia* on line, 14 novembre 2016.

¹⁶ Così fra le tante Cass. sez. V, 30 gennaio 2015, n. 9696, rv. 262611, stando alla quale «L'atto con il quale il Pubblico Ministero modifica la imputazione ex artt. 516-517 c.p.p., non ha efficacia interruttiva della prescrizione, poiché esso non è compreso nell'elenco degli atti espressamente previsti dall'art. 160, comma 2, c.p., i quali costituiscono un numerus clausus e sono insuscettibili di ampliamento per via interpretativa, stante il divieto di analogia in malam partem in materia penale». Analogamente Cass. sez. VI, 3 giugno 2015, n. 29145, rv. 264103, secondo la quale «Non integra il reato di cui all'art. 334 c.p. la sottrazione di beni sottoposti a fermo amministrativo a norma dell'art. 214 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, ostandovi il principio di tassatività e determinatezza delle fattispecie penali, che, per il divieto di analogia in malam partem, esclude la riconducibilità del fermo amministrativo alla nozione di sequestro amministrativo».

può essere chiaramente inventata dal giudice¹⁷. Qui sì che per la giurisprudenza di legittimità ci si deve arrestare di fronte al vincolo legale, non foss'altro per il fatto che, altrimenti, la sostituzione del giudice al legislatore sarebbe così clamorosa da non potersi dissimulare.

Di contro, ogni qual volta si tratti di impiegare una disposizione incriminatrice oltre il suo significato semantico, talché dovrebbe essere l'idioma dei parlanti anziché un vincolo strutturale a frenarne l'ampliamento, l'analogia diviene un'ipotesi irricognoscibile, ovvero costantemente camuffata, grazie a una fin troppo facile retorica argomentativa, da interpretazione estensiva. Come se la Cassazione non fosse solo l'organo di vertice del nostro sistema giudiziario, ma il depositario ultimo della lingua italiana, il significato della quale le sarebbe, pertanto, consentito plasmare.

Beninteso: queste considerazioni non muovono dalla idealistica premessa che il linguaggio sia così univoco da poter innescare una meccanica applicazione del diritto. Sulla scorta di una ricorrente metafora, la disposizione incriminatrice può al contrario paragonarsi a un fascio di luce che illumina una stanza buia, di talché, senza interpretazione, non si sarebbe in grado di stabilire, nella zona dell'alone, dove l'oscurità ceda il passo alla luce e viceversa¹⁸. Ciò non toglie tuttavia che vi siano zone indiscutibilmente al buio, con la conseguenza che giudicarle all'opposto rischiarate altro non sottende che un'autentica applicazione analogica. Il che significa – fuor di metafora – che una violazione dell'art. 14 disp. prel. andrebbe sicuramente riconosciuta ogni qual volta si possa affermare, con obiettività, che il significato attribuito dal giudice ai termini che formano la disposizione non è quello conferitogli dal legislatore, vuoi perché non trova conferma in un corrispondente uso linguistico dei parlanti, vuoi perché il legislatore ha esplicitamente escluso una siffatta soluzione esegetica.

Si consideri, quale primo esempio di scuola, il caso della disposizione di cui all'art. 437 c.p., che incrimina la rimozione ed omissione dolosa di cautele contro gli infortuni. Ebbene, non potendosi seriamente dubitare che il concetto di «*infortunio*» (quale evento traumatico) sia ontologicamente e semanticamente diver-

¹⁷ Si pensi, per esempio, all'obbligo di formazione del soggetto incaricato della prevenzione incendi e della prestazione del primo soccorso (obbligo previsto art. 18, comma 1, lett. I, T.U. n. 81 del 2008) la violazione del quale non è penalmente rilevante in quanto il legislatore si è scordato di inserire la norma impositiva di tale obbligo tra quelle richiamate dalla clausola sanzionatoria di cui all'art. 55. d.lgs. 81/2008: donde l'impossibilità per il giudice di superare questo difetto di raccordo stante il divieto di cui all'art. 14 disp. prel.: così Cass sez. III, 11 dicembre 2013, n. 3145, rv. 258382.

¹⁸ Peralto, in un ordinamento pienamente congruente all'istanza di garanzia sottesa al principio di legalità penale, il *nullun crime sine lege* dovrebbe essere affiancato dal divieto d'interpretazione estensiva – come previsto, per lo meno formalmente, dall'art. 111-4 c.p. francese – così da imporre nel dubbio la soluzione semantica più favorevole al reo.

so da quello di «*malattia professionale*» (quale epilogo non violento di una patologia latente) – tant'è che l'art. 590 c.p. e tutta la disciplina prevenzionistica considerano separatamente questi due eventi – occorrerebbe giocoforza ritenere che l'art. 14 disp. prel. impedisce al giudice penale di ricorrere all'art. 437 c.p. per punire la rimozione od omissione di cautele contro *le malattie professionali*¹⁹. L'esistenza di una siffatta lacuna trova del resto conferma nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, chiamata specificamente a valutare l'esistenza di una disparità di trattamento tra imprenditori esercenti le lavorazioni esposte al rischio infortuni (in quanto tali soggetti all'art. 437 c.p.) e gli esercenti delle lavorazioni esposte al rischio di malattie professionali (in quanto tali estranei all'ambito operativo della norma penale), ha dichiarato inammissibile la questione sottoposta stante per l'appunto l'impossibilità di introdurre una nuova fattispecie incriminatrice al di fuori dei circuiti parlamentari e quindi in violazione dell'art. 25, comma 2, Cost.²⁰

Eppure tutto ciò non ha impedito alla Corte di cassazione di dilatare oltremisura l'art. 437 c.p. sino a ricondurvi anche l'omessa installazione di cautele contro le malattie professionali. È bastato il solito artificio retorico, composto da un'iniziale *concessio* in cui ci si professa devoti alla legalità²¹, e da una successiva *inventio*²², così scoperta, però, da scadere stavolta nell'ossimoro. Il riferimento è all'ideazione del concetto di “malattia-infortunio”, che pur non trovando riscontro in alcuna classificazione medico-legale²³ e ancor meno nella lingua parlata, si

¹⁹ E così in effetti si era pronunciata la più risalente giurisprudenza di merito (Trib. Bolzano 31 dicembre 1979, in *Giur. merito*, 1982, 171; Trib. Padova 3 novembre 1984, in *Riv. pen.*, 1984, 932) nonché ovviamente la dottrina compatta: cfr. V. ZAGREBELSKY, *Omissione o rimozione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, 1980, 7; A. ALESSANDRI, *Cautele contro disastri o infortuni sul lavoro*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, 1988, 153; S. PANAGIA, *Profili di tutela penale dell'ambiente di lavoro: il nesso di causalità nelle malattie professionali*, in AA.VV., *Tutela della salute negli ambienti di lavoro e malattie professionali*, 1988, Padova, 1989, 523; S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*. Tomo I, *I delitti di comune pericolo mediante violenza*, Padova, 2003, 750 ss.; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, Tomo I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano, 2008, 560 ss.

²⁰ Corte cost. 15 luglio 1983, n. 232.

²¹ «Non può esservi dubbio alcuno sul fatto che nel concetto di “infortunio sul lavoro” (...) non rientrino le “malattie professionali”»: così inizia il proprio ragionamento la sentenza che per prima ha colmato in via analogica lacuna dell'art. 437 c.p.: Cass. sez. I, 9 luglio 1990, n. 12367, rv. 185325.

²² Stante la diversa funzione della legalità nel diritto penale rispetto al civile (v. *supra* § 1), v'è da ritenere che la “funzione inventiva del giurista” sia nel primo contesto sempre nefasta, laddove al di fuori del diritto punitivo può essere considerata una “dote”: in quest'ultima prospettiva v. P. GROSSI, *Ordine, compattezza, complessità. La funzione inventiva del giurista, ieri ed oggi*, Napoli, 2012, poi in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2015, 95 ss.; ID., *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1135 ss.

²³ Sulla insostenibilità di tale distinzione alla luce della disciplina di settore v., puntualmente, F. PONTRANDOLFI, *La pretesa figura della “malattia infortunio” e l'asserita rilevanza dell'agente*

distinguerrebbe dalla malattia *tout court* – questa solo esclusa per la Cassazione dall’ambito applicativo dell’art. 437 c.p. – in ragione del fatto che non consisterebbe in una semplice manifestazioni morbosa contratta nell’esercizio e a causa di lavoro²⁴, ma sarebbe prodotta da agenti esterni di varia natura (elettrica, radioattiva, chimica) evitabili con determinati accorgimenti. Ragione per cui l’omissione o la volontaria rimozione di questi ultimi ben potrebbe essere sanzionata in forza di un’interpretazione semplicemente estensiva dell’art. 437 c.p. resa ancor più indispensabile dal fatto che occorre «evitare una irrazionale disparità di trattamento tra situazioni omogenee»²⁵. E poco importa che tale disparità di trattamento sia la stessa di fronte alla quale i giudici della Consulta hanno eccepito di non poter invadere le prerogative parlamentari. Al cospetto di un legislatore ottusamente inattivo, la Corte di cassazione, a differenza della Corte costituzionale, non si ritiene evidentemente soggetta al limite dell’art. 25, comma 2, Cost.

4. Esempi di libertinaggio ermeneutico

Non si tratta purtroppo di un esempio isolato, né del più scoperto e deformatore. Anzi, l’applicazione analogica, spacciata per estensiva, si rivela quasi sempre così pervasiva da deturpare la fattispecie originaria creandone una nuova completamente fuori controllo²⁶.

Si pensi, per tutti, al reato di “*molestie olfattive*” – questa la rubrica ideata *ad hoc* dall’Ufficio del Massimario della Cassazione – che difficilmente sarebbe in grado di individuare nel codice penale un qualunque inesperto giurista pur conoscitore della lingua italiana. Né varrebbe cercarlo nei pressi dell’art. 660 c.p. o nella Sezione dedicata alle contravvenzioni concernenti la tranquillità pubblica come ci si dovrebbe per coerenza attendere. La molestia olfattiva altro non è infatti che una delle varie gemmazioni interpretative dall’art. 674 c.p. – già notoriamente esteso sempre in via analogica alla “propagazione di onde elettromagnetiche”²⁷ – il quale, a rigore, sarebbe chiamato a presidiare l’*incolumità* delle persone, incriminando chi getta cose in luogo pubblico o, tutt’al più, chi «*provoca*

esterno ai fini della configurazione del delitto di cui all’art. 437 c.p., in *Riv. infort. mal. prof.*, 1999, II, 77 ss.

²⁴ Cass. sez. I, 20 novembre 1998, n. 350, rv. 212203.

²⁵ Cass. sez. I, 6 febbraio 2002, n. 11894, rv. 221072.

²⁶ Per una magistrale analisi critica G. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.

²⁷ Cass. sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845, rv. 240769. Per questa ulteriore e chiarissima applicazione analogica si veda per tutti A. SCARCELLA, *Getto di campi elettromagnetici: un reato di pericolo concreto per il principio di legalità*, in questa *Rivista*, 2011, 493 ss.

emissioni di gas, di vapori o di fumo» stante la loro potenziale nocività. Di qui la scontata conclusione d'un tempo secondo la quale, sebbene le emissioni possano puzzare, la propagazione di odori molesti sarebbe estranea all'ambito applicativo dell'art. 674 c.p. giacché il semplice odore, per definizione, non può mai risultare nocivo all'incolumità. A tacer d'altro – come osservavano alcuni magistrati del secolo scorso – «il principio di tassatività posto dall'art. 1 c.p. non consente di comprendere nel divieto di emissioni (...) le emanazioni e le esalazioni maleodoranti (...). È di tutta evidenza [o almeno, un tempo lo era] che l'assimilazione delle esalazioni maleodoranti alle emissioni di gas e vapore non regge all'esegesi lessicale del dato normativo per le notorie ed evidenti differenze ontologiche e chimiche»²⁸.

Sarà una coincidenza temporale, ma di lì a qualche anno sono improvvisamente sfiorite le scontate considerazioni appena riportate. Il giudice – si è detto – non può essere relegato ai “lavori forzati dell'esegesi”²⁹ ed ogni concetto logico o lessicale ben può essere ripasmato per adeguarlo ai tempi che cambiano: sicché una «cosa» ben può diventare un'onda elettromagnetica; «gettare» ben può equivallere a “produrre, far nascere” come c'insegna del resto anche il Sommo Poeta nella sua *Commedia*³⁰; e nulla impedisce che i gas, i vapori e i fumi siano intesi come circonlocuzione di una loro comune proprietà, l'odore, così da consentire di ricondurre all'art. 674 c.p. anche le semplici esalazioni olfattive seppure non accompagnate dalla concreta emanazione di gas, vapori o fumo³¹. E poco importa che di questo passo l'art. 674 c.p. finisca per sovrapporsi all'illecito civile di cui all'art. 844 c.c. Non può essere certo un ammennicolo teorico, qual è la sussidiarietà, ad arrestare l'imperante supremazia della giustizia. La quale, in preda a un'insaziabile deriva, può spingersi anche oltre, così da punire un'immissione completamente irrilevante ai sensi dell'art. 844 c.c., giacché solo l'illecito civile assumerebbe come soglia di tipicità la “normale” tolleranza mentre la norma penale s'ispirerebbe a un parametro ancor più stringente³². E da qui poi – come capita a chi si abitua a spingersi oltre il limite – l'ulteriore conseguenza che rientrebbero nell'area di rilevanza penale dell'art. 674 c.p. anche gli effetti collaterali

²⁸ Così Cass. Sez. I, 29 gennaio 1991, n. 4539 in *Giust. pen.*, 1991, II, 617 ss. che conclude quindi coerentemente per la rilevanza puramente civilistica dell'immissione odorosa ai sensi dell'art. 844 c.c.

²⁹ P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, ora in ID., *Società, diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 277.

³⁰ Non è una *boutade*, ma il cruciale argomento esegetico utilizzato da Cass. sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845, cit., § 6.1 dell'originale.

³¹ Così fra le altre Cass. sez. III, 3 luglio 2014, n. 45230, rv. 260980 relativa all'odore proveniente da un recinto di cani.

³² In spregio ad ogni logica di sussidiarietà, tale principio è stato enunciato Cass. sez. III, 21 febbraio 2006, n. 11556, rv. 233565.

olfattivi di un comportamento autorizzato in sede amministrativa a prescindere dal superamento di un qualunque limite³³. Come a dire che l'immissione ben può essere lecita in termini amministrativi, tollerabile in sede civile, e ciò nondimeno punita dal giudice penale, che evidentemente tutto può.

Non si tratta di "colpi di sole", né di singolari bizzarrie. Al contrario, è quanto mai ricorrente che l'applicazione analogica della legge penale, anziché riequilibrare una norma imperfetta come suppongono i suoi estimatori, induca a conseguenze così assurde da tradursi in autentiche aberrazioni tecnico-giuridiche³⁴.

Si consideri, quale ulteriore esempio, quell'inflessibile giurisprudenza che per oltre quindici anni ha continuato a punire come furto in abitazione anche quello commesso dal cliente di un esercizio commerciale durante l'orario di apertura³⁵. E a nulla valeva osservare che l'art. 624-*bis* c.p. punisce chi si «*introduce*» nel *locus commisi delicti* mentre il cliente semplicemente "entra". Né giovava obiettare che nella parte dei locali aperti al pubblico non si svolgono per definizione attività di «*privata dimora*»; e ancor meno interessava alla giurisprudenza che il furto in abitazione sia un reato necessariamente complesso e plurioffensivo sicché non potrebbe configurarsi senza una violazione di domicilio e una corrispondente lesione della sicurezza domestica. Prima del recente intervento delle Sezioni Unite, l'applicabilità dell'art. 624-*bis* c.p. era fatta dipendere unicamente dal fatto che il furto fosse stato commesso in un luogo in cui le persone potevano «*intrattenersi per compiere, anche in modo transitorio e contingente, atti della loro vita privata*»: con la conseguenza che si è chiamato per esempio a rispondere di furto in abitazione anche il cliente di una tabaccheria che durante l'orario di apertura si era appropriato di alcuni valori «*mentre la proprietaria del negozio era intenta a servire altri clienti*»³⁶. Se così è, non v'è allora da sorprendersi che una siffatta interpretazione analogica – già fomite di rilevanti conseguenze sanzionatorie e non

³³ Così fra le molte Cass. sez. III, 9 ottobre 2007, n. 2475, rv. 238447; Cass. sez. III, 18 giugno 2015, n. 36905, rv. 265188.

³⁴ Forse insuperabile rimane il caso dell'applicazione analogica che ha finito inavvertitamente per configurare un tentativo di contravvenzione in spregio all'art. 56 c.p. Il riferimento è all'interpretazione dell'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 313/1991 che puniva all'epoca con l'ammonta «*chiunque immette in commercio, vende o distribuisce gratuitamente al pubblico giocattoli privi della marcatura CE*» ed è stato applicato dalla giurisprudenza di legittimità anche ai casi di semplice «*detenzione*» di tali beni prodromica alla messa in commercio: ne dà notizia con tono comprensibilmente critico rispetto alla tenuta della legalità penale S. CORBETTA, *Giocattoli sprovvisti della marcatura CE*, in *Il Quotidiano giuridico*, on line del 16 marzo 2011.

³⁵ Fortunatamente la tesi pare sia stata di recente superata da Cass. sez. un., 23 marzo 2017, n. 31345, rv. 270076, intervenuta nelle more della pubblicazione del presente lavoro, cui si rinvia per una compiuta illustrazione dell'imponente giurisprudenza di segno contrario.

³⁶ Lo sottolinea con incomprensibile acribia descrittiva Cass. sez. V, 19 febbraio 2014, n. 32026, rv. 261672.

minori distorsioni nella fase esecutiva in forza dell'art. 656, comma 9, lett. a, c.p.p. – abbia contagiato la fattispecie di rapina in seguito all'introduzione della nuova aggravante di cui all'art. 628, comma 3, n. 3-bis c.p.: la quale, in un climax d'irragionevolezza è stata così applicata, tanto alle rapine nei supermercati aperti al pubblico³⁷, quanto ai fatti commessi nella dimora del reo³⁸. Ed è benvero che quest'ultima interpretazione non sottende un'analogia; non v'è dubbio, tuttavia, che la ricorrente trasgressione dell'art. 14 disp. prel. alimenta una cultura dell'illegalità così pervasiva da finire per avallare anche le più astruse pulsioni giustizialistiche.

Valga considerare quanto accade ogni qual volta il diritto penale lambisce la morale sessuale. Il riferimento non è solo alla fattispecie di Violenza sessuale notoriamente bersagliata da molteplici applicazioni analogiche che hanno finito per deformare la nozione di atto sessuale³⁹, il concetto di abuso di autorità⁴⁰ e l'ipotesi della sostituzione di persona⁴¹. Il vero è che ogni qual volta affiora un'immoralità licenziosa la giurisprudenza cede a soluzioni così divergenti dalla struttura della fattispecie e talmente dissonanti dal materiale semantico utilizzato dal legislatore da apparire incredibile a priori che ci si possa spingere a tanto. Si pensi, solo per proporre qualche esempio, al caso del partner che millanta di amare l'altro al solo fine di arricchirsi spillandogli denari e averi: perché non sfruttare la fattispecie dell'art. 640 c.p. per ipotizzare l'esistenza di una "truffa sentimentale"⁴². E il marito fedifrago che si finge divorziato per carpire nuove

³⁷ Così Cass. sez. II, 12 maggio 2015, n. 24761, rv. 264384, secondo la quale «È configurabile l'aggravante dell'introdursi in un luogo di "privata dimora", prevista dall'art. 628, comma 3, n. 3-bis, c.p., quando l'autore della rapina pone in essere la condotta delittuosa all'interno di un supermercato durante l'orario di apertura dello stesso, in quanto tale luogo è adibito dai dipendenti anche per atti della loro vita privata, seppur in modo transitorio e contingente».

³⁸ Cass. sez. II, 20 luglio 2016, n. 30959, rv. 267575, con riguardo al fatto di reato commesso dal nipote ai danni della nonna con la quale conviveva.

³⁹ Cfr. fra le varie rassegne critiche F. MACRÌ, *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali tra interpretazione estensiva e analogia in malam partem*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 109 e ss.

⁴⁰ Un tempo correttamente interpretata con riferimento alla sola sfera pubblicistica (così, per esempio Cass. sez. III, 24 marzo 2015, n. 16107, rv. 263333), l'ipotesi è stata da ultimo riconosciuta anche nell'ambito dei rapporti di supremazia di natura privatistica: cfr. Cass. pen. III, 8 marzo 2016, n. 33042, rv. 267453.

⁴¹ Cass. sez. II, 23 settembre 2016, n. 47848, cit.; Cass. sez. III 1 giugno 2010, n. 20578, in *Cass. pen.*, 2011, 574 ss. con nota di G. ANDREAZZA, *L'espansione del concetto di sostituzione di persona nella lettura giurisprudenziale del reato di induzione ad atti sessuali mediante inganno*.

⁴² E poco importa che nel caso concreto l'imputato sia stato poi assolto in quanto la semplice menzogna non integrerebbe un raggirio e non v'era prova né del dolo iniziale né del nesso causale tra la menzogna e l'atto di disposizione patrimoniale (così Trib. Milano, sez. III, 14 luglio 2015, con nota di S. FINOCCHIARO, *Sulla rilevanza penale della truffa "sentimentale": una recente pronuncia del Tribunale di Milano*, in *www.penalecontemporaneo.it*. on line del 16 settembre 2015). Il fatto preoccupante è che vi siano Procure della Repubblica pronte ad avallare una così macroscopica distor-

conquiste? Non è quella scontata “bugia da balera” cui ricorrono da decenni torme di cinquantenni impenitenti, ma un vera e propria sostituzione di persona⁴³.

L'istruttore di nuoto riprende con telecamere nascose le ragazze all'interno delle docce? O un volontario della croce rossa denuda la paziente incosciente durante il trasporto in ambulanza per fotografarla col cellulare? A nulla varrebbe osservare che non vi può essere in questi casi condotta violenta né evento coercitivo ai sensi dell'art. 610 c.p. stante la mancata percezione della vittima dell'altrui condotta invasiva⁴⁴. Il concetto di violenza, in senso indiretto, può essere talmente snaturato dal giudice penale da ricomprendere anche l'approfittamento dello stato d'incapacitazione⁴⁵; e persino i casi in cui «*la percezione della coazione psichica della persona offesa sopravvenga all'esaurimento della condotta intrusiva*» ancorché questo momento sia posteriore alla verifica del fatto tollerato⁴⁶.

E ancora. Il lavoratore licenziato si vendica del proprio datore inserendo il numero di cellulare di quest'ultimo in una chat erotica con un *alias* di fantasia? Non è un caso da relegare a moderna rivisitazione degli scurrili falsi avvisi che tappezzavano un tempo le pareti dei bagni pubblici. Né la fattispecie contravvenzionale di molestie in via mediata (*ex artt. 48 e 660 c.p.*) può ritenersi una risposta adeguata alla gravità del fatto. Per la giurisprudenza si tratterebbe di un'autentica “sostituzione *virtuale* di persona” (*rectius*: di “*nickname*”) rilevante ai sensi dell'art. 494 c.p.⁴⁷. Ma come superare il fatto che l'agente non ha in questo caso sostituito sé stesso all'altro; né tanto meno gli ha attribuito un falso nome, un falso stato o una qualità cui la legge attribuisce effetti giuridici, perché in

sione del reato di truffa da renderlo ipoteticamente applicabile a fattispecie concrete rispetto alle quali non sarebbe neppure configurabile il dolo negoziale ai sensi dell'art. 1439 c.c. Non dissimile è del resto quella giurisprudenza che ritiene possibile ambientare l'art. 640 c.p. anche in ambito processuale: fra le più recenti Tribunale di Asti, 26 febbraio 2016, n. 428, in *Giur. pen.* on line del 25 maggio 2016, nonché per un'esplicitazione delle premesse sistemico-culturali di questa giurisprudenza, viste dalla prospettiva di un titolare dell'azione penale, E. INFANTE, *Il ruolo del giudice e le funzioni del processo: dalla truffa processuale alle questioni c.d. eticamente sensibili*, in *Leg. pen.* on line, dell'8 febbraio 2016.

⁴³ Così Cass. sez. V, 10 agosto 2016 n. 34800, in *Guida al dir.*, 2016, fasc. 37, 41 che è incorsa quanto meno un'*interpretatio abrogans* del dolo specifico di profitto che caratterizzerebbe in termini restrittivi tale fattispecie: in relazione a una siffatta tecnica esegetica fomite di autentiche applicazioni analogiche v. *infra* § 6.

⁴⁴ In tal senso si sarebbero peraltro espresse anche le Sezioni Unite nella nota sentenza Giuliani: Cass. sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, rv. 241752.

⁴⁵ Così relativamente al caso del volontario della croce rossa, Cass. sez. V, 7 marzo 2013, n. 28280, in *Foro it.*, 2013, II, 523 ss.

⁴⁶ Così relativamente al caso dell'istruttore di nuoto: Cass. sez. V, 14 maggio 2015, n. 28174, in *Diritto&Giustizia* on line 3 luglio 2015.

⁴⁷ Cass. Sez. V, 28 novembre 2012, n. 18826, in *Guida al dir.*, 2013, fasc. 23, 61 ss., con nota di D. MINOTTI, *Uno sforzo interpretativo di grande portata per applicare vecchie norme alla tecnologia*.

realtà tutto questo lo ha attribuito a un *avatar immaginario*? Sottigliezze da legulei: l'«attività di interpretazione estensiva della norma penale (...) lungi dall'essere vietata, è invece lecita e, anzi, doverosa, quando sia dato stabilire – attraverso un corretto uso della logica e della tecnica giuridica – che il precetto legislativo abbia un contenuto più ampio di quello che appare dalle espressioni letterali adottate dal legislatore. In tal caso, non si dà luogo ad alcuna violazione dell'art. 14 disp. gen. (che vieta, invece, l'applicazione analogica di una norma al di fuori dell'area di operatività che le è propria), in quanto non ne risulta ampliato il contenuto effettivo della disposizione, ma si impedisce che fattispecie a essa soggette si sottraggano alla sua disciplina per un ingiustificato rispetto di manchevoli espressioni letterali, che non potevano essere previste dal legislatore nel momento storico in cui la disposizione venne emanata»⁴⁸.

5. L'esplicita correzione sfavorevole della disposizione incriminatrice

Come ben si evince da quest'ultima citazione – che s'invita a rileggere con attenzione – l'applicazione analogica non è l'unica strada percorsa dalla giurisprudenza della Cassazione per far prevalere la giustizia sostanziale al testo di legge. Sempre più frequenti sono i casi in cui la giurisprudenza procede a un'esplicita correzione del testo di legge allorché sia ritenuto deficitario rispetto agli obiettivi politico-criminali che – essa ritiene – sarebbe stato doveroso perseguire.

Non che ciò non possa accadere. Il fatto è che, nel nostro sistema, spetterebbe alla Corte costituzionale eliminare una norma incriminatrice sovra- o sotto-dimensionata rispetto allo scopo, stante l'indeterminatezza o l'intrinseca disparità di trattamento che una siffatta asimmetria può ingenerare. Di contro, poiché tale soluzione comporterebbe nel frattempo un deficit punitivo sgradito alla Suprema Corte, quest'ultima preferisce correggere da sola la disposizione illegittima, manipolandone il significato. Il tutto, beninteso, sempre sotto le mentite spoglie dell'interpretazione estensiva ovvero, da ultimo e come si preciserà in seguito, in forza dei poteri asseritamente conferiti al diritto vivente dall'art. 7 CEDU (v. *infra* § 8).

Uno dei primi storici esempi di tale *modus operandi* è del tutto marginale, ma ha costituito una pietra miliare della successiva giurisprudenza che ne ha replicato il metodo in contesti ben più rilevanti. Il riferimento è alla correzione della norma incriminatrice del Testo Unico sulla pesca che puniva lo scarico senza autorizzazione, o in violazione di essa, proveniente da stabilimenti industriali (art. 9

⁴⁸ Così Cass. sez. V, 28 novembre 2012, n. 18826, cit., § 1 della motivazione.

e 36 r.d. 1604/1931). Incorrendo in un'oggettiva carenza redazionale, il legislatore dell'epoca incriminava infatti all'art. 36 cit. solamente i «*contravventori delle disposizioni prefettizie di cui all'art. 9*», dimenticandosi così che quest'ultima norma assegnava al Prefetto solo il controllo degli sversamenti nelle acque pubbliche "interne", mentre lo scarico nelle "zone marine" era affidato al controllo autorizzativo delle Capitanerie, tralasciate però dalla disposizione sanzionatoria. La discrasia era tale che restava priva di rilevanza penale l'ipotesi ritenuta più grave: motivo per cui, a rigore, la disposizione dell'art. 36 cit. non sarebbe potuta sfuggire a una dichiarazione d'illegittimità per deteriore disparità di trattamento dei casi in essa sussumibili. Ma perché darsi la briga di instaurare una procedura tanto complessa quanto scontata negli esiti, che per di più avrebbe finito per ingenerare un temporaneo vuoto di tutela? Meglio lasciare alla Corte di cassazione la possibilità di correggere il dispositivo consentendo di ricondurre alla fattispecie penale anche l'ipotesi trascurata⁴⁹. Né varrebbe eccepire, candidamente, che il combinato disposto degli artt. 25, comma 2, Cost e 14 disp. prel. impedirebbe quest'ultima forma di rettifica: «*quando il contenuto effettivo delle singole disposizioni, accertato correttamente attraverso i mezzi consentiti dalla logica e dalla tecnica giuridica, è più ampio di quello che appare dalle espressioni letterali che compongono la disposizione stessa*», per la Corte di cassazione «*non già di analogia si tratterebbe ma di semplice interpretazione estensiva*»⁵⁰.

D'altronde – eccepiscono con sorpresa i giudici coinvolti nei dibattiti sul tema di queste pagine – che male c'è? Nel sistema legislativo era presente un errore: errore che avrebbe comportato l'oneroso intervento coordinato della Corte costituzionale (che avrebbe dovuto eliminare la norma illegittima) e del legislatore (che avrebbe dovuto poi sostituirla con una nuova disposizione finalmente corretta), con l'ulteriore inconveniente di non poter punire i fatti commessi prima del varo della nuova e finalmente più precisa disposizione incriminatrice; ed allora perché non lasciare che l'inconveniente sia rimediato direttamente dalla Corte di cassazione, la cui ingerenza avrebbe peraltro il merito di evitare temporanei vuoti di tutela, che peraltro la "gente" non capirebbe? Quale sarebbe il problema?

Il problema, invece, esiste. E non ci si riferisce solo all'illegale punizione dell'imputato nel processo in cui per la prima volta è maturata la correzione del precetto penale, il quale si trova ad essere sanzionato pure in mancanza di una previa legge penale o di un antecedente orientamento interpretativo che incriminasse il comportamento per cui a posteriori è stato punito. Il problema principale, perché sistemico, sta in quel concetto suadente ma in realtà letale per la democraticità del diritto penale secondo cui può esservi un "*contenuto effettivo delle*

⁴⁹ Così in effetti si premurò di fare Cass. sez. III, 29 aprile 1974, n. 1041, rv. 129192.

⁵⁰ Cass. sez. III, 29 aprile 1974, n. 1041, cit.

disposizioni incriminatrici più ampio delle espressioni letterali". Inoculando nell'ordinamento questo fatale concetto si decreta la fine della rigidità dell'art. 25, comma 2, Cost. e, con ciò, la capitolazione dell'unico baluardo previsto dall'ordinamento avverso il dispotismo assiologico (v. *supra* § 1), con l'evidente rischio che l'inversione del rapporto di supremazia tra la legge e il giudice consenta a quest'ultimo di forgiare in modo autonomo nuove fattispecie incriminatrici.

Si pensi, a riprova, all'autentica invenzione del reato di lottizzazione abusiva tramite illegittima modificazione della destinazione d'uso di un immobile.

In termini letterali, nessuno potrebbe dubitare che l'art. 30 T.U.E. qualifichi come lottizzazione abusiva solo le condotte che abbiano per oggetto *terreni*⁵¹: con la conseguenza che la trasformazione d'uso di un manufatto già costruito (come nella classica ipotesi del frazionamento in difformità dagli strumenti urbanistici di un albergo in più unità abitative) non potrebbe considerarsi un'autentica "lottizzazione abusiva". E tuttavia, poiché anche nel caso di illegittima trasformazione d'uso la giurisprudenza scorge un'offesa al regolare assetto del territorio, anzi un'offesa più grave malgrado la zona fosse già per definizione antropizzata, essa ritiene che non vi sia violazione del principio di tassatività nell'applicare l'art. 30 T.U.E. anche a quest'ultima ipotesi, senza che – va da sé – «*tale interpretazione [possa considerarsi] elusiva del divieto di analogia in materia penale (...) trattandosi invece di un'interpretazione logica del tutto coerente con lo scopo di tutela della fattispecie incriminatrice, che risulterebbe, al contrario, irrazionalmente limitata da un'interpretazione basata sul mero dato letterale*»⁵².

È scritto proprio così: «*fattispecie incriminatrice irrazionalmente limitata dal dato letterale*». Come a enunciare in modo manifesto che al di sopra della legge sta il giudice, ovvero un parametro di giustizia che può consentire a quest'ultimo,

⁵¹ Per convincersene è sufficiente leggere la norma definitoria, nella quale l'oggetto materiale della condotta è ripetutamente e univocamente esplicitato: «Si ha lottizzazione abusiva di *terreni* a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei *terreni* stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del *terreno* in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio».

⁵² Il passaggio è estrapolato da Cass. sez. III, 17 marzo 2009, n. 17865, rv. 243748, 5 s. dell'originale, ma la rilevanza di questa fattispecie preterlegale di reato è confermata fra le altre da Cass. sez. III, 6 giugno 2012, n. 27289, rv. 253147; Cass. sez. III, 16 settembre 2015, n. 38799, rv. 264717. Del resto, un'identica interpretazione analogica era proposta dalle Sezioni Unite con riferimento al reato di lottizzazione abusiva delineato dal combinato disposto degli artt. 28 l. 17 agosto 1942, n. 1150 e 17, lett. b) l. 28 gennaio 1977, n. 10: cfr. Cass. sez. un., 28 novembre 1981, n. 1200, rv. 152055.

suo unico depositario e latore, di dilatare l'area di rilevanza penale. E se non basta una correzione, se ne possono apportare anche due, o tre, fino a quando la fattispecie assume la conformazione desiderata. Emblematico il caso del delitto di scambio elettorale politico-mafioso introdotto dal legislatore del '92: il quale si era concentrato solo sullo scambio di voti *versus* denaro (omettendo il riferimento alle altre "utilità"), richiedendo per di più che il denaro fosse effettivamente "erogato" (anziché semplicemente promesso) e lasciando infine impunito il mafioso che prometteva voti⁵³. Poco male: ci ha pensato la Cassazione a introdurre la punibilità dello scambio illecito che abbia ad oggetto anche le altre utilità economicamente quantificabili⁵⁴, anticipando la soglia di rilevanza penale del fatto alla semplice "promessa"⁵⁵ e punendo per lo scambio oltre al politico anche il mafioso⁵⁶.

E a chi pensa che tutto ciò sia in fondo tollerabile, specie quando le garanzie calpestate siano quelle dei "mafiosi", viene da domandare cosa protegga oramai il cittadino comune dall'adozione di un parametro di giustizia che tale non sia, e cosa impedisca a questo punto alla giurisprudenza di creare una norma completamente inversa rispetto alle opzioni di libertà perseguite dal legislatore in termini di frammentarietà. La dottrina che avalla tale soluzione ritiene che il rischio di un assolutismo giudiziario sarebbe frenato dalla necessaria coerenza teleologica tra la nuova fattispecie giurisprudenziale e quella legislativa⁵⁷. E tuttavia, quand'anche si sorvolasse sul fatto che il principio di offensività e la categoria del bene giuridico vengono così impiegati in senso opposto alle finalità delimitative per cui furono ideati⁵⁸, v'è seriamente da dubitare che l'uniformità teleologica costituisca un argine effettivo capace di frenare le più disparate pulsioni giustizialistiche. Del resto, l'idea del bene giuridico tutelato, se lo emancipa dal riferimento a una disposizione ben precisa, altro non è che sinonimo di mera opzione politica.

⁵³ Il riferimento è all'originario 416-ter c.p. secondo il quale «*La pena stabilita dal primo comma dell'art. 416-bis si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo art. 416-bis in cambio della erogazione di denaro*»: in argomento v. per tutti G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017, 216 ss.

⁵⁴ Cfr. Cass. sez. II, 30 novembre 2011, n. 46922, rv. 251374; Cass. sez. VI, 11 aprile 2012, n. 20924, rv. 252788.

⁵⁵ Cfr. Cass. sez. I, 2 marzo 2012, n. 32820, rv. 253740.

⁵⁶ Cfr. Cass. IV, 28 maggio 2013, n. 23005, citata da G. AMARELLI, *La contiguità*, cit., 252.

⁵⁷ Così sostanzialmente R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo*, cit. Per una premonitrice teorizzazione di un'analoga impostazione poi praticata dallo stesso Autore una volta pervenuto alla Suprema Corte v. L. RAMACCI, *I reati ambientali ed il principio di offensività*, in *Giur. merito*, 2003, 1048 ss.

⁵⁸ Cfr. anche per gli ulteriori riferimenti V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014.

Se ne rinviene una dimostrazione quanto mai eloquente nella recente sentenza della Corte di cassazione che ha esplicitamente corretto in termini teleologici l'art. 600-*quater*1 c.p. per sanzionare il soggetto trovato in possesso di cartoni animati *hard* raffiguranti *avatar* dai tratti infantili coinvolti in attività sessuali⁵⁹. A ben vedere, la definizione letterale di pedo-pornografia virtuale non lascerebbe dubbi in merito alla piena liceità di tale condotta: se infatti «*per immagini virtuali si intendono immagini (...) la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali*», è scontato che le animazioni grafiche riconoscibili come tali, che quindi non possono essere confuse come reali, non costituiscano pornografia minorile virtuale⁶⁰. Del resto, già l'art. 600-*quater*1 c.p. rappresenta una marcata deroga al principio di offensività; dilatarlo oltremisura significherebbe scadere nel diritto penale dell'atteggiamento interiore. E tuttavia, ricorrendo proprio a quella interpretazione teleologica cui una parte della dottrina suggerisce di affidarsi per controllare le pulsioni sanzionatorie della giurisprudenza, la Terza Sezione della Corte di cassazione ha ritenuto di annullare la doppia conforme pronuncia di assoluzione, per "imporre" che anche le ricostruzioni interamente grafiche, essendo ritenute offensive del bene giuridico che il legislatore avrebbe dovuto presidiare, debbano ricondursi al concetto di pedo-pornografia virtuale di cui all'art. 600-*quater*1 c.p.. Pare superfluo, a questo punto, sforzarsi di spiegare perché si tratti di un'assurdità. Non resta, piuttosto, che precipitarsi a nascondere le collezioni di Crepax e di Milo Manara, nelle quali non poche tavole raffigurano protagonisti dalle sembianze "criminosamente" adolescenziali, nell'attesa – va da sé – che la giurisprudenza-legislativa s'inventi una "scriminante artistica".

6. *L'interpretatio abrogans in malam partem*

Tra le soluzioni esegetiche contrastanti con l'art. 25, comma 2, Cost., quella più praticata e perniciosa, ma al tempo stesso chissà perché meno contrastata nelle aule di giustizia, è l'*interpretatio abrogans in malam partem*. Eppure, che si tratti di una plateale ed esiziale violazione della legalità, non è difficile da intuire.

Se infatti compito della disposizione incriminatrice è quello di circoscrivere l'area di rilevanza penale (v. *supra* § 1), occorrerebbe giocoforza ritenere che tutte le condizioni di tipicità previste dal legislatore debbono ricorrere nel fatto storico perché lo si possa punire. Depotenziare o peggio eliminare un elemento struttu-

⁵⁹ Cass. sez. III, 13 gennaio 2017, n. 22265, in *Guida al dir.* 2017, fasc. 26, 98.

⁶⁰ Così infatti si erano espressi entrambi i giudici di merito in linea con la conforme e pacifica opinione della dottrina: cfr. per tutti A. CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, 276.

rale, perché ritenuto sgradito, incoerente o semplicemente disagiata da provare in ambito processuale, equivale a un arbitrario rimodellamento della tipicità contrastante con l'art. 25, comma 2, Cost. Il testo può essere tradito, infatti, non solo quando lo si applica oltre il suo significato semantico (v. *supra* § 3 ss.) o lo si corregge (v. *supra* § 5), ma anche quando lo si amputa, conferendogli così una portata applicativa diversa da quella che avrebbe ove fosse inteso nella sua completezza.

Paradigmatica, a tal riguardo, è la nota vicenda che ha interessato la fattispecie di corruzione impropria di cui all'art. 318 c.p.

Così come anche la rubrica attestava («*Corruzione per un atto d'ufficio*»), l'identità di tale fattispecie si sarebbe dovuta incentrare, a rigore, sull'illecito mercimonio di un atto rientrante nella competenza funzionale del pubblico ufficiale: atto la prova del quale si sarebbe quindi dovuto necessariamente fornire onde potersi procedere alla punizione del fatto. E tuttavia, poiché la determinazione processuale dell'oggetto di corruzione risultava non sempre agevole da raggiungere, la giurisprudenza ha proceduto a un'interpretazione vieppiù recessiva di tale elemento cardine finendo da ultimo per concedere alla pubblica accusa di provare la corruzione sulla base del solo passaggio di denaro o di utilità⁶¹. Il risultato è stata la creazione di una fattispecie completamente diversa da quella legale, una sorta di accettazione di retribuzione non dovuta, che guarda caso è stata poi ratificata dal legislatore con la recente riformulazione dell'art. 318 c.p. in corruzione funzionale.

D'altronde, l'*interpretatio abrogans in malam partem*, ancor più dell'applicazione analogica, consente di camuffare in modo retorico la sostituzione del giudice al legislatore. Per sottrarsi da ogni rilievo è sufficiente per esempio conservare un significato minimale dell'elemento che si vuole depotenziare, così da potersi eccipire che non se ne sta completamente svuotando il significato. Valga, a tal proposito, il riferimento all'*interpretatio abrogans in malam partem* del "fine di profitto": chi mai può credere ancora che siano realmente a dolo specifico i reati che per legge dovrebbero essere circoscritti da tale prospettiva teleologica se la giurisprudenza interpreta il profitto, non già in termini economici come sarebbe doveroso specie nei reati contri il patrimonio, ma come "semplice utilità anche di natura morale", o addirittura come "semplice soddisfazione o godimento che l'agente si riprometta di ritrarre, anche non immediatamente, dalla propria azione". A questo punto, un qualche profitto si è in grado di ritrovarlo in ogni azione: con la conseguenza che risulta estremamente agevole trasformare – per esempio – una violenza privata in una rapina, così da punire *ex art. 628 c.p.* il ragazzo che

⁶¹ Sul processo di svuotamento della fattispecie così ottenuto si veda, con ampiezza di riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, C. BENUSSI, *sub art. 318 c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Milano, 2011, 3024 ss.

strappi dalle mani il telefono dall'ex fidanzata onde poter mostrare al padre di quest'ultima i messaggi ricevuti dalla figlia come prove del suo tradimento⁶², ovvero l'ubriaco che s'impossessi dell'arma di una guardia giurata con l'intento di umiliarla⁶³, o ancora l'amante respinto che sottragga un monile alla vittima al fine di ottenere un bacio per la sua restituzione⁶⁴. Né l'*interpretatio abrogans* del dolo specifico è scongiurata dal fatto che la giurisprudenza, ogni trent'anni, grazi un allegrone che abbia commesso il fatto "per scherzo" ritenendo che ciò non persegua un profitto⁶⁵. Al di là del fatto che non si tratterebbe neppure di una soluzione coerente – visto che anche il divertimento implica pur sempre un "godimento morale" – tale ipotesi altro non è che un "minuscola retorico" escogitato a mo' da alibi. Come a dire che si è capziosamente optato per una microscopica portata applicativa dell'elemento costitutivo da depotenziare al solo fine di poter nascondere il sostanziale azzeramento della sua portata selettiva.

Ma l'*interpretatio abrogans in malam partem* può seguire i percorsi più diversi, in funzione del risultato da ottenere. Così, per esempio, volendosi aggirare i limiti di tipicità di un reato a condotta vincolata, trasformandolo in un reato a condotta libera, è sufficiente ricorrere alla logica dell'"improprio", del "tacito" o dell'"ambientale": vale a dire affiancare al concetto tipico, come per esempio quello di «violenza», un omologo e corrispondente concetto depotenziato però delle sue caratteristiche precipue – è il caso per l'appunto della «*violenza impropria*» – così da poter punire, per esempio, *ex art. 610 c.p.* qualsiasi limitazione della libertà altrui ancorché non realizzata tramite autentica violenza o minaccia⁶⁶.

Oppure, volendosi trasformare un reato di evento in reato di pura condotta, è sufficiente optare per un modello di accertamento dell'elemento costitutivo finale così evanescente e apodittico da risultare impossibile provarne l'inesistenza nel processo. È il caso, come s'intuisce, del reato di *Atti persecutori* di cui all'art. 612-bis c.p. palesemente amputato dal diritto vivente tramite l'adozione di un criterio probatorio del «*perdurante stato di ansia e di paura*», non già di carattere medicolegale, come doverosamente ritiene la dottrina, anche togata⁶⁷, bensì appiattito sulle mere dichiarazioni della persona offesa⁶⁸ non di rado imboccata dalle do-

⁶² Cass. sez. II, 10 marzo 2015, n. 11467, rv. 263163.

⁶³ Cass. sez. II, 6 marzo 2009, n. 12800, rv. 243953.

⁶⁴ Cass. sez. II, 7 dicembre 2012, n. 49265, rv. 253848.

⁶⁵ Cass. sez. II, 25 giugno 1991, n. 11027, rv. 188495.

⁶⁶ Oltre ai casi già rammentati al termine del § 4, si veda quale ulteriore criticabilissima ipotesi G. COCO, *La sosta in seconda fila diventa violenza privata*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 1019 ss.

⁶⁷ R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Entra nel codice la molestia iterata*, in *Guida dir.*, 2009, fasc. 10, 59 e 62.

⁶⁸ Cfr. anche per i puntuali richiami F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2738 ss.

mande suggestive del giudice perché – si è sentito anche questo – la “vittima va aiutata ad esprimersi”. Se poi a ciò si aggiunge che lo stesso reato patisce anche un’*interpretatio abrogans* strutturale – posto che per la giurisprudenza basterebbero due sole azioni sgradite⁶⁹, ancorché realizzate nella stessa giornata⁷⁰, per integrare quelle «condotte reiterate» viceversa richieste dall’art. 612-*bis* c.p. – ne viene, come ben sa chiunque abbia assistito un imputato di stalking, che i confini di tipicità tracciati dall’art. 612-*bis* c.p. finiscono per dipendere dai desiderata del Giudice il quale è così in grado di conferire alla norma incriminatrice la più varia portata applicativa⁷¹.

D'altronde, oggetto di *interpretatio abrogans in malam partem* ben può essere anche un'intera norma incriminatrice “sgradita”. L'ipotesi più nota e controversa, sino al punto da avere indotto comprensibili moti di reazione nell'ambito della stessa Corte di cassazione⁷², è quella riguardante il delitto di *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone*. Poiché infatti tale fattispecie è caratterizzata, sia dalla procedibilità a querela (la cui non infrequente mancanza comporterebbe la necessità di prosciogliere l'imputato), sia da un regime sanzionatorio così blando da frustrare le risposte sanzionatorie offerte dagli artt. 628 e 629 c.p., onde evitare che il primo prevalga su queste ultime in forza dell'art. 15 c.p. è bastato alla Corte di cassazione inventarsi che il delitto di Ragion fattasi di cui all'art. 393 c.p. esigerebbe una “proporzionalità” tra la condotta violenta o minacciosa e il diritto da soddisfare, così da svuotare la norma speciale più favorevole di ogni capacità applicativa⁷³.

Ovviamente nella lettera della legge non v'è traccia di tale stravagante requisito restrittivo. Anzi, se è vero che il legislatore «nella sua insindacabile sovranità»⁷⁴, qualifica come *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni* anche quello realizzato

⁶⁹ V. per esempio, Cass. sez. V, 5 giugno 2013, n. 46331, in rv. 257560.

⁷⁰ Cass. sez. V, 13 giugno 2016, n. 38306, rv. 267954.

⁷¹ Si veda fra le più recenti e astruse applicazioni Cass. sez. V, 24 novembre 2016, n. 50057 secondo la quale «Commette il reato di stalking il padre che mette ossessivamente in discussione le scelte della madre nei confronti della figlia minore, sottoponendo quest'ultima a controlli medici continui. Per la Corte, la contestazione eccessiva del ruolo dell'altro genitore e la cura “maniacale” dimostrata verso la propria figlia, fino a comprometterne il suo normale sviluppo psico-fisico, fanno scattare il reato previsto dall'articolo 612-*bis* c.p.». Singolare anche l'inquadramento come stalking operato dal Tribunale di Salerno nel procedimento conclusosi in Cassazione con la dichiarazione di assoluta inoffensività del fatto, riguardante l'inquilino che aveva reiteratamente minacciato i bambini mentre giocavano nel cortile condominiale, arrivando persino a tagliare con un coltello il pallone utilizzato dai fanciulli: Cass. sez. V, 20 settembre 2016, n. 1786.

⁷² Il riferimento è Cass. sez. II, 4 dicembre 2013, n. 51433, rv. 257375 da cui sono estrapolate le notazioni critiche riportate di seguito nel testo.

⁷³ Cfr. per esempio Cass. sez. V, 6 marzo 2013, n. 19230, rv. 256249.

⁷⁴ Quest'espressione d'altri tempi compare nella sentenza comprensibilmente critica rispetto all'orientamento prevalente: cfr. Cass. sez. II, 4 dicembre 2013, n. 51433, cit., § 2.7 delle motivazioni.

con armi (così il comma 3 dell'art. 393 c.p.), se ne deve desumere che la proporzione è un requisito non solo distonico ma completamente avulso dalla struttura, dalla *ratio* e ancor prima dalla storia dell'illecito⁷⁵: così avulso – va aggiunto – che può essere venuto in mente solo a chi si prefigge con pervicacia l'azzeramento applicativo di tale fattispecie. Sennonché – osserva una parte contraria della magistratura con sorprendente consapevolezza del proprio ruolo – «*non è consentito all'interprete, in ossequio al principio cardine di legalità, procedere ad un'interpretazione in malam partem della suddetta normativa e ritenere che ogniqualvolta l'agente abbia posto in essere minacce e violenze particolarmente gravi, il suddetto comportamento trasmodi nel reato di estorsione*»⁷⁶.

Parole sacrosante quanto inutili. Malgrado l'ovvietà delle suddette considerazioni, la prevalente giurisprudenza della Seconda Sezione, ormai adusa a considerare flessibile il limite dell'art. 25, comma 2, Cost., non è affatto mutata, continuando a esigere la proporzione quale requisito implicito della fattispecie di cui all'art. 393 c.p.⁷⁷. Anzi, non paga, la più recente giurisprudenza ha finito addirittura per rimodellare *in malam partem* la stessa tipicità soggettiva del delitto di ragion fattasi, inventandosi che esso dovrebbe cedere il passo all'estorsione per il semplice fatto che l'adempimento del credito sia ottenuto, con violenza o minaccia, non già dal creditore ma da un terzo estraneo al rapporto obbligatorio⁷⁸: come a dire che l'art. 393 c.p. delineerebbe un reato proprio necessariamente di mano propria dell'*intraneus*⁷⁹.

Puro arbitrio.

7. Il procedimento normativo-giurisdizionale: *analogie smentite, analogie approvate, analogie ribaltate*

La vicenda dell'art. 393 c.p. richiama l'attenzione sul modo in cui si forma e si consolida una nuova norma nel diritto vivente. Ci si potrebbe chiedere infatti co-

⁷⁵ In tal senso, come ampiezza di argomentazioni Cass. sez. II, 4 dicembre 2013, n. 51433, § 2.4 ss.

⁷⁶ Così nuovamente Cass. sez. II, 4 dicembre 2013, n. 51433, cit., periodo finale del § 2.7.

⁷⁷ V. per esempio in modo eclatante Cass. sez. II, 26 novembre 2015, n. 2999, in *Diritto&giustizia* on line, con nota redazionale dal titolo *La gravità della condotta lesiva è un nuovo parametro per il reato di estorsione*.

⁷⁸ Così Cass. sez. II, 15 marzo 2016, n. 12302, in *Diritto&giustizia* on line con nota di G. PELLICCIOLI. Nel caso affrontato – si badi bene – l'esattore non era nemmeno un appartenente ad associazioni criminose che, prestando i propri servizi, intendeva garantirsi un sovrappiù rispetto al credito vantato: si trattava semplicemente di un soggetto che vantava a sua volta una somma di denaro dal creditore e si prefiggeva così di ottenere in via mediata quanto necessario a soddisfarsi.

⁷⁹ Così esplicitamente Cass. sez. II, 28 giugno 2016, n. 46288, rv. 268360.

sa realmente distingua, per la giurisprudenza, il riconoscimento di una violazione dall'art. 14 disp. prel. rispetto a un'interpretazione estensiva viceversa tollerabile.

A tal riguardo, sarebbe superfluo richiamare i numerosi ed approfonditi studi di filosofia del diritto che ciclicamente si sforzano di chiarire la questione⁸⁰. Con maggiore realismo si deve invece riconoscere che la creazione di una nuova norma giurisprudenziale è solo il riflesso di un'opzione corporativa, o meglio il prodotto di un'arcanza democrazia giudiziale. Il vero è infatti che nelle sentenze di legittimità non si riscontra una differenza sostanziale tra interpretazione analogica vietata e interpretazione semplicemente estensiva della legge penale; tutto dipende dal consenso raccolto e, ancor più, dall'autorevolezza dei sostenitori di una linea d'azione. Talché si possono verificare tre diverse situazioni: (a) interpretazioni estensive smentite dalla maggioranza e quindi considerate in contrasto con l'art. 14 disp. prel.; (b) analogie contrastate ma infine approvate e in quanto tali spacciate come semplici interpretazioni correttive (c); e da ultimo analogie così eversive da sollecitare un moto di reazione del potere normativo finalmente indotto a riaffermare le proprie prerogative costituzionali.

Tre esempi varranno a chiarire le diverse dinamiche.

a) Si consideri anzitutto, quale emblematico caso di analogia abortita, il tentativo operato dalla Corte di cassazione di estendere il sistema della responsabilità da reato previsto dal d.lgs. 231/01 a tutte le realtà imprenditoriali indipendentemente dalla loro natura societaria. Ebbene, nel leggere la dotta sentenza che avanzò tale ipotesi, non vi si riscontra nulla di eccezionale o differente rispetto alle solite sentenze sull'interpretazione estensiva⁸¹. In essa si taccia d'interpretazione formalistica la tesi che vorrebbe relegare alle sole società la disciplina prevista dal d.lgs. 231/2001; si sottolinea come le società commerciali possano essere anche unipersonali e non di rado di dimensioni più ridotte delle imprese individuali; e si conclude infine, sulla scorta della consueta interpretazione «*costituzionalmente orientata*», per la necessità di conferire una più ampia portata all'art. 2, comma 1, d.lgs. 231/01 tale da ricomprendervi tutte le imprese dotate di personalità giuridica. Nulla di straordinario, quindi, in punto di tecnica argomentativa. Eppure una siffatta tesi è stata repentinamente abbandonata dalla Suprema Corte, non già sulla scorta di sofisticate ragioni tecnico-filosofiche ma verosimilmente perché – si è costretti a supporre visto che, a differenza di quello

⁸⁰ Stante la vastità della letteratura in materia ci si limita a richiamare il quadro tracciato da V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, spec. 91 ss.; nonché nell'ambito di questa *Rivista* G. CARCATERRA, O. DI GIOVINE, N. MAZZACUVA, V. VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, 2010 347 ss.

⁸¹ Cass. sez. III, 15 dicembre 2010, n. 15657, rv. 249320.

parlamentare, il procedimento normativo-giurisprudenziale non è pubblico – avrebbe fatto “saltare il sistema” della 231/01. Da qui la contrarietà espressa da alcuni dei più autorevoli esponenti della Corte di cassazione, sia in note di commento volte a segnalare il carattere analogico del ragionamento prospettato dalla Terza Sezione⁸², sia e soprattutto in una posteriore sentenza di segno opposto⁸³ che è molto istruttivo rileggere per esteso onde apprezzare come operi il procedimento di formazione giudiziale delle norme penali. Nel rileggere quest’ultima pronuncia ben ci si avvede infatti che l’unica massima ufficiale che ne è stata estrapolata non riguarda il merito della decisione, ma un passaggio incidentale del tutto inessenziale: nel quale l’autorevole estensore ha tenuto a precisare che «*la normativa sulla responsabilità da reato degli enti prevista dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 non si applica alle imprese individuali*»⁸⁴. Si è trattato in sostanza nulla più che della formalizzazione di un voto contrario: un pesantissimo voto contrario tale da consentire all’Ufficio del massimario, impossibilitato a sopprimere la massima n. 249320, di segnalare alla corporazione che non se ne deve tenere conto, essendo stata smentita da un più ponderato principio (quello contenuto nella massima n. 252995) che ha implicitamente sancito il carattere analogico del ragionamento seguito dalla precedente pronuncia. Il che significa, con altre parole mutuare dalla terminologia parlamentare, che il progetto di legge avanzato dalla Terza Sezione della cassazione, ed affidato ai relatori Grillo-Ferrua, non è stato infine approvato dalla Camera di Piazza Cavour.

b) In altri casi, il procedimento di formazione giudiziale delle norme penali ha esito inverso: talché l’usurpazione delle prerogative legislative, sebbene contrastata da una parte della stessa magistratura, finisce per essere approvata dalla Corte di cassazione così da ergersi a nuovo diritto vivente. Emblematica al riguardo è la vicenda che ha interessato la riformulazione giudiziale della fattispecie aggravante speciale dell’ingente quantità di stupefacenti prevista dall’art. 80, comma 2, d.P.R. 309/1990⁸⁵. Come noto, infatti, a dispetto della sua enorme rilevanza sanzionatoria e processuale, tale clausola generale risulta affetta da un’esiziale inde-

⁸² Cfr. L. PISTORELLI, *L’insostenibile leggerezza della responsabilità da reato delle imprese individuali*, in *Cass. pen.*, 2011, 2556 ss.

⁸³ Il riferimento è a Cass. sez. VI, 16 maggio 2012, n. 30085, rv. 252995.

⁸⁴ Sulla funzione normativa esercitata dell’Ufficio Massimario della Cassazione v. D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in questa *Rivista*, 2012, 619 ss.

⁸⁵ Per un’ampia ricapitolazione v. A. CHIBELLI, *La “ingente quantità” di stupefacenti: la “storia senza fine” di un’aggravante al bivio tra legalità in the books e legalità in action*, in www.penalecontemporaneo.it.

terminatezza⁸⁶, tanto da avere già richiesto un primo intervento correttivo da parte dalle Sezioni Unite nel 2000⁸⁷. Non risultando però risolutivo, la circostanza è divenuta oggetto di un ulteriore vivace contrasto tra i giudici della Quarta e quelli della Sesta Sezione della Cassazione.

Questi ultimi, nel tentativo di scongiurare la doverosa dichiarazione d'illegittimità della norma, hanno proposto, a partire dal 2010, di «meglio definire l'ambito di apprezzamento rimesso al giudice di merito» individuando quale «ingente quantità il valore ponderale superiore a 2 Kg per le droghe pesanti e 50 kg per le droghe leggere»⁸⁸. Non possumus, hanno però eccepito i giudici della Quarta Sezione ricordando di esercitare una funzione giurisdizionale: «la fissazione di un predeterminato indice quantitativo, che oggettivamente segni il confine tra la quantità ingente e quella non ingente – finendo col proporsi, in sostanza, come dato avente valenza normativa – non potrebbe che essere prerogativa del legislatore, che tetti quantitativi all'uopo rilevanti, invece, non ha affatto prefissato»⁸⁹. «Se il legislatore si è limitato a individuare un criterio di carattere generale (la quantità “ingente”) le conclusioni non possono che essere due: o effettivamente la descrizione del fatto tipico è priva del richiesto carattere di determinatezza e allora la conseguenza non può che essere quella di ritenere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale; o la norma è sufficientemente determinata e dunque l'autorità giudiziaria ha il compito di individuare i criteri e i parametri necessari per consentirne l'applicazione ma non può svolgere una funzione normativa trasformando parametri interpretativi elastici in limiti quantitativi predeterminati»⁹⁰.

Ineccepibile e confortante che alcuni magistrati rammentino ancora quali siano i limiti della loro funzione. L'epilogo della vicenda è stato tuttavia di segno opposto. Rimessa nuovamente la questione alle Sezioni Unite ed affidata la relazione a un giudice della Quarta Sezione, quest'ultimo è stato verosimilmente messo in minoranza – lo si desume, stante la già rilevata segretezza del procedi-

⁸⁶ In termini generali, sulle criticità rispetto al principio di legalità derivanti dal ricorso a simili clausole generali v., per tutti. D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it. (14 novembre 2012).

⁸⁷ Cfr. Cass. sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, in *Cass. pen.*, 2001, 69, che aveva stabilito doversi ritenere sussistente l'aggravante di cui all'art. 80 cit. quando «la quantità di stupefacente sia tale da creare condizioni di agevolazione del consumo nei riguardi di un rilevante numero di tossicofili, secondo l'apprezzamento del giudice di merito che vivendo la realtà sociale del comprensorio territoriale nel quale opera, è da ritenersi in grado di apprezzare specificamente la ricorrenza di tale circostanza».

⁸⁸ Così fra le prime Cass. sez. VI, 2 marzo 2010, n. 20119, rv. 243374, nonché a seguire, fra le altre, Cass. sez. VI, 14 gennaio 2011, n. 12404, rv. 249635; Cass. sez. VI, 19 maggio 2011, n. 31351, rv. 250545; Cass. sez. VI, 25 maggio 2011, n. 27128, rv. 250736; Cass. sez. I, 8 giugno 2011, n. 30288, rv. 250798.

⁸⁹ Cass. sez. IV, 3 giugno 2010, n. 24571, rv. 247823.

⁹⁰ Cass. sez. IV, 1 febbraio 2011, n. 9927, rv. 249076.

mento normativo giurisdizionale, dalla circostanza che la redazione della sentenza venne affidata, per garbo istituzionale, ad altro consigliere – così da potersi approvare l'emendamento all'art. 80, comma 2, d.P.R. 309/90 che lo vuole delimitato da un quantitativo limite ponderale⁹¹. Si è trattato – come alcuni autorevoli magistrati non hanno mancato di riconoscere – di una plateale usurpazione del potere legislativo⁹², la cui gravità non può essere ridimensionata sostenendo che tale soluzione costituirebbe, in fondo, un'integrazione *in bonam partem*⁹³. L'alternativa all'adozione in via pretoria del criterio ponderale non sarebbe stato infatti il mantenimento dell'*arbitrio iudicis* dovuto alla totale incertezza normativa, bensì l'eliminazione – finalmente – di tale indecorosa norma per mano della Corte costituzionale. Come che sia, alla fine, la Camera di Piazza Cavour ha approvato la modifica.

c) Infine, può accadere che l'imtemperanza della giurisprudenza sia rimediata, come sarebbe fisiologico, direttamente dal legislatore. Stante l'ultraventennale asservimento della politica al potere giudiziario, l'ipotesi è divenuta sempre più rara. Ciò malgrado non mancano esempi di una siffatta dinamica anche nella storia recente. Il riferimento va, in particolare, all'esplicita incriminazione dell'elusione fiscale da parte della giurisprudenza, che è stata successivamente smentita dal legislatore con una norma volta a ripristinare lo *status quo ante*.

La vicenda è nota, ma merita di essere brevemente riepilogata perché rivela il grado di temerarietà raggiunto dal diritto vivente nel sovvertire le soluzioni politico-criminali, peraltro ineccepibili, prescelte con chiarezza dal legislatore. Come è risaputo, infatti, il nostro ordinamento non contempla alcuna disposizione che punisca fatti di elusione fiscale o, comunque, ipotesi di abuso del diritto nel settore tributario. Esisteva all'epoca soltanto la norma dell'art. 37-*bis* d.P.R. 600/1973, che, tipizzando l'elusione fiscale, sanciva l'inopponibilità all'amministrazione finanziaria degli atti, fatti e negozi giuridici, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti. Si spiega così la ragione per cui, al pari della dottrina⁹⁴, anche la giurisprudenza

⁹¹ Cass. sez. un., 24 maggio 2012, n. 36258, Rv. 253150.

⁹² Così G. AMATO, *La scelta quantitativa operata con il moltiplicatore finisce per attribuire ai giudici poteri del legislatore*, in *Guida al dir.*, 2012, fasc. 40, 40 s.

⁹³ Così G. PIFFER intervento al convegno *Il burocrate creativo* del 16 settembre 2016, riascoltabile al sito <https://www.youtube.com/watch?v=fZVdmAOsxUM>. Sul punto, cfr. altresì G. AMARELLI, *Le Sezioni unite e la indeterminata aggravante dell'ingente quantità di stupefacenti: una ricognizione di significato valida solo in bonam partem*, in *Gazz. for.*, 2012, 82 ss.

⁹⁴ Sull'irrelevanza penale dell'elusione fiscale v., per tutti, A. ALESSANDRI, *L'elusione fiscale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1075 ss.; A. DI AMATO, *I reati tributari*, in A. DI AMATO, R. PISANO, *Trattato di diritto penale dell'impresa*, VII, Padova, 2002, 249 ss.; F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto*

d'un tempo pacificamente escludesse la rilevanza penale dell'elusione fiscale⁹⁵. Del resto, che essa fosse «*priva di ogni riflesso penale*» era stato chiarito dallo stesso legislatore nella *Relazione di accompagnamento* alla legge di riforma dei reati tributari (d.lgs. 74/2000): la quale, in tale prospettiva, si era persino premurata di scongiurare una interpretazione *in malam partem* dell'art. 16 d.lgs. 74/2000 (che dichiara non punibile l'adeguamento ai indicazioni ministeriali in seguito alla procedura di interpello) stabilendo che «*la disposizione di cui all'articolo 16 è unicamente di favore per il contribuente, e non può in alcun modo esser letta, per così dire, "a rovescio", ossia come diretta a sancire la rilevanza penalistica delle fattispecie lato sensu elusive non rimesse alla preventiva valutazione dell'organo consultivo*» (§ 4.3 della relazione).

Senonché: colmando l'assenza di un'apposita norma incriminatrice; sovvertendo la propria precedente giurisprudenza, e ponendosi in frontale contrasto con le esplicite indicazioni del legislatore, la Corte di cassazione ha proceduto, con tre pronunce dei primi anni di quest'ultimo decennio⁹⁶, a introdurre dapprima e tipizzare poi il «*delitto di elusione fiscale*» quale reato a forma libera soggettivamente orientato⁹⁷. Il tutto – si badi bene – facendo leva proprio su quella interpretazione “a rovescio” dell'art. 16 d.lgs. 74/2000 che il § 4.3 della Relazione di accompagnamento aveva puntualmente prescritto all'interprete di non praticare⁹⁸.

Fu troppo anche per un legislatore da vent'anni ostaggio della magistratura qual è il nostro. Non si è quindi atteso che la giurisprudenza completasse una doverosa catarsi⁹⁹. Il Parlamento è intervenuto direttamente nel 2015, ribadendo al

to, elusione fiscale e fattispecie incriminatrici, in G. MAISTO (a cura di), *Elusione e abuso del diritto tributario*, Milano, 2009, 402 ss.

⁹⁵ Cass. sez. III, 26 novembre 2008, n. 14486, rv. 244071; Cass. sez. V, 18 maggio 2006, n. 23730, in *Dir. prat. soc.*, 2007, 62 con nota di I. CARACCIOLI.

⁹⁶ Cfr. Cass. sez. III, 18 marzo 2011, n. 26723, in *Corr. trib.*, 2011, 2937, con nota di P. CORSO, *Abuso del diritto in materia penale verso il tramonto del principio di legalità?*; Cass. sez. II, 22 novembre 2011, n. 7739, rv. 252019; Cass. sez. III, 6 marzo 2013, n. 19100, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 81 ss. con nota di A. DELL'OSSO, *L'elusione fiscale al banco di prova della legalità penale*.

⁹⁷ L'espressione, qui pienamente condivisa, è tratta da G. FLORA, *Perché l'«elusione fiscale» non può costituire reato (a proposito del «caso Dolce & Gabbana»)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 869 ss., cui si rinvia per una compiuta illustrazione della ragioni per cui sussiste un irrimediabile contrasto tra la punizione dell'elusione fiscale ed il principio di tipicità dell'illecito penale. Analogamente critici su tale innovativa giurisprudenza v., fra gli altri, G.M. FLICK, *Abuso del potere ed elusione fiscale: quale rilevanza penale?*, in *Giur. comm.*, 2011, 483 ss.; A. LANZI, *I riflessi penali dell'elusione fiscale, il transfer pricing e il CFC*, in *Ind. pen.*, 2012, 7 ss.; A. PERINI, *La tipicità inafferrabile, ovvero elusione fiscale, «abuso del diritto» e norme penali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, 737 ss.; C. PIERGALLINI, *Civile e penale a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1299.

⁹⁸ Cass. sez. II, 22 novembre 2011, n. 7739, cit., 57 ss. dell'originale.

⁹⁹ Avviata, con la solita tecnica dell'incidentale, da Cass. sez. V, 16 gennaio 2013, n. 36859, in *Dir. prat. trib.*, 2015, 788 ss., con nota di P.M. SABELLA, *Rilevanza penale dell'elusione fiscale ed abuso del diritto: un auspicato ritorno alla legalità in attesa del l'attuazione della delega fiscale*.

comma 13, del nuovo art. 10-*bis* che «*Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie*», potendo essere sanzionate solo in via amministrativa. Una norma, questa, che sarebbe stata a ben vedere del tutto inutile se la riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. fosse effettivamente osservata nel nostro ordinamento, dato che nessuna disposizione incriminatrice ha mai punito l'elusione tributaria. La necessità di promanarla dà però il senso del punto di torsione raggiunto dal nostro sistema penale, nell'ambito del quale il legislatore penale è costretto ad attivarsi, non già per legittimare ma per arrestare un potere giudiziario autoreferenziale e dispotico.

8. *La turris eburnea della Cassazione e l'aberrante interpretazione dell'art. 7 CEDU*

Nel più nobile contesto accademico circola l'idea che il superamento del tecnicismo giuridico avrebbe, fra i molti benefici effetti, anche quello di rilanciare il ruolo della dottrina¹⁰⁰: come se l'affrancamento del giudice dal testo di legge in favore della ricerca di una razionalità regolativa immanente, che può essere colta con avvedutezza specialmente da «*coloro che – unici – sanno di diritto per averne fatto oggetto della propria vita di studio e di ricerca*»¹⁰¹, non possa che portare a un recupero di centralità del giurista; se non addirittura alla rinascita della figura del giureconsulto esperto conoscitore di quell'empireo di valori e dogmi cui anche il giudice dovrebbe rifarsi per “scoprire” la *regola iuris*.

Si tratta, senza dubbio, di una prospettiva affascinante; anche se – a ben vedere – l'idea che la giurisprudenza avverta nel *logos* dogmatico una vincolatività maggiore della legge lascia perplessi. Ciò che però smentisce vistosamente una siffatta previsione è la realtà dei fatti, ossia il modo in cui, in concreto, i giudici italiani percepiscono la dottrina. Non che manchino gli esponenti della magistratura ferrati conoscitori della letteratura giuridica. Certo è che la considerazione riservata dalla giurisprudenza alla dogmatica – anche in ragione del suo progressivo e forse inarrestabile scadimento – è praticamente nulla. Mentre, infatti, in altri ordinamenti, come quello tedesco o austriaco, le sentenze imbastiscono un fitto dialogo con la teoria, con tanto di espliciti riferimenti critici alle tesi espres-

¹⁰⁰ Così fra i pensatori più autorevoli P. GROSSI, *La formazione del giurista*, cit., che non ha mancato di riproporre tale posizione in interventi cursori nel campo penale: ID., *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in *Quad. fiorentini*, 2006, II, 1043 ss.

¹⁰¹ Così P. GROSSI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 1053 alludendo alla «*comunità dei giuristi*».

se¹⁰², le sentenze della nostra Corte di cassazione – anche grazie a una singolare interpretazione estensiva del divieto di citazione posto dall’art. 118, c. 3, disp. att. c.p.c.¹⁰³ – sono non solo prive di richiami dottrinali ma oramai apertamente alternative, se non antagonistiche, alla cultura giuridica accademica. Tant’è che in qualunque contesto penalistico ci si muova, dalla preterintenzione alla teoria della colpa, dal concorso di persone al reato omissivo, siamo ormai alla “dogmatica togata”¹⁰⁴, resa esplicita dalla crescente produzione di “sentenze-manuali”, talvolta redatte a quattro mani proprio per soddisfare al meglio una siffatta esigenza didattica, nelle quali la Suprema Corte indottrina i nuovi MOT, e non solo, sulla reale struttura concettuale di un istituto. Come a dire, il libro di testo universitario vi serviva per laurearvi e superare il concorso in magistratura; ora studiate e applicate seriamente le seguenti regole.

Beninteso: è del tutto comprensibile che la Corte di cassazione trascuri gli scritti delle più recenti leve universitarie – ivi incluso chi scrive – in bilico tra le più astruse e vacue esigenze concorsuali e inclinazioni giustizialistiche ancor più prorompenti di quelle manifestate dal potere che si desidera blandire. Ciò che sorprende, invece, è il sussiego riservato dalla giurisprudenza alla più autorevole dottrina – quella vera – pure quando essa ha assolto il compito di chiarire con precisione e completezza le ragioni di una determinata soluzione applicativa.

Emblematico l’atteggiamento mostrato dalla Corte di cassazione nella “secolare contesa” sulla definizione dei limiti di tipicità del tentativo di rapina impropria¹⁰⁵. Sono decenni che la dottrina si sforza di chiarire le ragioni per cui è contrario alla lettera dell’art. 628, comma 2, c.p. – che incentra la rapina impropria sulla condotta del soggetto che «*immediatamente dopo la sottrazione*» adopera

¹⁰² Diffusamente sul punto, F. PALERMO, M. TRETTEL, *Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale nella costruzione del federalismo «vivente» in Germania e Austria*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, 285 ss.; R. FAVALLE, *La circolazione del formante dottrinale nella giurisprudenza tedesca*, in AA.VV., *Giureconsulti e giudici. L’influsso dei professori nelle sentenze*, Vol. II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Torino, 2016, 21 ss.

¹⁰³ Cfr. per esempio L. LANZA, *La motivazione della sentenza penale: decidere, scrivere, argomentare*, intervento all’Incontro di studio organizzato dal C.S.M. *La motivazione della sentenza penale*, 14-16 novembre 2009, secondo il quale è ben vero che tale norma riguarda solo il giudice civile, ma si tratterebbe «*però, all’evidenza, di una banale omissione la cui carenza non legittima certo l’estensore di motivazioni penali al richiamo nominativo di accreditati od ignoti “autori giuridici”*». In una diversa prospettiva v. invece F. RINALDI, *Sono costituzionali le normative che vietano la citazione della dottrina nelle sentenze? Brevi riflessioni tra storia del diritto e diritto comparato con particolare riferimento al “processo” costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it* (23 settembre 2015).

¹⁰⁴ Sulla dogmatica di fonte giurisprudenziale cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 101 s.; D. PULITANÒ, *Dommatica e giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2015, 4277 ss.

¹⁰⁵ Rileva come la questione si trascini da un secolo all’altro, così da «*essere discussa alla stregua di un modo perenne del diritto penale*» T. PADOVANI, *Tentativo di sottrazione e tentativo di rapina impropria*, in *Giur. it.*, 1977, II, 229.

violenza o minaccia per assicurare il possesso della cosa sottratta o per procurare a sé o ad altri l'impunità – il tetragono orientamento della Seconda Sezione della Cassazione secondo cui sarebbe punibile ai sensi degli artt. 56 e 628 c.p. il comportamento del reo che usi violenza o minaccia senza essere prima riuscito a sottrarre la cosa¹⁰⁶. E tuttavia, malgrado il numero e l'autorevolezza dei giuristi cimentatisi nel compito¹⁰⁷, e l'abbondanza delle argomentazioni utilizzate, la chiusura nuovamente operata di recente dalle Sezioni Unite – dopo che la dottrina era finalmente riuscita a fra breccia per lo meno nelle Sezioni diverse dalla Seconda competente per i reati contro il patrimonio¹⁰⁸ – rende bene l'idea di quanto velleitaria sia l'idea che, nel nostro ordinamento, il diritto vivente possa scaturire da una corale collaborazione tra giudici e giuristi accademici¹⁰⁹.

D'altronde, ancor più degli esiti, frustranti si rivelano le argomentazioni utilizzate in tal caso dalle Sezioni Unite. Il riferimento non è tanto agli aspetti tecnici della specifica questione, come quello in cui si attribuisce all'art. 56 c.p. la capacità di sanzionare una qualunque combinazione parziale del fatto tipico descritto dal legislatore¹¹⁰. Né si vuole alludere alla sufficienza con cui la Corte si rivolge

¹⁰⁶ Cass. sez. II, 13 gennaio 2011, n. 6479, rv. 249390; Cass. sez. II, 26 novembre 2010, n. 44365, rv. 249185; Cass. sez. II, 18 novembre 2010, n. 42961, rv. 249123; Cass. sez. II, 23 settembre 2010, n. 36723, rv. 248616; Cass. sez. II, 19 maggio 2010, n. 22661, rv. 247431; Cass. sez. II, 12 marzo 2010, n. 23610, rv. 247292; Cass. sez. II, 8 aprile 2008, n. 19645, rv. 240408; Cass. sez. II, 26 marzo 2008, n. 20258, rv. 240104; Cass. sez. II, 29 febbraio 2008, n. 29477, rv. 240640; Cass. sez. II, 25 settembre 2007, n. 38586, rv. 238017; Cass. sez. II, 10 novembre 2006, n. 40156, rv. 235448.

¹⁰⁷ Oltre al già citato lavoro di PADOVANI si veda, solo per citarne alcuni, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 1981, 321; C. FIORE, *I limiti della configurabilità del tentativo di rapina impropria*, in *Foro pen.*, 1963, 109 ss.; S. LOSANA, *Rapina impropria e tentativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 610; V. ZAGREBELSKY, *Rapina*, in *Noviss. dig.*, vol. XIV, 1976, 778; S. TASCONE, *Rapina propria, rapina impropria e tentativo di rapina impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1616 ss.; G. PIZZUTI, *Rapina*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987, 281; F. MANTOVANI, *Rapina*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXV, 1991, 6; D. BRUNELLI, *Rapina*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, 1996, 14 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. II, Tomo 2, 136, 2008, 136.

¹⁰⁸ Cfr., per prima Cass. sez. V, 12 luglio 1999, n. 3796, rv. 215102; seguita da Cass. sez. V, 14 dicembre 2009, n. 16952, rv. 246860; Cass. sez. VI, 10 dicembre 2008, n. 4264, rv. 243057; Cass. sez. VI, 27 novembre 2008, n. 10984, rv. 243683; Cass. sez. VI, 30 ottobre 2008, n. 43773, rv. 241919; Cass. sez. V, 13 aprile 2007, n. 32551, rv. 236969.

¹⁰⁹ Del resto, l'armonia fa difetto anche alle stesse Sezioni Unite se è vero che nella redazione della sentenza che ha risolto il contrasto sul tentativo di rapina impropria (Cass. sez. un, 19 aprile 2012, n. 34952, rv. 253153) si è proceduto a sostituire il relatore con il Presidente della Seconda Sezione, seguendo una prassi, sintomatica di una spaccatura interna al collegio, già segnalata in precedenza: v. *supra* § 7.

¹¹⁰ Come noto, invece, l'incompletezza del tentativo può riguardare solo la parte finale del fatto tipico (l'art. 56 c.p. precisa infatti, che il tentativo si configura quando «l'azione non si *compie* o l'*evento* non si *verifica*») senza potersi tradurre nella rinuncia a una precondizione di tipicità, qual è per l'appunto la previa sottrazione nella rapina impropria: cfr., per tutti D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 138 ss.

alla dottrina, ritenendo che quest'ultima, evidenziando un *vulnus* di legalità nella tradizionale posizione della giurisprudenza, sarebbe incorsa in «*suggestive argomentazioni*»¹¹¹. A sconcertare è soprattutto il punto centrale della sentenza nel quale le Sezioni Unite mirano a sostenere che l'art. 7 CEDU finirebbe per attribuire al “diritto vivente”, che ripeta con insistenza una determinata interpretazione, anche il potere di modificare *in peius* una soluzione legislativa¹¹²: quasi che l'invocata norma convenzionale abbia implicitamente scardinato l'art. 25, comma 2, Cost. e, con ciò, la rigida soggezione del giudice penale alla legge.

Una siffatta convinzione tende peraltro a circolare con sempre maggiore insistenza tra gli esponenti della magistratura, tanto che – a dispetto della sua infondatezza – la si considera oramai quasi scontata. Eppure essa scaturisce da una così grossolana incomprendimento della natura della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e soprattutto dalla assoluta inconsapevolezza del significato dell'art. 53 CEDU (secondo il quale nessuna disposizione della Convenzione «*può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare (...) le libertà fondamentali*» riconosciute dagli ordinamenti nazionali), da sorprendere che la nostra Corte di casazione continui a incorrervi¹¹³.

Vero è infatti che l'art. 7 CEDU, rivolgendosi tanto a sistemi di *civil law* quanto a quelli di *common law*, assimila sotto il concetto di «*legge*» sia la norma legislativa che quella di origine giurisprudenziale. È altrettanto vero, però, che tale assimilazione può operare solo in *bonam partem*¹¹⁴ e giammai per ridurre le garanzie individuali sovvertendo per esempio in termini illiberali il sistema delle fonti di un ordinamento nazionale. Lo impone, per l'appunto, l'art. 53 CEDU, il quale attribuisce alla Convenzione l'unica e precipua funzione di ampliare le garanzie operanti negli ordinamenti che vi aderiscono, non potendo prestarsi a restringerle – come invece ipotizzano le Sezioni Unite – tramite una malcelata sovversione della riserva di legge e del divieto di applicazione analogica in essi operanti. Ecco dunque perché risulta aberrante ritenere che l'art. 7 CEDU consenti-

¹¹¹ Cass. sez. un, 19 aprile 2012, n. 34952, cit., § 5.

¹¹² Cass. sez. un, 19 aprile 2012, n. 34952, cit., § 5. Ha prontamente segnalato l'erroneità di una siffatta impostazione G.L. GATTA, *Sulla configurabilità del tentativo di rapina impropria in ipotesi di mancata sottrazione della res*, in www.penalecontemporaneo.it (16 settembre 2012).

¹¹³ Purtroppo, infatti, il travisamento della funzione esclusivamente garantista della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non è un fatto isolato nella nostra giurisprudenza: si veda per un identico equivoco Cass. sez. IV, 6 febbraio 2003, n. 20031, in *Cass. pen.*, 2003, 3834 ss., con nota di A. TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto di vita*.

¹¹⁴ Per una corretta assimilazione *in bonam partem* del diritto vivente alla legge in forza dell'art. 7 CEDU v., per esempio, Cass. sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *Guida al dir.*, 2010, fasc. 27, 70 ss., con nota di A. MACCHIA, *La modifica interpretativa cambia il “diritto vivente” e impone di rivalutare la posizione del condannato*.

rebbe al diritto vivente, ossessivamente ripetuto *in malam partem*, di ampliare l'area di rilevanza penale in uno Stato retto dalla riserva di legge, giacché ciò equivarrebbe ad attribuire alla Convenzione la capacità di ridurre anziché ampliare le libertà fondamentali del cittadino, in palese contrasto con la natura e la funzione consustanziale di quest'atto.

Se così è, non può allora che ritenersi meritoria l'iniziativa di quei difensori che hanno eccepito, sotto vari profili, la contrarietà all'art. 25, comma 2, Cost. del diritto vivente concernente il tentativo di rapina impropria non preceduta dalla previa sottrazione del bene¹¹⁵. Se, infatti, è stata la giurisprudenza, a forza di ripetere l'applicazione, ad introdurre tale ipotesi, modificando *in malam partem* la porta applicativa degli artt. 56 e 628 c.p., appare del tutto giustificato il sospetto che tale *modus procedendi* non coincida con quello previsto dalla Costituzione per la formazione delle norme penali.

L'eccezione, va da sé, non ha avuto successo. Se non altro, è però servita a suscitare una risposta dalla Seconda Sezione della Corte di cassazione – per mano di uno dei suoi più autorevoli e rappresentativi esponenti – così perentoria e inconfidente¹¹⁶ da rivelare ancor meglio l'atteggiamento di chiusura che l'ispira, sgombrando l'illusione che la giurisprudenza sia disposta a condividere con altri il margine decisionale liberatosi dall'attenuazione del principio di legalità.

¹¹⁵ Il riferimento è alla eccezione di costituzionalità sollevata in Cass. sez. II, 16 aprile 2015, n. 17827, rv. 263584.

¹¹⁶ Per comodità, conviene riportare la massima ufficiale n. 263584 – che è poi identica al passaggio della motivazione – onde consentire di apprezzare al meglio il grado di incongruenza tra la questione di costituzionalità sollevata e la risposta offerta dalla Corte di cassazione: «È manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale degli artt. 56 e 628, comma 2, c.p. per violazione degli artt. 3 e 25 Cost., in relazione alla configurabilità della fattispecie di tentata rapina impropria siccome in contrasto con il principio di legalità e il divieto di analogia, in quanto il delitto di rapina ha carattere plurioffensivo e natura complessa, essendo integrato da una condotta di sottrazione e impossessamento tipica del furto, cui si aggiunge l'elemento della violenza alla persona o della minaccia».

COSTANZA BERNASCONI

ALLE RADICI DELL'IMPREVEDIBILITÀ DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. La previa *lex scripta et stricta* come presupposto della prevedibilità del giudizio. – 2. Alcune possibili cause dell'imprevedibilità del giudizio. – 3. Imprevedibilità "in presenza di diritto": la tipicità umbratile – 4. Imprevedibilità "in presenza di diritto": i possibili cortocircuiti del pluralismo "multilivello" delle fonti. – 5. Imprevedibilità "in assenza di diritto": la perenne tensione tra legalità e giustizia. – 6. Il baluardo della legalità contro lo scardinamento del sistema costituzionale.

1. *La previa lex scripta et stricta come presupposto della prevedibilità del giudizio*

Nell'analisi del binomio concettuale "imprevedibilità del diritto-imprevedibilità del giudizio" l'attenzione di chi scrive si è istintivamente focalizzata sul secondo sintagma, vale a dire "*l'imprevedibilità del giudizio*". Il motivo di questa speciale attenzione è verosimilmente da ricercare nella circostanza che il simmetrico positivo di questo concetto, vale a dire la "*prevedibilità del giudizio*", lungi dal costituire un mero risvolto processuale del diritto penale, incarna, al contrario, il cuore pulsante di un ampio fascio di garanzie, sul quale si concentra gran parte della forza e del peso di un fitto novero di principi fondanti del nostro ordinamento, di natura sostanziale oltre che processuale. Ci sia consentito citarne alcuni, senza nessuna pretesa di esaustività: il principio di legalità formale (nelle sue peculiari declinazioni penalistiche della riserva di legge, determinatezza, irretroattività), il principio di colpevolezza, quello di subordinazione del giudice alla legge, il principio di separazione dei poteri, quello di obbligatorietà dell'azione penale, nonché l'obbligo di motivazione della decisione.

Tutti questi principi di garanzia, sinergicamente tra loro, operano su un duplice piano e tendono, da un lato, ad assicurare che il cittadino sia posto nella condizione di autodeterminarsi liberamente e di calcolare in anticipo il concreto rischio penale e, dall'altro lato, a garantire meccanismi di controllo sulla razionalità e congruenza del ragionamento giuridico rispetto al previo testo di legge. In altre parole, tutti questi principi, insieme, perseguono (non solo ma anche) come obiettivo finalistico ultimo che vi sia identità tra la regola di condotta che *ex ante* dovrebbe orientare il comportamento del cittadino e la regola sulla quale, *ex post*,

il giudice fonda la propria decisione. Del resto, già nel 1988, con la nota sentenza n. 364¹, i Giudici costituzionali argomentarono con grande acutezza e lungimiranza il collegamento funzionale del principio di legalità con quello di colpevolezza e con le funzioni preventive e rieducative della pena. Un precetto non “prevedibile” nei suoi effetti non può funzionare né in senso dissuasivo, né in senso rieducativo e/o ripristinatorio del valore presidiato. La norma, in altre parole, da un lato deve preesistere alla decisione, e non può esserne solo il prodotto, dall’altro lato essa deve risultare indisponibile da parte del giudice. Questo spiega perché il principio di legalità, al pari degli altri vincoli costituzionali di ascendenza liberal democratica, contribuisca in maniera determinante a scolpire l’archetipo del diritto penale della libertà².

2. Alcune possibile cause dell'imprevedibilità del giudizio

Tanto premesso, è sembrato opportuno cercare di capire quali possano essere le cause di una imprevedibilità del giudizio legate ad una imprevedibilità del diritto (*rectius*: ad una imprevedibilità degli effetti dell’applicazione del diritto) e se esistano possibili rimedi compensativi (vale a dire equivalenti funzionali garantistici della prevedibilità che muova da una precisa “previa previsione” di legge), altrettanto idonei a svolgere una funzione contenitiva dello *ius puniendi*.

In tale prospettiva parrebbe, innanzitutto, possibile distinguere due diverse e opposte situazioni nelle quali si può generare una imprevedibilità del giudizio, differenti nelle forme di manifestazioni ma accomunate nell’effetto ultimo di consegnare all’intraprendenza creativa della giurisprudenza l’individuazione della regola di giudizio. In altre parole, nei citati casi il giudice, in luogo del legislatore, si fa artefice, con modalità variamente diversificate, dei confini tra lecito e illecito.

Le due diverse situazioni sopra menzionate si potrebbero definire, in termini del tutto convenzionali, *imprevedibilità del giudizio in presenza di diritto* e *imprevedibilità del giudizio in assenza di diritto*.

3. Imprevedibilità “in presenza di diritto”: la tipicità umbratile

Una prima ipotesi di imprevedibilità del giudizio *in presenza di diritto*, sussiste allorché il testo normativo, sia pure esistente e specificamente pensato per disci-

¹ Corte cost. 23 marzo 1988, n. 364. Successivamente, in termini ancora più espliciti sulla funzione garantistica del principio di riserva di legge, Corte cost. 23 ottobre 1989, n. 487.

² Sul punto, *amplius* e per tutti, G. FLORA, *I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, *Riv. trim.* n. 4/2013, 44 ss.

plinare e sanzionare una peculiare fattispecie, in realtà non è in grado di svolgere la sua fondamentale funzione contenitiva e di orientamento dell'attività interpretativa e applicativa del giudice. Quando il testo della norma, che dovrebbe costituire il solo luogo entro il quale si determina il processo di concretizzazione del diritto, risulta semanticamente aperto a diverse, se non addirittura antitetiche, letture interpretative viene meno l'affidamento che i consociati possono riporre nelle parole della legge, che rimangono continuamente esposte al rischio di improvvise virate giurisprudenziali.

Ci sia consentito richiamare solo alcuni esempi.

Il riferimento primo ed emblematico in tempi recenti, e peraltro ormai a tutti noto, è quello del contrasto giurisprudenziale che, a pochi mesi dall'entrata in vigore della nuova disciplina sulle false comunicazioni sociali³, è emerso nell'ambito della V Sezione della Cassazione, in merito alla questione se, a seguito della soppressione dell'inciso "*ancorché oggetto di valutazioni*" come possibile connotazione dei fatti materiali oggetto di falsità, *il falso c.d. valutativo* risulti tuttora punibile. Ebbene, con una prima pronuncia⁴, la Corte ha riconosciuto la sopravvenuta irrilevanza dei falsi c.d. valutativi, suscitando in tal modo enorme eco, tanto che, con un nuovo arresto di poco successivo⁵, la Cassazione è tornata sui suoi passi, risolvendo in senso diametralmente opposto la medesima questione. Successivamente, di lì a poco, la stessa Sezione V, in una diversa composizione, pareva riallinearsi sulle posizioni della prima pronuncia, da poco rovesciata⁶. Fino a che, con sentenza del 31 marzo 2016, la questione è stata risolta dalle Sezioni Unite⁷. In breve: la vicenda appena richiamata mostra come una norma, presente e volta a disciplinare espressamente una determinata fattispecie, possa rivelarsi del tutto inadeguata, per il modo in cui essa è formulata, ad offrire un senso univoco all'interpretazione e dunque alla prevedibilità della decisione.

Analogo discorso si potrebbe svolgere in relazione alla introduzione delle nuove fattispecie ambientali di natura delittuosa⁸, la cui formulazione ha sostan-

³ Il riferimento è, come noto, alla l. 27 maggio 2015, n. 69.

⁴ Cass. Sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, Crespi, Ced. 264868.

⁵ Cass. Sez. V, 12 novembre 2015, n. 890, Giovagnoli, Ced. 265691. Tale pronuncia pareva, peraltro, far propria la posizione espressa nelle Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, in *www.penalecontemporaneo.it* del 30 novembre 2015. Sul tema delle peculiari funzioni "normative" attribuite all'Ufficio del Massimario v. D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in questa *Rivista*, 2012, 619 ss.

⁶ Cass. Sez. V, 8 gennaio 2016, n. 6916, Banca Popolare dell'Alto Adige, Ced. 265692, in *www.penalecontemporaneo.it* del 2 marzo 2016, con nota di M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? Rilevanza delle false valutazioni nei delitti di false comunicazioni sociali e limiti esegetici del giudice penale*.

⁷ Cass. sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474, Ced. 266803.

⁸ L'introduzione delle citate nuove fattispecie incriminatrici è stato attuato con l. 22 maggio 2015, n. 68.

zialmente abdicato ad ogni tentativo di tassativizzazione, lasciando spesso nella struttura delle singole incriminazioni zone d'ombra destinate ad essere illuminate (là dove possibile), di volta in volta, solo dalla prassi applicativa secondo le necessità del caso da risolvere, alla luce del c.d. "formante giurisprudenziale"⁹, con esiti ad oggi in larga misura imprevedibili.

Siffatte, e analoghe, situazioni sono, per lo più, conseguenza del pluralismo di valori che contraddistingue l'attuale società e che rende sempre più difficile per il legislatore costruire fattispecie incriminatrici che riescano a risolvere interamente, all'interno della norma, i diversi conflitti di interessi che pervadono anche il mondo giuridico. Come è stato di recente osservato, "l'origine prettamente compromissoria del prodotto regolativo delle legislature più recenti, frutto di negoziazione tra componenti politiche indebolite sul piano valoriale e comunque rappresentative di interessi settoriali, lo priva alla nascita di un proprio significato precettivo univoco"¹⁰. Da qui la scelta, talvolta inconsapevole ma più spesso consapevole, di affidare siffatto bilanciamento al giudice, il quale – in buona sostanza – finisce egli stesso per individuare la regola di condotta *ex post*, in relazione alla singola situazione concreta, disponendo, nei fatti, di un formidabile strumento di definizione del tipo che non riesce più a trovare argini sufficienti nella *littera legis*.

4. *Imprevedibilità "in presenza di diritto": i possibili cortocircuiti del pluralismo "multilivello" delle fonti*

Una forma parzialmente differente di imprevedibilità del giudizio, pur *in presenza di diritto*, scaturisce dal recente pluralismo "multilivello" delle fonti. Anche in questo caso il testo normativo esiste ma esso è il risultato di un intreccio di frammenti di disciplina, non di rado anche di rango subordinato o di natura sovranazionale. L'intreccio e la disarticolazione del sistema delle fonti rendono conseguentemente sempre più incerta l'individuazione della norma comportamentale ed esaltano la centralità del potere giudiziario, posto che specie il diritto europeo penetra nel nostro ordinamento veicolato proprio attraverso l'opera costante e diffusa dei giudici, *in primis* in forza dell'interpretazione conforme e della disapplicazione di norme ritenute in contrasto con il diritto sovranazionale¹¹. Sicché,

⁹ In argomento v. per tutti, D. PULITANÒ, (*Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, in particolare 56), ad avviso del quale "con una qualche dose di provocazione propongo di guardare al 'formante' giurisprudenziale come ad un possibile deformante, luogo di crisi della legalità".

¹⁰ M. VIETTI, *Crisi economica e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 8.

¹¹ Il giudice nazionale assume "il ruolo di giudice 'europeo' alla luce della sua innovativa e peculiare posizione rivestita nel crocevia dei rapporti interordinamentali". Così A. GARGANI, *Verso*

anche in siffatte ipotesi può risultare del tutto incerto l'esito del giudizio e completamente svilita la portata di limite insita nella norma nazionale¹².

Così, per esempio, secondo una recente (e poco esitante) giurisprudenza di legittimità in tema di pesca del "novellame"¹³, il giudice nazionale potrebbe (dovrebbe) disapplicare la disciplina interna che introduce un limite di tipicità là dove ritenga che questo contrasti con la maggiore tutela assicurata dalla normativa europea. È il caso, appunto, della norma regolamentare (art. 91, D.P.R. 2 ottobre 1968, n. 1639), integratrice della fattispecie penale, che, delimitando il divieto di detenzione di ittofauna sotto misura, previsto e punito dal combinato disposto degli artt. 15, lett. c, e 24 della l. 14 luglio 1965, n. 963, scrimina la cattura del pesce c.d. novellame nel limite di tolleranza del 10% sul totale del pescato. Sennonché, in tal modo, la Corte di Cassazione, con più pronunce, e senza adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia quale organo deputato alla corretta interpretazione del diritto europeo, ha convalidato – con evidenti effetti in *malam partem* – la disapplicazione della norma interna delimitativa della responsabilità, con conseguente conferma della condanna a carico del cittadino italiano che aveva avuto l'unico torto di fare affidamento sulla normativa interna, esistente e chiarissima nella sua portata di natura facoltizzante¹⁴.

Ma la spallata più forte al divieto di effetti espansivi del diritto europeo sul diritto penale è arrivata proprio dalla Corte di Giustizia che, nella ormai nota sentenza Taricco¹⁵, ha dichiarato in contrasto con il diritto sovranazionale, e, segnatamente, con l'art. 325 TFUE, la normativa italiana in materia di interruzione dei termini di prescrizione (e, in particolare, del limite massimo di aumento di un quarto) prevista dagli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, c.p. con riferimento ai procedimenti aventi ad oggetto frodi IVA¹⁶. In tale prospettiva,

una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo, in questa Rivista, 2011, 112. V. anche V. MANES, Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema, in Giust. pen., 2014, I, in particolare 81 ss.

¹² *Amplius* S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto "à la carte"*, in *www.penalcontemporaneo.it, Riv. trim.*, n.3/2013, 242 ss.

¹³ Tra le altre, Cass. pen., sez. III, 23 febbraio 2011, Trinca, in *Giust. pen.*, 2011, con nota di A. PALMA, *Divieto di pesca del novellame: principio di fedeltà comunitaria versus principio di legalità*; Cass. III, 9 giugno 2009, n. 23829, in *DeG online*, 1 agosto 2009, con nota di C. PAONESSA, *La disciplina penale del "novellame" incappa nella rete del diritto comunitario, ma rischia di violare i principi costituzionali aventi rilevanza anche nella CEDU*.

¹⁴ F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.* 2011, 266.

¹⁵ CGUE, Grande sezione 8 settembre 2015, n. C-105/14.

¹⁶ Sul punto, *amplius* e per tutti, L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pisa, 2016, 93 ss.; A. VALLINI, *La portata della sentenza CGCE "Taricco": un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in

ogni giudice nazionale dovrebbe disapplicare il regime interruttivo della prescrizione in tutti i casi in cui accertasse che detta normativa impedisce “di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione Europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare”. L’epilogo, in buona sostanza, verrebbe a coincidere con il riconoscimento al giudice, da parte dello stesso potere giudiziario (europeo), di un inedito e rivoluzionario “potere di disapplicazione delle norme vigenti in ambito penale, ove ritenute non consone alle esigenze preventive”¹⁷.

L’effetto dirompente della pronuncia in termini di dissoluzione della prevedibilità della decisione è apparso chiarissimo nel c.d. post-Taricco, giacché le immediate e antagonistiche decisioni della Cassazione¹⁸, da un lato, e della Corte di Appello di Milano¹⁹, dall’altro lato, hanno da subito evidenziato un preoccupante contrasto di ‘letture’ del problema²⁰. Senonché, la Corte costituzionale, chiamata quindi a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona²¹, ha immediatamente “esposto” (anche se

questa *Rivista*, 2015, 295 ss.; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016; D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., 57 ss.

¹⁷ L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, cit., 96.

¹⁸ Cass. III, 17 settembre 2015, n. 2210, Pennacchini, che ha applicato i dettami della sentenza “Taricco”. Sulla pronuncia v. F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione maturata in materia di frodi IVA*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 gennaio 2016.

¹⁹ Corte di appello di Milano, ord. 18 settembre 2015, con la quale sono stati rimessi gli atti alla Corte costituzionale, chiedendole di azionare la misura dei “controlimiti”. In merito, F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell’UE: la Corte d’Appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i “contro limiti”*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015. Nello stesso senso dell’ordinanza del Tribunale di Milano v. anche, successivamente, Cass. ord. 8 luglio 2016.

²⁰ Così anche V. MAIELLO (*Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus contro limiti*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., 34), ad avviso del quale quando siffatto “preoccupante contrasto di «letture» (...) investe i principi primi del sistema penale – e, di conseguenza, le sue connotazioni di fondo –, supera gli ambiti legittimi della dialettica interpretativa e diventa cifra di una patologia”.

²¹ L. 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea).

non ancora “opposto”)²², il controlimite della legalità nazionale, affermando che al giudice “non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale”²³. *Intelligenti pauca*.

5. *Imprevedibilità “in assenza di diritto”: la perenne tensione tra legalità e giustizia*

L'imprevedibilità del giudizio *in assenza di diritto* si manifesta, invece, allorché il giudice intervenga in via di supplenza nelle non infrequenti ipotesi di inerzia del legislatore. Infatti, nell'ambito della c.d. “postmodernità”, il diritto penale è chiamato a “governare” la complessa società del rischio, a “lottare” contro la criminalità²⁴, “disdegnando il modello della «modalità di lesione» a favore del modello della «completezza» della tutela”²⁵. Sicché, là dove manchi una norma che possa riferirsi direttamente ed esplicitamente al caso concreto da risolvere, si invoca l'applicazione di (altre e differenti) norme con un procedimento di torsione della tipicità delle stesse. In altre parole, il testo normativo, sia pure *ab origine* determinato ma pensato per situazioni diverse da quella che si vorrebbe disciplinare, viene interpretato ed applicato in contrasto con il significato letterale, attraverso un procedimento analogico *in malam partem*²⁶, con una conseguente evidente divaricazione tra diritto penale scritto e diritto giurisprudenziale²⁷.

²² L'efficace espressione si deve a A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i contro limiti*, in corso di pubblicazione.

²³ Corte cost. ord. n. 24 del 2017. Sulla pronuncia, per tutti, V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in corso di pubblicazione.

²⁴ In questo senso, per tutti, L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in questa *Rivista*, 2014, 198. In argomento v. altresì M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, in particolare 77 ss.

²⁵ G. FLORA, *I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali*, 45.

²⁶ Su siffatta problematica *amplius* F. GIUNTA, G. CARCATERRA, O. DI GIOVINE, N. MAZZACUVA, V. VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva a proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in questa *Rivista* 2010, 347 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *www.penalcontemporaneo.it*, *Riv. trim.*, n. 3/2016, in particolare 23 ss.

²⁷ Emblematica a tal proposito la vicenda giudiziaria relativa al caso Eternit, che ha fatto emergere in termini drammatici la tensione che si può innescare tra diritto e giustizia in decisioni

Si pensi, ancora una volta solo a titolo esemplificativo e in estrema sintesi, alla vicenda che ha caratterizzato la contravvenzione descritta dall'art. 674 c.p. ("*Getto pericoloso di cose*"), utilizzata negli ultimi decenni dalla giurisprudenza per sanzionare l'inquinamento elettromagnetico, in totale spregio di un duplice sbarramento linguistico contenuto nella norma: da un lato, nella parte in cui essa fa riferimento all'attività del "*gettare*" (evidentemente non riferibile ad un campo elettromagnetico) e, dall'altro lato nella parte in cui fa riferimento alle "*cose*" come possibile oggetto materiale di siffatta attività²⁸.

È facile intuire come, in tal modo, il giudice svolga un improprio ruolo suppletivo e invasivo delle competenze riservate al legislatore. Là dove, infatti, quest'ultimo utilizza termini descrittivi dal significato univoco, il cittadino deve (quantomeno) poter contare su una sorta di "certezza negativa"²⁹, costituita da quella "tipologia di fatti che senza dubbio alcuno non sono riconducibili alla portata semantica dell'enunciato normativo"³⁰.

6. *Il baluardo della legalità contro lo scardinamento del sistema costituzionale*

In conclusione: se la certezza legale è un valore ordinamentale in ogni campo del diritto, essa nel diritto penale si arricchisce, come anticipato, di ulteriori imprescindibili contenuti di garanzia. Le incertezze del diritto penale sostanziale comportano un improprio trasferimento di funzionalità nel processo, finendo per attribuirgli un inaccettabile ruolo "normativo"³¹. L'indeterminatezza della legge, il disordine delle fonti, il crescente intreccio della normativa nazionale con la disciplina e la giurisprudenza europee, il contributo qualitativamente mutato del giudice nell'applicazione del diritto fanno sì che al cittadino non possa più essere garantita la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei propri comportamen-

che, allo scopo di rispondere a tutti i costi ad un'istanza di giustizia sostanziale, pretendano di forzare i vincoli testuali delle norme. V. sul punto le osservazioni contenute nelle Requisitoria del Procuratore Generale Iacoviello rese nell'udienza del 19 novembre 2014 (in *www.penale-contemporaneo.it*, 21 novembre 2014).

²⁸ Per una ricostruzione delle diverse posizioni in merito a siffatta specifica questione, per tutti, A. SCARCELLA, *Getto di campi elettromagnetici: un reato di pericolo concreto per il principio di legalità*, in questa *Rivista*, 2011, 493 ss.

²⁹ L'espressione è di F.C. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1312.

³⁰ F.C. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1312.

³¹ In argomento, per tutti, D. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, 951 ss. V. anche R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banci di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013, in particolare 77 ss.

ti³², poiché “la tutela dei suoi diritti non dipende dalla legge, ma dalla interpretazione che della legge fa il magistrato ed è pertanto devoluta al caso”³³. Ma il depotenziamento della legalità formale, con tutti i suoi contenuti, non può essere compensato attraverso il richiamo ai soli principi di colpevolezza e di irretroattività dell'orientamento giurisprudenziale, come si vorrebbe proporre a livello europeo.

Del resto, anche la Corte costituzionale italiana, con la sentenza n. 230 del 2012³⁴, ha confermato l'attualità nel nostro ordinamento del paradigma *classico* della legalità, riconoscendo espressamente come il principio convenzionale di legalità risulti “meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso, infatti, resta estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25 Cost.”. La Consulta, in altre parole, sembra aver voluto segnare un limite oltre il quale l'accentuazione del ruolo del giudice e il conseguente riconoscimento di una sua equipollenza formale alla legge, “comporterebbe un disequilibrio inaccettabile per il sistema, alterandone la stessa quadratura costituzionale”³⁵. Talché, nel momento stesso in cui si dovesse ammettere il predetto correttivo dell'irretroattività dell'orientamento giurisprudenziale, si finirebbe implicitamente per riconoscere che la giurisprudenza possa creare diritto³⁶.

Emblematica in questa prospettiva è la vicenda Contrada³⁷. È vero, infatti, che la Corte EDU accolse il ricorso di Contrada, condannando lo Stato italiano per violazione dell'art. 7 della Convenzione, sulla base dell'assunto che all'epoca dei fatti non vi potesse essere prevedibilità della decisione, posto che la nozione di

³² L. VIOLANTE, *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, in questa *Rivista*, 2015, 345; F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in questa *Rivista*, 2015, 383 ss.

³³ Così L. VIOLANTE (*op. loc. ult. cit.*), il quale prosegue osservando lucidamente come le imprese parlino “a questo proposito di *rischio regolatorio*, che avvicina il nostro Paese a quelli nei quali la tutela dei diritti è rimessa alla volontà o al capriccio del sovrano. La differenza è che, nel nostro caso, l'incertezza del diritto non dipende da un contesto intenzionalmente autoritario, ma da un contesto che diventa autoritario per il disordine legislativo e giurisprudenziale in un sistema nel quale il valore della certezza del diritto non è assunto come principio chiave dell'ordinamento”.

³⁴ Corte cost. 8 ottobre 2012, n. 230. Sulla pronuncia A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale*, in www.giurcost.org.

³⁵ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 27.

³⁶ Sul punto, *amplius*, A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in questa *Rivista* 2014, 91 ss.

³⁷ Sul punto, per tutti, D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, *Riv. trim.*, n. 2/2015, 46 ss.

concorso esterno in associazione mafiosa e i suoi presupposti si sarebbero consolidati nella giurisprudenza solo a partire dalla pronuncia a sezioni Unite della Cassazione del 1994³⁸. Tuttavia, la Corte EDU non ha affatto messo in discussione il potere “creativo” del formante giurisprudenziale³⁹. Al contrario, essa ha di fatto “certificato” la (paradossale) natura di “*infrazione di origine giurisprudenziale*” (“*infraction d'origine jurisprudentielle*”)⁴⁰ del concorso esterno⁴¹. Ma dovrebbe allora essere chiaro che se la definizione del tipo viene affidata all’interpretazione giudiziaria, anche l’istanza di determinatezza viene completamente trasfigurata e amputata di moltissimi contenuti di garanzia, portando inevitabilmente ad incrinare altresì il principio di separazione dei poteri.

Invero, sempre la Corte costituzionale, già con sentenza n. 327 del 2008, aveva precisato come “l’esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale. Sostenere il contrario significherebbe, difatti, «tradire» entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione – cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della *regula iuris* – verrebbe meno giacché, nell’ipotesi considerata, la *regula* verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti”⁴².

Peraltro, in un ordinamento come il nostro, nel quale non si riconosce carattere vincolante al precedente e in cui si verificano continui mutamenti di indirizzo giurisprudenziale (addirittura, come visto, *in assenza di diritto*), anche l’ipotizzabile compensazione della prevedibilità sociale è destinata a naufragare.

³⁸ Cass. sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, Ced. 199386, Demitry. Sulla travagliata figura del concorso esterno nei reati associativi, per tutti, A. MANNA, *L’ammissibilità di un c.d. concorso “esterno” nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1189 ss.; G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragion di stato e gli inganni del dogma*, in *Foro it.*, 1994, II, 427 ss.; C. VISCONTI, *I tormentato cammino del concorso «esterno» nel reato associativo*, in *Foro it.*, 1994, II, 574 ss. Più di recente, V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminata legislazione e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014.

³⁹ Sul punto *amplius* F. C. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 1061 ss.

⁴⁰ Corte EDU, IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, § 66 della sentenza.

⁴¹ *Amplius* D. PULITANÒ (*Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit.), ad avviso del quale, sul “piano del dover essere del nostro ordinamento”, per “*infrazione di origine giurisprudenziale*, nata cioè non con il testo di legge ma da una successiva evoluzione giurisprudenziale [...] non c’è spazio legittimo” (ivi, 53).

⁴² Corte cost. 30 luglio 2008, n. 327.

Una generica prevedibilità soggettiva (che peraltro, un'epoca di diritto incerto, appare una chimera⁴³) non può di per sé compensare le carenze della fattispecie. La prevedibilità del diritto (*ergo*, della decisione) in assenza di tipicità/tassatività si configura come una contraddizione in termini.

Concludendo: alla domanda (“ma davvero *nessuna differenza tra incriminazione per via legislativa o giurisprudenziale?*”), formulata provocatoriamente da sensibile dottrina⁴⁴, ci sentiamo di rispondere reagendo con forza nei confronti di quella che appare come una strisciante (ma prepotente) “trasformazione costituzionale”, che sta poco a poco disgregando la raffinata architettura dello Stato di diritto.

Il baluardo della prevedibilità della decisione dovrebbe preservare (non sostituire) la legalità legislativa. Sicché, “l'ottica (pur importante) della stabilizzazione giurisprudenziale non può essere fatta valere fuori dall'aggancio a una *previa legge*”⁴⁵. Di più: la norma non si deve limitare a costituire una mera apparenza verbale, abdicando alla sua funzione politico-criminale di definire la fattispecie penalmente rilevante, spostando gli equilibri della “potestà punitiva dalla ‘legge’ ai ‘giudici’, i quali si ritengono (e vengono considerati) come ‘legislatori di riserva’, capaci di una ‘giustizia del caso concreto da preferire alla certezza del diritto’”⁴⁶.

⁴³ F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, cit., 386.

⁴⁴ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità, tra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., 47.

⁴⁵ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità, tra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit.

⁴⁶ G. MARINUCCI, *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1267.

DOMENICO PULITANÒ
TRA *JUS FACERE* E *JUS DICERE*

SOMMARIO: 1. Lo statuto normativo della distinzione. – 2. Voci della magistratura. – 3. Tra diritto e fatto. – 4. Problemi del rapporto giudice-legge.

1. *Lo statuto normativo della distinzione*

Raccolgo volentieri l'invito a intervenire sul tema del convegno fiorentino su “*Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*”, al quale non mi è stato possibile partecipare.

Andiamo verso il crepuscolo della distinzione fra *jus facere* e *jus dicere*? L'interrogativo che dà titolo alla tavola rotonda cui ero stato invitato è una provocazione a guardare a ciò che la macchina giudiziaria produce – bene o male – nel nostro ordinamento, nel tempo che stiamo vivendo. Ipotizza *un crepuscolo che non dovrebbe realizzarsi*, ha detto il filosofo del diritto che ha introdotto la tavola rotonda. Su ciò sembra esservi un sostanziale consenso, pur espresso con accenti diversi.

La distinzione concettuale fra *jus facere* (fabbrica di testi normativi) e *jus dicere* (fabbrica di decisioni relative a fatti, sulla base di interpretazioni giuridiche) è iscritta nell'idea di legalità: definisce il modello d'ordinamento costituito da norme generali e astratte, la struttura formale di ordinamenti di *civil law*. Tramonto della distinzione significherebbe un cambio di paradigma (dell'ordinamento, non della scienza giuridica).

La valenza costituzionale della distinzione è stata affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012: non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., *nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni Unite)* che escluda che un certo tipo di fatto sia previsto come reato. Tale questione era stata sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, 25, comma 2, 27, comma 3, 117, comma 1. La sentenza (ripetutamente citata nel convegno fiorentino) riafferma nella sua interezza il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, contro un'impostazione che credeva di poter desumere dalla giurisprudenza della Corte EDU la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole.

Respingendo la pretesa di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum* reso dalle Sezioni Unite in un altro processo, la Corte costituzionale ha tenuto ben salda la distinzione fra mutamento legislativo e mutamento d'indirizzo giurisprudenziale; la distanza, nel sistema delle fonti, fra la legge e la giurisprudenza che alla legge è soggetta. Il *formante giurisprudenziale non ha valore formale di legge*. Il giudice, custode del *nomos*, non ha il potere di modificare il *nomos*.

Problemi di interpretazione della legge riguardano allo stesso modo l'interpretazione giurisprudenziale e quella dottrinale. La differenza non è di competenza ermeneutica, ma di potere decisionale.

L'inaccettabilità del tramonto della distinzione tra *jus facere* e *jus dicere*, dentro il vigente modello costituzionale, è una premessa dei problemi riassunti dalla formula dell'andare *verso il crepuscolo*. Sono i problemi sollevati, sul piano teorico, dall'approccio ermeneutico, la messa in discussione di quelle che sono state definite mitologie giuridiche della modernità o moderne divinità protettive¹: la riserva di legge, la rigida divisione di poteri, il disfavore verso l'idea stessa di interpretazione. Sul piano dei fatti, si tratta di valutare (così suggerisce il titolo del convegno) se e quale e quanta intraprendenza interpretativa mostri in Italia la magistratura penale. Burocrazia creativa?

2. Voci della magistratura

Nel tempo lontano in cui sono stato magistrato (dal 1968 e negli anni '70) partecipai alla polemica contro la magistratura più tradizionalista, arroccata su versioni apparentemente ingenui del mito dell'interpretazione letterale, usate a difesa del dominio interpretativo della Corte di cassazione e di indirizzi chiusi rispetto al *novum* costituzionale. Un riferimento importante era ravvisato nel Congresso di Gardone della Associazione Nazionale Magistrati (settembre 1965): la relazione principale (di Giuseppe Maranini) aveva definito l'attività giurisdizionale come funzione di indirizzo politico costituzionale; la mozione conclusiva, approvata all'unanimità, parlava di potere-dovere del giudice di immediata applicazione della Costituzione, come fondamentale criterio di interpretazione, oltre che di invalidazione di norme incompatibili.

L'emancipazione da tradizioni autoritarie e da conformismi burocratici è stata segnata anche da un'idea di giurisdizione che (con variazioni d'accento e di impostazione teorica) ha assunto il senso di rivendicazione di maggiori spazi in sede ermeneutica. Nella discussione degli anni '70, *uso alternativo del diritto* e *giuri-*

¹ M. VOGLIOTTI, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Riv. di filosofia del diritto*, n. 1/2015, p. 90.

sprudenza alternativa furono sia parole d'ordine² che bersaglio critico di indirizzi contrapposti³.

Ben presto ho colto il rischio cui gli indirizzi innovatori erano esposti: capovolgere il mito illuminista del giudice bocca della legge in un modello ingenuamente o ideologicamente soggettivistico⁴, o usare un linguaggio suscettibile di essere frainteso in tal senso. Il passaggio dal ruolo di giudice a quello di avvocato (cioè dalla parte del cittadino) mi ha fatto toccare più da vicino l'importanza dell'affidamento in una legalità non dipendente da scelte del potere giudiziario.

La storia dei decenni della Repubblica mostra un volto della magistratura – e della giurisprudenza penale – che rispecchia la complessità e i problemi della nostra società. Un impegno liberale è visibile in battaglie contro l'autoritarismo del codice Rocco, e nell'impulso dato alla giurisprudenza costituzionale con le questioni sollevate, nella maggior parte *in bonam partem*. Si deve ad *input* provenienti dalla magistratura lo smantellamento, ad opera del giudice delle leggi, di aspetti inaccettabili della vecchia codificazione fascista e della recente legislazione securitaria. Indirizzi giurisprudenziali sensibili alla libertà costituzionali hanno portato a mutamenti di paradigma in settori in cui erano ben radicati indirizzi autoritari o di moralismo tradizionale.

Assai usato, nel mondo dei magistrati, il linguaggio del garantismo, piegato anche a significati diversi dal garantismo liberale: garantismo inteso come tutela di interessi importanti, anche di nuova individuazione, mediante gli strumenti del penale. È il capitolo della c.d. supplenza giudiziaria, dei pretori d'assalto, di questioni di legittimità costituzionale *in malam partem*. Il terrorismo degli anni '70-'80, la criminalità degli affari (tangentopoli), le mafie, sono stati per la magistratura campi d'impegno qualificanti. Nell'ideologia della magistratura penale (giudici e pubblici ministeri) la finalità di giustizia è vista innanzi tutto nel finalismo repressivo.

Nel convegno fiorentino, gli interventi dei magistrati hanno mostrato la chiara consapevolezza di *problemi terrificanti*: sono parole di Piffer, il quale ha detto di essere *pienamente consenziente* con il *valore su cui si impernia il convegno*, cioè *l'idea della soggezione del giudice alla legge, a un dato che vincola la decisione*. Ma, ha proseguito, c'è il rischio che *questo valore si perda perché non viene declinato adeguatamente nella situazione attuale*. E indica alcuni punti critici: la *componente creativa* della giurisprudenza, definita *ineliminabile e indispensabile*; la *disomogeneità della società*, che si riflette nella *non univocità del linguaggio* (e il giudice la-

² Poco felici: proporre alternative fa parte della normale dialettica, e nulla dice sui contenuti.

³ Posizioni fra loro diverse in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, a cura di P. Barcellona, Roma-Bari 1973.

⁴ Ho accennato a questo tema in D. PULITANÒ, *L'evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in AA.VV., *Il diritto penale tra scienza e politica*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna 2015.

vora sulle parole); il rapporto con la legalità europea, “*basata sulla certezza attraverso la prevedibilità e quindi sulla giurisprudenza come fonte di diritto*”.

Il vincolo alla legge, ha insistito il giudice Piffer, è un valore anche se apparentemente sembra che contrasti con altri valori, e dovremmo avere il coraggio di dire che il primo diritto che il giudice ha il compito di affermare è il rispetto della legge. Ha additato come problemi della dottrina la conoscenza dei meccanismi reali dell'esercizio di poteri, sia legislativo che giudiziario, e l'elaborazione di una *dogmatica vera*, sensibile al sistema, *consapevole delle implicazioni di valore che sempre ci sono nell'elaborazione del concetto*.

Margherita Cassano ha osservato che *il penalista può esercitare qualche forma di controllo sul linguaggio, ma non può illudersi di fare altrettanto con la realtà*: è un opportuno richiamo alla dimensione fattuale dei problemi del giudicare, che nella usuale riflessione dei giurista teorico restano ai margini.

Ritorna in più interventi (Velluzzi, Cassano) la presa d'atto della non neutralità assiologica dell'interpretazione, e delle differenti sensibilità assiologiche della dottrina (tendenzialmente reo-centrica) e della giurisprudenza (più sbilanciata a favore della vittima).

Dichiaratamente polemico l'intervento di Iacoviello. Ha definito *geniale* il titolo del convegno: come magistrato so di essere *felicemente burocrate*, e creativo *mio malgrado*. Ha detto che *la legge non è in grado di regolare la complessità dei fenomeni*; ha parlato di intreccio fra fattispecie ed elementi di prova; ha detto che gli avvocati credono al fatto, non al diritto, e dovrebbero riscoprire il diritto. Ha chiuso additando la *sfida* che i giudici affrontano: *trovare la sintesi tra i criteri di interpretazione dei testi normativi con i (diversi) criteri di interpretazione del precedente*.

Ho ripreso ed evidenziato questi punti perché inquadrano i problemi di fondo, e testimoniano la consapevolezza che vi è nel mondo dei magistrati (dei migliori in quel mondo). Principio di legalità e soggezione del giudice alla legge, distinzione fra *jus facere* e *jus dicere*, sono riconosciuti come principi del nostro ordinamento, e condivisi come valori.

Pure condivisa è la consapevolezza dei rischi cui la legalità è esposta. Una *componente creativa* nel lavoro giudiziario è vista (forse sofferta) come *ineliminabile e indispensabile*. L'attività interpretativa deve fare i conti con il linguaggio, con assiologie e gerarchie assiologiche diverse, con i problemi del sistema multilivello (la legalità europea), con i problemi del giudizio di fatto (la dimensione probatoria).

3. Tra diritto e fatto

In una riflessione sullo *jus dicere*, un buon punto di partenza è la sua natura composita, giudizio di fatto e di diritto. Rispetto allo *jus facere*, alla posizione di

norme generali e astratte, il riferimento a fatti caratterizza la giurisdizione, il dire il diritto come qualificazione di fatti concreti. Nel modello illuministico del giudice bocca della legge, è il giudizio sul fatto il *quid proprium* del compito del giudice⁵.

L'impatto della giurisdizione sulla *polis* si manifesta in pieno nell'accertamento e nella qualificazione di fatti concreti. È l'intervento su fatti, prima nell'indagine e poi nel giudizio, che connette la macchina giudiziaria penale alla vita della *polis*. La *apoliticità* (neutralità politica) della magistratura, iscritta nei principi costituzionali, è un carattere essenziale della funzione, tanto più necessario quanto maggiore la politicità intrinseca (nel senso nobile del termine) del compito di imparziale attuazione della legge nel caso concreto.

La funzione del giudice imparziale (così Hannah Arendt in un'acuta riflessione su verità e politica⁶) è uno fra gli "*importanti modi esistenziali di dire la verità*", accanto all'attività del filosofo, dello scienziato, dell'artista, dello storico, di chi indaga sui fatti, del testimone e del cronista. La giurisdizione ha a che fare non solo con problemi di interpretazione della legge, ma anche con il dispotismo e la *fastidiosa contingenza* di verità fattuali che per la politica rappresentano un limite indisponibile, "*al di là dell'accordo e del consenso*". È però anche esercizio di potere, e questa è una differenza fortissima rispetto agli altri modi di ricerca della verità: i problemi di fondo della giurisdizione hanno a che fare con il suo carattere, ad un tempo, di istituzione di garanzia ed istituzione di potere.

Possiamo ravvisare nel giudizio di fatto, di competenza esclusiva della giurisdizione, il luogo di una legittima creatività giudiziaria? Non mi parrebbe una buona formula: il giudizio di fatto è vincolato a criteri di razionalità, che sono anche problemi di *legalità*. La custodia del *nomos*, affidata alla giurisprudenza di legittimità, è anche custodia della razionalità della motivazione, per es. sull'approccio del giudice al sapere scientifico (vedi sentenze Franzese e Cozzini).

Sullo sfondo c'è il principio dell'oltre il ragionevole dubbio, necessario risvolto processuale del principio di legalità. Accontentarsi di un accertamento 'probabilistico' significherebbe aprire la strada all'affermazione di responsabilità in casi in cui sia possibile "*non esservi stato delitto nessuno*"⁷ o l'imputato possa essere innocente. Da esiti siffatti, il principio sostanziale di legalità verrebbe svuotato del suo

⁵ Con le parole di Beccaria: è "*necessario che un terzo giudichi della verità del fatto. Ecco la necessità di un magistrato, le di cui sentenze siano inappellabili e consistano in mere asserzioni o negati-ve di fatti particolari*" (§. 3). "*Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni dei cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni si del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti [...]*" (§. 4).

⁶ H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino, 2004. Le citazioni che seguono sono da pp. 72, 47, 50.

⁷ F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, III, Firenze, 1910, p. 59. Cfr. anche, per un particolare approfondimento di questo tema, F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit.

significato garantista, di limite invalicabile della potestà punitiva: la sentenza di condanna sarebbe pronunciata *in assenza* dell'accertamento dei presupposti legali della responsabilità.

Oltre che accertamento di fatti, il giudizio sul fatto è anche *interpretazione dei fatti*, ricognizione di caratteristiche socioculturali rilevanti per l'incasellamento dei fatti entro il campo di riferimento di una norma. Concetti normativi di valutazione culturale pongono problemi che sono non solo di interpretazione giuridica, ma anche di ricognizione di parametri socioculturali cui la norma rinvia.

Il giudizio di fatto *non* assorbe il giudizio di diritto. Il c.d. sillogismo giudiziario, l'*ultimo* tratto del percorso ermeneutico e probatorio secondo il modello del garantismo penale⁸, ha *come premesse* (problemi da risolvere 'a monte') da un lato l'accertamento del fatto, e dall'altro lato la ricognizione del senso (*Sinn*) della norma della cui applicazione si discute. Anche l'*interpretazione* del fatto, secondo parametri socioculturali, presuppone una previa interpretazione della norma di legge, per l'individuazione dei parametri pertinenti. Assiologie e gerarchie assiologiche hanno rilevanza ermeneutica là dove la legge fa riferimento (esplicito o implicito) a parametri etico-sociali di valutazione. Quali siano le assiologie rilevanti è problema di interpretazione di legge; la valutazione del fatto secondo i parametri selezionati è problema di interpretazione del fatto. Conflitti giurisprudenziali possono nascere sull'uno e sull'altro piano: talora sono conflitti sull'interpretazione del diritto, talora conflitti sull'interpretazione del fatto.

4. Problemi del rapporto giudice-legge

Il titolo del convegno fiorentino parla di crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale. Se c'è una crisi della distinzione fra *jus facere* e *jus dicere*, la giurisprudenza ne è coinvolta. *Intraprendenza interpretativa* è una possibile spiegazione, che a sua volta ha bisogno di essere esplicitata. Nel convegno sono stati introdotti esempi; su alcuni di essi si può discutere. La giusta critica contro il *creativismo* giudiziario è esposta al rischio di cadere in un sostanziale azzeramento del problema dell'interpretazione, ritornando a una concezione veteroilluministica dell'interpretazione letterale. Talora ideologia ingenua, talora retorica strumentale a discorsi strategici dell'arena processuale.

Una critica ragionevole del *creativismo* giudiziario deve partire dalla comprensione del lavoro ermeneutico, quale interpretazione ragionevole di ciò che nei testi può essere letto. Deve fondarsi sulla conoscenza del diritto giurisprudenziale, saper riconoscere gli indirizzi che nella giurisprudenza si intrecciano, ana-

⁸ M. BARBERIS, 2015, 172.

lizzare le ragioni dei conflitti interpretativi sul senso delle norme e sulla qualificazione di fatti.

Come chiave di lettura (non l'unica) d'una persistente situazione spirituale della giustizia penale in Italia, ho da tempo introdotto l'idea di *autoritarismo ben intenzionato*⁹. È un'ipotesi da sottoporre ad articolata verifica, relativa, da un lato, alle concezioni (precomprensioni?) relative a diritto e giustizia, che reggono l'attività giudiziaria, dall'altro lato ai prodotti di tale attività. L'idea di un operare *ben intenzionato* – distaccandosi da letture che pongono in primo piano aspetti di impropria politicizzazione – legge nelle tendenze espansive e rigoriste presenti nella giurisprudenza la moralità di intenti di responsabilizzazione. La valutazione di *autoritarismo* intende essere, ad un tempo, descrittiva e critica, non sulle motivazioni ma sugli effetti.

Nei primi tempi della Repubblica un tale tipo di critica era rivolto alla legislazione penale fascista e a indirizzi della 'vecchia' magistratura. Con il mutare delle norme e/o delle culture di riferimento, il problema 'autoritarismo' si ripropone in relazione a nuove esigenze di tutela e a nuove sensibilità (forse possiamo dire: nuove suggestioni *politically correct*). Tendenze espansive e rigoriste nella giurisprudenza possono essere lette come un farsi carico di esigenze di responsabilizzazione, da punti di vista etico-sociali che vengono assunti (con maggiore o minore consapevolezza) come criteri di interpretazione teleologica, orientati alla tutela penale del bene giuridico.

La storia dei decenni della Repubblica mostra anche un impegno liberale della magistratura: partecipazione di magistrati a battaglie culturali, valorizzazione del *novum* costituzionale sul piano dell'interpretazione sistematica, impulso alla giurisprudenza costituzionale con le questioni sollevate, che nella maggior parte sono *in bonam partem*. Il circuito della giustizia costituzionale mostra l'importanza di uno sguardo critico anche verso la legalità legislativa, alla luce di una legalità sovraordinata.

Affievolimenti della legalità sono spesso effetto di carenze a livello legislativo. Segnalo un problema di ordine generale, che attraversa pressoché tutti i campi del penale: quello del *pericolo*. Il sistema vigente presenta caratteri di indeterminatezza che lasciano grande spazio alla retorica del pericolo e a interpretazioni anche molto differenti, con rischio di dilatazioni anche molto spinte di fattispecie del diritto penale *hard* (dai delitti contro l'incolumità pubblica alla manipolazione del mercato).

⁹ Ho usato questa formula per la prima volta in D. PULITANÒ, *Supplementa giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 93 s.

Problemi di determinatezza riguardano anche istituti di parte generale: colpa, concorso di persone nel reato, responsabilità *per omissionem* sono gli esempi (forse) più delicati.

Lo slittamento dalla legalità verso i poteri del giudice è più vistoso e meno controllabile là dove è lasciato spazio alla discrezionalità giudiziale. Mentre per i presupposti della responsabilità penale richiediamo (in teoria) determinatezza e precisione, con riguardo alle risposte al reato accettiamo come necessario un mix di legalità e di discrezionalità. Ci siamo assuefatti all'*enorme potere del giudice nella gestione degli istituti del sistema sanzionatorio*¹⁰: La dilatazione di spazi di discrezionalità, l'evanescente genericità dei criteri, la conformazione concreta di certi istituti pongono seri problemi di legalità della pena.

L'attivismo giudiziario in campo penale è *anche* un riflesso della crisi di altre forme di *accountability* (morale e politica). Il modello teorico definisce come *extrema ratio* il penale, l'istituzione volta a far valere il principio di responsabilità nei casi più gravi, e nelle forme più severe di cui lo stato di diritto disponga. Ma perché il penale possa funzionare davvero come *extrema ratio*, in modo passabilmente corretto, c'è bisogno di un contesto in cui operino altre forme di responsabilità, giuridiche e non, ed un'etica della responsabilità che assicuri sufficienti livelli di osservanza.

Una acuta riflessione degli anni '90, sulle vicende giudiziarie che hanno accompagnato la crisi della prima Repubblica, ha messo in evidenza alcuni aspetti della vicenda italiana ritenuti sintomatici di tendenze storiche più generali¹¹. In primo luogo un'esigenza delle società moderne: che "*trovino posto forme di controllo della virtù politica che l'opera delle opposizioni e la sanzione delle elezioni si sono dimostrate incapaci di esercitare*". La magistratura italiana ha risposto "*tenendo conto di quanto avveniva nella sfera pubblica, e ha potuto svolgere il suo compito soprattutto grazie all'appoggio che vi ha trovato*".

Se forme di *accountability* diverse dal penale sono deboli, o addirittura assenti, ciò lascia spazio per un ruolo improprio di supplenza e per una tendenza espansiva dell'istituzione – la giustizia penale – che ha a disposizione strumenti in grado di reagire di fronte a una questione morale che tende ad essere vista (e talora enfatizzata) come questione criminale. Sta qui la radice (forse) principale della centralità politica che le questioni di giustizia penale hanno assunto in Italia negli ultimi decenni.

¹⁰ Una riflessione su questo tema è stata rilanciata, con riferimento a un istituto specifico, da F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1743 s.

¹¹ A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998. Cfr. in particolare p. 96 s.

Di fronte ad eccessi di intraprendenza del giudiziario, la difesa della legalità come limite garantista ha di bisogno di una difesa anche etico-politica. L'attivismo e rigorismo giudiziario ha radice in istanze etico-sociali (forse condivise da molti) con le quali è giocoforza fare i conti. I problemi di interpretazione non possono essere risolti recuperando concezioni ingenuie dell'interpretazione letterale (o un malizioso feticismo della lettera). Interpretazioni razionali hanno bisogno di rendere esplicita e comprensibile la propria specifica moralità: la moralità liberale della limitazione del potere, di una legalità sostanziata dai principi di offensività e di colpevolezza, e dal principio d'uguaglianza, anche nella forma allargata di principio di ragionevolezza e proporzione.

Last but not least, la moralità del principio dell'oltre il ragionevole dubbio, rivolto processuale del principio di legalità. Un principio su cui tutti ci diciamo d'accordo, che impone al giudicante (e alle parti) vincoli gravosi, psicologicamente difficili. Ci sono situazioni di incertezza irrisolta (per es. sull'esistenza di una 'legge di copertura', o fra più ipotesi esplicative concorrenti) in cui la mancata prova del fatto ipotizzato dall'accusa è un esito che – imposto da principi garantisti inderogabili – non sappiamo se sia, nei casi concreti, di tutela dell'innocente, o non invece di mancato riconoscimento di come siano davvero andate le cose (con conseguente mancata tutela di vittime).

Ci sono casi (non pochi) in cui la giustizia della assoluzione dell'imputato lascia l'amaro del delitto rimasto impunito. Ma proprio nei casi psicologicamente difficili, ed esposti a reazioni dell'opinione pubblica, risalta l'importanza della regola aurea del garantismo, e si manifesta il significato etico e politico della imparzialità dello *jus dicere*.

GIOVANNI TARLI BARBIERI

IL DIRITTO, OGGI: TRA IL DIRE E IL FARE

1. La ricostruzione di un equilibrio tra la sfera della *iurisdictio* e quella del *gubernaculum* costituisce una delle sfide più rilevanti e urgenti delle democrazie costituzionali contemporanee – anche, e forse soprattutto, nell’ottica dell’integrazione europea (Preterossi) – in un momento storico nel quale rischia di svanire ogni distinzione tra la sfera della produzione e quella dell’applicazione della legge, con tutti i rischi che una tale involuzione può determinare nei rapporti tra i diversi poteri dello Stato.

In questo senso, colpisce che ormai una parte autorevole della dottrina si sia impegnata a qualificare le sentenze (non solo quelle di accoglimento dei giudici costituzionali) alla stregua di fonti del diritto anche negli ordinamenti dell’Europa continentale, sul presupposto della riduzione delle distanze con gli ordinamenti di *common law* (Pizzorusso). Non è questa la sede per approfondire un tale orientamento, salvo evidenziare che esso, al di là delle intenzioni, sembra assecondare «il convincimento che la legge della ragione e quella dell’autoregolazione sociale siano migliori – rispettivamente – della legge degli uomini e della legge del legislatore. E che solo un ordine di sapienti sia qualificato (e quindi legittimato) ad accertarle (e dichiararle) con “provvedutezza”» (Luciani).

Le considerazioni che precedono non intendono peraltro recuperare un approccio ai rapporti tra giurisdizione e legislazione tipico di quello che è stato efficacemente definito lo “Stato di diritto della tradizione”, contrapposto allo “Stato costituzionale del presente” che avrebbe delineato un nuovo assetto di poteri ponendo le due funzioni «l’una a fianco dell’altra, entrambe di fronte alla Costituzione» (Fioravanti).

Certamente, alla luce della Carta fondamentale il ruolo del giudice è irriducibile a quello di “bocca della legge” cui era stato confinato in precedenza e di cui vi è testimonianza, tra l’altro, nell’art. 12 delle preleggi al codice civile (Grossi): la Costituzione repubblicana, come specificato già dalla “celebre” sent. 1/1956 della Corte costituzionale, ha determinato il «passaggio dal sillogismo alla bilancia» e più ancora, anche per lo sviluppo della sua giurisprudenza, il passaggio dal «“testo” ai valori», mettendo in risalto la funzione “creativa” dell’interprete e quindi il crescente rilievo dell’attività giurisdizionale rispetto all’attività legislativa (Barbera); e ciò anche per il fatto che la Costituzione repubblicana appare fortemente connotata sul piano della promozione sociale, civile e politica (art. 3,

comma 2) per cui anche il giudice è chiamato a perseguire tali finalità, con particolare riferimento a coloro che sono i più deboli per ragioni economiche e sociali (Violante).

Un secondo fattore di valorizzazione della giurisdizione, che fa corpo con il primo, è dato dal fatto che la Costituzione repubblicana è rigida ed è stata ascritta al *genus* delle “Costituzioni forti”, prevedendo un apparato di garanzie giurisdizionali a tutela della supremazia della Carta fondamentale (Paladin), ricordando che nel nostro ordinamento la Corte costituzionale può essere adita nel giudizio di legittimità costituzionale solo dai giudici (salvo l’accesso in via diretta di cui all’art. 127 Cost.), mancando, ad esempio, il ricorso diretto dei singoli o delle minoranze parlamentari.

Anche per questo progressivamente la Corte ha intessuto un dialogo fecondo con i giudici, nell’ottica di un loro coinvolgimento nella concretizzazione dei precetti costituzionali e nell’essenziale opera di bilanciamento dei diritti.

Un terzo fattore è dato dalla rilevanza del pluralismo indotto dalla Costituzione repubblicana, perché, come è stato giustamente affermato, il pluralismo dei valori porta a valorizzare i margini di interpretazione dei giudici (Cheli-Donati).

Il pluralismo, come è noto, investe anche il sistema delle fonti che ha ridimensionato l’ambizione della legge statale a porsi come strumento di monopolio esclusivo di ogni esigenza di regolazione «per trasformarsi in un atto il cui contenuto va interpretato volta a volta alla luce di una pluralità di principi e di valori» (Caretta).

Un quarto fattore è dato dai processi di integrazione europea e internazionali che, come si dirà anche più oltre, hanno comportato, tra l’altro, un processo di ulteriore valorizzazione delle giurisdizioni comuni anche (ma non solo) nei confronti della stessa Corte costituzionale, a cominciare dalla devoluzione al giudice comune della competenza alla risoluzione delle antinomie tra diritto interno e diritto eurounitario *self-executing*.

2. Tuttavia, questo percorso di valorizzazione del ruolo della giurisdizione, soprattutto nel più recente periodo, ha visto l’esaltazione di alcuni strumenti tanto rilevanti quanto, per alcuni aspetti, problematici.

Il pensiero corre, in primo luogo, all’espansione dell’interpretazione conforme e, in particolare, dell’interpretazione conforme a Costituzione il cui primato nell’attività interpretativa è stato ribadito dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza anche più recente (sent. 49/2015).

In questa sede non è possibile ripercorrere le problematiche di questo fondamentale canone interpretativo né le ragioni che lo sorreggono, a cominciare dalla tutela dei principi di unità e coerenza ordinamentale e di conservazione degli atti

normativi (Luciani). Ciò che è in discussione non è lo statuto logico dell'interpretazione conforme, poiché essa deve essere osservata nello Stato costituzionale di diritto «per consentire l'armonizzazione di due distinte sfere di legalità: la legalità legale e la legalità costituzionale» (Romboli); e lo stesso si deve affermare «quando quel paradigma è impiegato per regolare i rapporti fra diritto nazionale e diritto eurounitario, ovvero fra diritto nazionale e diritto internazionale» (Luciani).

Come è stato allora bene evidenziato, i problemi si pongono in relazione ai limiti relativi all'utilizzazione di tale canone interpretativo, anche alla luce dell'impatto che esso è destinato a produrre con riguardo tanto alle prerogative della Corte costituzionale, quanto a quelle del legislatore.

Sul primo punto, poiché la Corte richiede ai giudici *a quo* non solo di esperire il tentativo di interpretazione conforme della disposizione impugnata, ma addirittura di dimostrare nell'ordinanza di rimessione la certezza dell'impossibilità di essa, «il dubbio che questo tipo di interpretazione rappresenti talvolta una sostituzione *de facto* della norma tratta dalla legge con una norma escogitata dal giudice» (Bin), con conseguente «disordine nel sistema» appare assolutamente fondato e pienamente riscontrato nella prassi.

In questo senso, si è giustamente affermato che l'«eccesso» di interpretazione conforme altera i rapporti tra giudici e legislatore, determinando «il pericolo dell'«atrofizzazione della politica per saturazione giuridica»» (Luciani).

In effetti, nelle sue manifestazioni più disinvolte, l'interpretazione conforme ha condotto (Zanon): *a*) alla lacerazione della «legalità legale» non più modellata e «guidata» dalla legalità costituzionale, ma da questa sostituita; *b*) alla riduzione del raggio di applicazione dell'art. 136 Cost., e quindi dell'annullamento con efficacia *erga omnes* delle leggi incostituzionali; *c*) all'affermazione di un sindacato «caso per caso» con effetti imprevedibili, che, anziché la «certezza del diritto», tutela la «certezza dei diritti»; *d*) alla deresponsabilizzazione della Corte costituzionale in direzione di un modello che sta recuperando importanti aspetti di quello diffuso, fino al punto di far emergere il dubbio che il giudizio sulle leggi abbia assunto un carattere ormai sussidiario. Il rischio evidente è quello di dare luogo ad uno squilibrio nei rapporti tra Corte e giudici, in controtendenza rispetto al rapporto di collaborazione progressivamente instaurato negli anni precedenti; e ciò anche per l'affermato primato dell'interpretazione conforme rispetto al vincolo del «diritto vivente» (da ultimo, Corte cost., sentt. 11, 113/2015) (Pinardi).

Anche per questo la giurisprudenza costituzionale più recente appare forse più attenta a calibrare in modo meno sbilanciato i rapporti con i giudici comuni sul piano dell'interpretazione conforme, ma essa appare ancora assai oscillante e tale quindi da non lasciar presagire svolte significative.

Sul piano del diritto penale gli interrogativi suscitati dalla interpretazione conforme sono stati efficacemente sintetizzati come segue: diritto vivente e interpretazione adeguatrice sono due strumenti idonei a concretizzare la determinatezza della fattispecie ma rovesciano il tradizionale orientamento teleologico del principio; ed infatti, «in primo luogo, qual è – a questo punto – la reale *funzione di garanzia* della legalità-determinatezza? In secondo luogo, qual è il contenuto interpretativo – venga esso dalla giurisdizione ordinaria (il ‘diritto vivente’) ovvero dalla stessa Corte costituzionale – capace di conferire la sufficiente determinatezza alla norma?» (Palazzo).

Nello stesso senso, ancora di recente si è messo in guardia circa gli «effetti negativi che un uso disinvolto o eccessivo del canone interpretativo conforme a Costituzione da parte dei giudici comporta», anche nell’ottica di un «indebolimento del principio della riserva di legge» e della «conseguente frustrazione delle sue ragioni», visto il rischio di «una perdita di “legittimazione democratica delle scelte di criminalizzazione o di decriminalizzazione, dialetticamente operate dal Parlamento”» (Bertolino; Insolera), amplificata dai non pochi casi che «hanno indotto la magistratura a risolvere “da sé” la lacuna normativa», anche per il clamore mediatico di alcuni di essi, con il rischio di favorire il ricorso «a interpretazioni estensive o analogiche delle norme che prevedono fattispecie penalmente rilevanti» (Pellizzone).

Il quadro è poi reso ancora più complesso dalla pluralità delle interpretazioni conformi, visto che la Corte costituzionale nella propria giurisprudenza si riferisce costantemente anche all’interpretazione conforme al diritto dell’unione europea nonché al diritto internazionale, con particolare riferimento alla Cedu, anche se, con riferimento a quest’ultima, la sent. 49/2015 ha affermato che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU «è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU».

La stessa sentenza ha poi ribadito che il vincolo gravante sul giudice comune è riferibile alla giurisprudenza EDU consolidata sulla norma conferente (cfr. anche sentt. 311/2009; 236/2011), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentt. 311/2009; 303/2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentt. 317/2009; 15/2012), per cui «è, pertanto, solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo».

Forse anche più complessi sono i rapporti tra interpretazione conforme alla Costituzione e interpretazione conforme al diritto eurounitario (per tutti, Pisto-

rio; Cardone), soprattutto nei casi in cui la seconda determini, quale conseguenza, un dubbio di costituzionalità della disposizione (sul punto, è stato evidenziato che «il principio dell'interpretazione conforme a diritto eurounitario, che dovrebbe avere una funzione pacificatrice e moderatrice dei contrasti fra ordinamenti, può anche finire per determinare conseguenze esattamente opposte»: Luciani).

È evidente che l'incrocio delle diverse interpretazioni conformi è destinato a generare potenziali conflitti e incertezze, che non possono essere sottovalutati né ridimensionati in nome di un "dialogo tra le Corti" che appare per molti aspetti una costruzione che nel più recente periodo rischia di naufragare in una prospettiva, assai poco auspicabile, di competizione se non di veri e propri "duplici monologhi giurisprudenziali" (l'espressione è di Cassia).

Anche alla luce di queste considerazioni appare quindi molto realistica la tesi di chi mette in guardia contro la creazione di un nuovo "mito", ovvero il diritto giurisprudenziale, perché «lo Stato costituzionale non è né solo legge, né solo giudice; non è solo tutela dei diritti, ma anche apparato di istituzioni democratiche. Si potrebbe, anzi, affermare che, in assenza di una costante vitalità dei meccanismi della democrazia rappresentativa, esso rischierebbe di ridursi a mera apparenza astratta, librata nel vuoto» (Caretti).

3. Un terreno distinto, ma connesso rispetto a quello dell'interpretazione conforme (Chessa), che ha visto una forte valorizzazione del ruolo dei giudici nell'ordinamento è dato dall'espansione dei casi di applicazione diretta della Costituzione, anche essi finalizzati ad «assicurare che nei processi civili, penali e amministrativi l'organo giudicante proceda autonomamente ad attuare le norme costituzionali, solo quando ritenga indispensabile richiedere un intervento demolitorio della Corte costituzionale» (Lamarque).

Sono noti gli ambiti privilegiati in cui la giurisprudenza ha fatto diretta applicazione della Costituzione, tra i quali alcuni assai risalenti, ed altri in qualche misura problematici come quelli del risarcimento del danno alla persona da lesione di un diritto costituzionale, anche in assenza di una previsione legislativa; su quest'ultimo punto, a proposito del quale l'art. 2059 cod. civ. è stato assoggettato «ad una manipolazione paragonabile ad una sentenza additiva della Corte costituzionale» (Caponi), salvo alcuni interventi correttivi della Corte di cassazione al fine «di contenere la creatività giudiziale entro argini precisi, affinché non strabordasse nell'arbitrio» (Lamarque; Mannella).

Peraltro, l'"attivismo" dei giudici comuni è stato sostanzialmente avallato dalla Corte costituzionale (sent. 233/2003) che ha finito per giustificare un «ruolo della giurisprudenza che può definirsi di tipo "creativo"» (Mannella).

Soprattutto le più disinvolte manifestazioni giurisprudenziali in questione sono state criticate da una parte della dottrina. Le ragioni di tale critica ricalcano quelle già citate a proposito degli abusi dell'utilizzazione dell'interpretazione conforme (Lamarque), riguardando: *a*) il potenziale ridimensionamento della Corte costituzionale come mero "giudice delle leggi", aumentando la distanza dai tribunali costituzionali europei che agiscono, invece, anche a tutela dei diritti di libertà (Cheli); *b*) il ridimensionamento del potere politico rappresentativo, essendo «i giudici autosufficienti nella tutela dei diritti e non bisognevoli dell'intervento del legislatore». E ciò appare ancora più evidente, in vicende, come, ad esempio, quella del caso "Stamina" in cui, in nome di una presunta applicazione dell'art. 32 Cost., si è giunti a "disapplicare" disposizioni legislative vigenti in nome di un presunto "diritto alla speranza" che non trova alcun fondamento nell'ordinamento (Ciarlo) e che conferma come «facendo ricorso allo schema dei "valori costituzionali" si è sviluppato il tentativo di tradurre quei valori in puntuali (ma spesso improbabili) diritti» (Barbera); *c*) il rischio di accentuare una discrasia tra una dimensione dei diritti anche come strumenti di partecipazione attiva alla vita politica e sociale (*ex* art. 3, comma 2, Cost.) e la tendenza a intendere la loro tutela effettiva in chiave prevalentemente individualistica (Caretti).

Peculiari appaiono poi i casi in cui, di fronte all'inerzia del legislatore, i giudici hanno ricavato la norma applicabile al caso concreto direttamente e immediatamente dal combinato disposto di principi costituzionali, ancora una volta, incoraggiata anche da talune pronunce della Corte costituzionale (così, ad esempio, sentt. 11 e 347/1998, in materia, rispettivamente, di obiezione di coscienza e fecondazione eterologa).

Si pensi, emblematicamente, al c.d. caso "Englaro" che ha visto un Parlamento incapace di legiferare, un Governo che si sostituisce alle Camere con un "problematico" decreto legge, il diniego di emanazione da parte del Capo dello Stato, il paradossale conflitto di attribuzioni sollevato dalle Camere (che hanno preferito "rivendicare" la titolarità del potere legislativo, anziché esercitarlo nel caso concreto), ed infine una sorta di "atto di indirizzo" del Ministro Sacconi, quantomeno di incerta qualificazione; il tutto in un contesto nel quale il riferimento a valori come "libertà" e "dignità" della persona va incontro al fatto che tali nozioni sono suscettibili di interpretazioni diverse e talvolta contrapposte (Barbera).

Certo, proprio la vicenda "Englaro" mette in evidenza quanto questa creatività giurisprudenziale sia spiegabile anche alla luce della crisi politica in atto che sta determinando una progressiva emarginazione dei luoghi della rappresentanza politica; rispetto alle ormai frequenti omissioni del legislatore è indubbio che il giudice «si trova di fronte al problema della denegata giustizia, dell'inammissibilità del *non liquet* [...] in un contesto nel quale le dinamiche variamente innescate da

diversi fattori, primo tra tutti l'innovazione scientifica e tecnologica, fanno affluire davanti al giudice molte e impellenti domande sociali» (Rodotà).

Rimane però vero che solo la sede legislativa sembra essere quella nella quale si possono contemperare i vari interessi sottesi ad un determinato ambito da regolare, oltre a consentire l'attivazione di «quei circuiti partecipativi (in alcuni casi anche sollecitati da iniziative referendarie) che sono essenziali per una comunità che voglia chiamarsi democratica» (Barbera).

Tuttavia, la debolezza della politica è un fattore ormai evidente in questo tor-nante della storia ed è sicuramente una delle cause che vedono nel più recente periodo la Corte costituzionale inclinare sul versante della “politica” rispetto a quello della “giurisdizione” (Cheli; Romboli), nonostante che in non poche occasioni essa abbia mostrato una oggettiva prudenza a non sovrapporre le proprie valutazioni alla discrezionalità del legislatore (salvo i casi, talvolta giustamente discussi anche nella letteratura penalistica, di manifesta arbitrarietà o irragionevolezza: per tutti, Fiandaca; Palazzo; Donini).

Di fronte alle omissioni del legislatore, che si vanno moltiplicando, accade spesso che la Corte costituzionale, dopo una prima pronuncia in cui esprime un atteggiamento di corretta “deferenza” nei confronti del legislatore, pur non mancando di evidenziare criticità nella normativa scrutinata (attraverso moniti al legislatore o sentenze di “rigetto precario” o, ancora, di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”), si vede costretta in un secondo momento, perché successivamente adita, ad adottare una pronuncia di incostituzionalità: in materia penale si può ricordare la sent. 45/2015, che, come è noto, ha dichiarato incostituzionale l'art. 159, comma 1, cod. pen., nella parte in cui, ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile (per tutti, Micheletti; Dei-Cas; tale sentenza fa seguito alla sent. 23/2013, che conteneva un monito al legislatore, pur riconoscendo evidenti “anomalie” nella disposizione impugnata).

In altre occasioni, l'accertamento dell'incostituzionalità e la difficoltà a “riempire”, attraverso la pronuncia della Corte, il quadro normativo nell'inerzia del legislatore spiega l'emersione nel più recente periodo di sentenze non facilmente inquadrabili (così, ad esempio, la sent. 170/2014 sul c.d. “divorzio imposto”) e comunque esalta moduli decisionali che finiscono per “scaricare” sui giudici alcuni profili essenziali relativi al “seguito” della pronuncia, in attesa dell'intervento del legislatore (così, la sent. 162/2014, in materia di fecondazione eterologa).

Da parte sua, il Parlamento soprattutto nel più recente periodo appare spesso “omissivo” non solo nelle materie “eticamente sensibili” e nei troppi casi di anacronismo legislativo. Infatti, le Camere, e quindi il sistema politico, sono sempre

più volutamente “reticenti” in attesa di pronunce della Corte costituzionale su temi politicamente rilevanti (emblematici i casi delle sent. 1/2014 e 35/2017, in materia elettorale), mentre in altri casi sono arrivate addirittura “imporre” il dovere di conformazione di atti normativi anche primari (in particolare, dei decreti legislativi) agli indirizzi giurisprudenziali e talvolta a singole sentenze (si è parlato di «autolesionismo del legislatore»: Luciani).

4. Il dibattito “diritto politico” versus “diritto giurisprudenziale” rischia di appannare un istituto fondamentale, la riserva di legge, che permea l'intero testo della Carta fondamentale in modo assai fitto rispetto ad altre Costituzioni coeve.

Rinviando ai numerosissimi contributi dottrinali su questo istituto, è indubbio che la riserva di legge nel più recente periodo è andata incontro a fattori di crisi efficacemente definiti “endogeni” ed “esogeni” (per tutti, Zanon).

Tra i fattori esogeni, rinviando alla dottrina sul punto, si è parlato di una «moltitudine disordinata di fonti sovranazionali» che, con specifico riferimento al diritto penale, porta alla compressione della discrezionalità del legislatore interno (Cupelli). Si pensi, ad esempio, alla sent. 32/2014 della Corte costituzionale nella quale si afferma che, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della l. 49/2006, trova di nuovo applicazione la disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel D.P.R. 309/1990, nella versione precedente, non essendosi validamente verificato l'effetto abrogativo; e ciò anche perché «la materia del traffico illecito degli stupefacenti è oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell'Unione europea» (nel caso di specie, la decisione quadro n. 2004/757/GAI).

La penetrazione del diritto eurounitario dà luogo ad esiti paradossali proprio sul piano del diritto penale: si pensi all'art. 7 della CEDU o all'art. 49 della Carta dei diritti dell'Unione europea e al riferimento al concetto di “diritto” anziché di “legge”, tanto che la sent. 230/2012 della Corte costituzionale non ha mancato di precisare come «il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost.; principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, 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 dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico

tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione».

Anche per questo, appare decisamente condivisibile l'orientamento secondo il quale «il richiamo alla primaria esigenza di legalità democratica realizzabile mediante il procedimento legislativo, espressa dall'art. 25 Cost.» si atteggia «quale *controlimite* rispetto a quelle limitazioni di sovranità che, pur coperte dagli artt. 11 e 117, comma 1 Cost., non promanano da istituzioni sovranazionali legittimate ad imporre obblighi di criminalizzazione» (Cupelli); e ciò in quanto «il fondamento garantistico, secondo cui sono riservate al Parlamento nazionale le scelte comunque concernenti la libertà e la dignità personale, ne fa addirittura un diritto fondamentale dell'uomo» (Palazzo).

In questo contesto, occorre un atteggiamento di prudenza circa l'espansione della tutela dei diritti che la compresenza di una pluralità di carte dei diritti (a livello nazionale; eurounitario; internazionale) può determinare: come è stato osservato, la tesi, pure autorevolmente sostenuta, del principio di “protezione più intensa” dei diritti (Ruggeri) va incontro ad obiezioni assai forti (Luciani), a cominciare dalla difficoltà di delineare in modo sicuro questa nozione, che peraltro deve essere apprezzata in un «necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela», tenendo conto che «la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea» (Corte cost., sent. 317/2009).

5. Tra i fattori “endogeni” di crisi della riserva di legge è da notare, innanzitutto, l'espansione dell'attività normativa del governo e, in particolare, della delega legislativa e della decretazione d'urgenza che ha profondamente alterato il rapporto con la legislazione ordinaria; e ciò nonostante che gli atti con forza di legge dovrebbero costituire una deroga (o forse un'eccezione) rispetto all'ordinario esercizio della potestà legislativa parlamentare di cui all'art. 70 Cost. (così, ad esempio, Corte cost., sent. 171/2007).

Non è possibile in questa sede ripercorrere tutti gli aspetti di questa evidente torsione che si è realizzata nella produzione normativa, soprattutto a partire dall'inizio degli anni Novanta.

È noto però che la Corte costituzionale ha ribadito che la riserva di legge «deve ritenersi pacificamente soddisfatta anche da atti aventi forza di legge, come accade in riferimento a tutte le riserve contenute in altre norme costituzionali, comprese quelle relative ai diritti fondamentali [...] e salvo quelle che richiedono atti di autorizzazione o di approvazione del Parlamento. Ciò sia perché i decreti-legge e i decreti legislativi sono fonti del diritto con efficacia equiparata a quella della legge parlamentare, sia perché nel relativo procedimento di formazione è assicurata la partecipazione dell'organo rappresentativo, rispettivamente in sede di conversione e in sede di delega (oltre che con eventuali pareri, in fase di attuazione della delega stessa)» (sent. 10/2015).

Si tratta però di un orientamento discutibile, nella misura in cui la *ratio* garantistica alla base delle riserve di legge rende problematica l'ammissibilità degli atti con forza di legge del Governo poiché «queste fonti governative operano nell'ordinamento con libertà assai maggiore dei regolamenti: derogando, modificando, abrogando le stesse leggi, alle quali, viceversa, il regolamento è subordinato, e, per questo, assai meno pericoloso» (Carlassare).

Tale rilievo dovrebbe essere attentamente meditato soprattutto perché l'attività normativa primaria di cui agli artt. 76 e 77 Cost. ha perso del tutto i connotati di eccezionalità per divenire, impropriamente, uno strumento ordinario e, per di più, rivendicato come tale dal Governo come strumento di attuazione del programma: il tutto, come è noto, aggravato dalla prassi dell'utilizzazione della questione di fiducia per l'approvazione tanto delle leggi di delega quanto delle leggi di conversione, che, come si dirà, ha pesantemente inciso tanto sui rapporti tra Parlamento e Governo quanto sulla qualità della legislazione.

Da questo punto di vista, la giurisprudenza costituzionale nel più recente periodo ha cercato di porre alcuni argini rispetto alle prassi più chiaramente distorsive; in materia penale si debbono ricordare le «famoso» sentt. n. 5/2014 (con riferimento alla delega) e 32/2014 (con riferimento alla decretazione d'urgenza).

In sintesi, mentre con riferimento alla prima la Corte ha superato, forse definitivamente, alcuni propri precedenti in materia di sottoponibilità delle norme penali di favore al sindacato costituzionale: è stato infatti affermato giustamente che «le barriere agli interventi *in malam partem* sembrano avere trovato proprio nella sindacabilità dei vizi formali del procedimento di formazione della legge o degli atti ad essa equiparati una nuova occasione di approfondimento, sul presupposto che nel sanzionare il vizio in procedendo ad essere salvaguardata sia, in fondo, proprio l'istanza garantista sottesa alla riserva» (Cupelli).

Anche sulla decretazione d'urgenza tra il 2012 (sent. 22) e il 2014 (sent. 32) la Corte costituzionale, anche superando propri precedenti (sent. 391/1995), ha ridefinito lo statuto costituzionale della legge di conversione, affermando la necessità che essa abbia un contenuto omogeneo rispetto a quello del decreto legge.

Rinviando ai cospicui contributi dottrinali in materia, anche critici circa l'“impatto” di questa pronuncia sui procedimenti penali in materia di stupefacenti, si deve ricordare che la sent. 32/2014 colpisce una evidente patologia, la riforma della disciplina degli stupefacenti, introdotta in sede di conversione di un decreto legge in materia di Olimpiadi invernali di Torino del 2006. La Corte censura giustamente l'*iter* di approvazione di tale legge, connotato, ancora una volta, dalla scelta del Governo di porre la questione di fiducia in entrambi i rami del Parlamento su un maxiemendamento sostitutivo dell'intero disegno di legge di conversione e comprendente anche la riforma in esame, con ciò impedendo sia «un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.», sia «una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina in tal modo introdotta».

6. La crisi della riserva di legge è almeno indirettamente alimentata anche dalle trasfigurazioni della fonte legislativa sul piano dei contenuti.

Pur senza entrare nelle ardue problematiche relative alle teorizzazioni circa la tassatività-determinatezza dei precetti penali, è comunque da ricordare che la Corte costituzionale ha precisato nella “celebre” sent. 364/1988 che «nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento».

Da questo punto di vista, non è mancato chi ha evidenziato già nel 2000 che «se dovessimo rivolgersi oggi soltanto al legislatore, dovremmo con ogni probabilità concludere nel senso dell'inutilità o della persistente violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost. Il dato dello scadimento della legislazione penale, unito a quello della complessità della stessa materia penale, a causa soprattutto della mancata riforma del codice Rocco, non lascia spazio a considerazioni diverse e ulteriori» (D'Amico).

Certo, alla base della cattiva qualità della legislazione vi sono anche fattori sistemici: in particolare, il pensiero corre alla crisi del sistema politico-rappresentativo che si riflette sulla crisi della legge e sui suoi contenuti sempre più oscuri, e, per di più, «con una ulteriore perversa propensione a presentare e reclamizzare, sul piano della comunicazione politico-mediatica, le innovazioni legislative come una ‘operazione di *marketing*’ destinata a soddisfare molteplici bisogni (veri o supposti) ed ansie del pubblico dei consumatori-destinatari, mentre le proprietà innovative risultavano di fatto assai più fittizie che reali» (Fiandaca), in un'ottica nella quale troppo spesso la forza dei numeri ha prevalso su ogni altra preoccupazione.

È stato affermato che «la riserva di legge pare aver subito una duplice ‘virata’ che ha modificato, non sappiamo dire se l’intensità della garanzia, ma sicuramente la sua direzione, il suo ‘senso’. Da un lato, la riserva ha virato dal suo *contenuto* democratico della legge penale al *procedimento* di formazione della legge e al suo *controllo*. Ridimensionatasi quella specie di presunzione della democraticità contenutistica dei contenuti normativi della legge, l’asse della garanzia è piuttosto nelle possibilità di partecipazione e controllo che offre il procedimento legislativo» (Palazzo).

Una seria riforma del procedimento legislativo, da questo punto di vista, potrebbe assecondare anche una più complessiva strategia volta a perseguire un miglioramento della qualità della normazione, oggi compromessa anche dalla “perenne emergenza” che connota il fluire della nostra legislazione. La qualità della normazione non attiene solo alle tecniche di *drafting* ma anche a quelle, ancora più impegnative, dell’istruttoria legislativa (art. 79, comma 4, reg. Camera), nonché delle valutazioni *ex ante* ed *ex post* dei prodotti legislativi su cui giustamente anche la dottrina penalistica più avveduta ha evidenziato ancora un *decifit* di approfondimento (Palazzo); peraltro, anche sul versante più limitato delle tecniche di redazione delle disposizioni penalistiche non ha avuto particolare seguito il già ricordato monito della Corte costituzionale nella “celebre” sent. 364/1988, anche perché né la circolare della Presidenza del Consiglio del 5 febbraio 1986 («Criteri per la formulazione delle fattispecie penali») né le successive circolari “Malinconico” sulla redazione degli atti normativi del 2001 si sono radicate nell’ordinamento. D’altra parte, analoga attenzione (salvo eccezioni, come il d.lgs. 7 e 8/2016) non è data ai criteri per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Bailo) (anche in questo caso, nonostante una interessante circolare della Presidenza del Consiglio del 1983) o alla misura delle sanzioni, in ordine alla quale la giurisprudenza costituzionale più recente mostra una crescente applicazione del principio di proporzionalità rispetto al disvalore dell’illecito commesso, ancora una volta in “supplenza” rispetto a determinazioni legislative scorrette, richiamandosi, oltre che al combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., anche all’art. 49, n. 3), della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, secondo il quale «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato» (sent. 236/2016).

Ma lo stesso può dirsi per il moltiplicarsi degli “automatismi legislativi” che hanno formato oggetto di una rilevante giurisprudenza costituzionale (per tutte, sentt. 164, 231/2011, 31/2012, 45, 105, 106, 112, 238, 239/2014; 48, 185/2015) non priva di oscillazioni ancora una volta alla stregua dell’applicazione dei parametri della ragionevolezza e della proporzionalità (Tesauro; Crivelli; Leo).

Così, per citare un esempio recente e rilevante, la sent. 185/2015 ha dichiarato incostituzionale l’art. 99, comma 5, cod. pen., come sostituito dall’art. 4 della l.

251/2005, che poneva un'eccezione alla regola generale secondo cui le ipotesi di recidiva hanno natura facoltativa. Ribadendo che l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità legislativa, il cui esercizio non può formare oggetto di sindacato di costituzionalità, salvo che si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie, la Corte ha ritenuto l'automatismo «del tutto privo di ragionevolezza, perché inadeguato a neutralizzare gli elementi eventualmente desumibili dalla natura e dal tempo di commissione dei precedenti reati e dagli altri parametri che dovrebbero formare oggetto della valutazione del giudice, prima di riconoscere che i precedenti penali sono indicativi di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo». Viceversa, in altri casi la Corte ha giustificato tali automatismi (sent. 95/2015).

7. In attesa di questi auspicabili ma probabilmente non prossimi sviluppi, non rimane che constatare le tante patologie che connotano sul piano contenutistico la produzione legislativa ordinaria e che evidenziano altrettanti punti critici anche nei rapporti con la giurisdizione.

Si pensi, in primo luogo, ai non pochi contenuti provvedimentali contenuti in leggi ordinarie (da ultimo, Losana), a proposito dei quali la Corte costituzionale ha precisato a più riprese che essi soggiacciono ad uno scrutinio stretto di costituzionalità alla stregua dei principi di ragionevolezza e non arbitrarietà, ma anche del rispetto della funzione giurisdizionale riguardo alle decisioni delle cause in corso (per tutte, sentt. 143/1989; 346/1991; 492/1995; 267/2007).

Un'altra fenomenologia decisamente patologica è data dalle leggi di interpretazione autentica, sulle quali si è sviluppata una cospicua giurisprudenza costituzionale che sembra avere trovato un punto di arrivo nella sent. 150/2015: sembra ormai acquisita la tesi della portata retroattiva delle stesse che però non risulta irragionevole in quanto i loro contenuti siano riconoscibili come una delle possibili letture del testo originario e non si pongano in contrasto con altri interessi costituzionalmente protetti (per tutte, anche sentt. 236/2009; 257/2011).

Forse però la frontiera più problematica attiene ai casi in cui il legislatore intende impropriamente "sostituirsi" all'autorità giudiziaria. Si pensi alla sent. 85/2013 della Corte costituzionale nella quale il giudice delle leggi, nell'ambito del c.d. "caso Ilva", ha dovuto precisare che non può essere consentito al legislatore di «risolvere, con la forma della legge, specifiche controversie e di vanificare gli effetti di una pronuncia giurisdizionale divenuta intangibile, violando i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale e concernenti la tutela dei diritti e degli interessi legittimi». La sent. 85/2013 si richiama altresì alla giurisprudenza della Corte EDU (la quale ha costantemente affermato che «il

principio dello stato di diritto e la nozione di giusto processo custoditi nell'art. 6 precludono, tranne che per impellenti ragioni di interesse pubblico, l'interferenza dell'assemblea legislativa nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia»: sez. II, 14 dicembre 2012, *Arras c. Italia*) e della Corte di giustizia dell'Unione europea (che ha costantemente affermato che contro tutti gli atti, anche aventi natura legislativa, «gli Stati devono prevedere la possibilità di accesso a una procedura di ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale o ad altro organo indipendente ed imparziale istituito dalla legge»: 16 febbraio 2012, C-182/10, *Solvay et al. Vs. Région Wallone*).

VITO VELLUZZI

INTERPRETAZIONE, INTERPRETI E DIRITTO PENALE.
BREVI RIFLESSIONI

In questo intervento tratterò la “classica” questione dell’esistenza di vincoli per l’interprete (per il giudice in particolare) in ambito penale (con riferimento alle disposizioni penali incriminatrici). La discussione intrapresa in questo convegno, riguarda il giudice penale definito, per mezzo di una elegante e riuscita provocazione, “burocrate creativo”. Tenterò di non tradire lo spirito che anima il dibattito parlando di come il giudice penale sia, in un certo senso e al pari di tutti gli interpreti, necessariamente creativo, e di come lo stesso giudice penale possa essere (e probabilmente dovrebbe essere guardando a ciò che prescrive il diritto positivo) in un certo senso, burocrate. Il convegno è intitolato “Il burocrate creativo”, la sessione si interroga sul superamento della distinzione tra *ius dicere* e *ius facere*: credo che per il diritto penale, la distinzione possa, nei termini che sinteticamente esporrò, resistere al superamento ed essere, di conseguenza, tenuta ferma.

Proverò ad assolvere il compito appena abbozzato guardando l’oggetto di indagine da due prospettive, o angoli visuali, differenti ma complementari: a) come si possa ancora plausibilmente sostenere la tesi dell’esistenza di vincoli semantici, sintattici e pragmatici per l’interpretazione delle disposizioni penali incriminatrici; b) se l’attuale quadro delle fonti del diritto e il modo di rapportarsi a esse da parte di talune Corti, ponga ulteriori questioni riguardanti l’interpretazione delle disposizioni penali incriminatrici.

La prima questione ha natura schiettamente filosofico giuridica, con evidenti ricadute sul diritto positivo, poiché, a seconda della risposta fornita sul piano filosofico giuridico, si valuterà sensato o insensato produrre talune disposizioni per il settore penale (e non solo) rivolte a regolare l’interpretazione. La seconda questione è rivolta a comprendere se ciò che gli organi giudiziari nazionali e sovranazionali da qualche tempo fanno, sia una conseguenza di quel che il sistema giuridico è, o se sia l’esito di ciò che il sistema giuridico è assieme a ciò che gli stessi organi giudiziari vogliono che sia. Rammento, scusandomi per la banalità, il nesso tra l’oggetto di queste riflessioni e la legalità penale: non v’è dubbio, infatti, che assecondare una tesi piuttosto che un’altra riguardo all’interpretazione e al ruolo del giudice, incida sul modo di intendere la legalità penale e le garanzie a essa connesse.

Il tema è impegnativo e il tempo è tiranno, dovrò, quindi, per necessità, dare alcune nozioni per scontate e considerare taluni passaggi già acquisiti. Spero che ciò non renda queste brevi riflessioni oscure, oltre che sintetiche.

Per affrontare il primo punto di questo intervento prendo avvio dal noto interrogativo: la legalità penale comporta dei vincoli semantici, sintattici e pragmatici all'attività del giudice penale? A mio parere all'interrogativo si può rispondere affermativamente. Bisogna evitare, però, di tratteggiare i vincoli semantici, sintattici e pragmatici in maniera banale, perché la banalizzazione destituisce i vincoli stessi di qualsiasi utilità critica nei confronti dell'operare del giudice penale. Dall'altro lato, va ribadito che considerare questi vincoli meno stringenti e potenti di quanto si potesse pensare, non conduce ineluttabilmente verso l'arbitrio giudiziale. Infatti, come ho già sottolineato in altre occasioni: «Guardare con (giustificata) diffidenza ad alcuni atteggiamenti dei giudici e agli esiti di tali atteggiamenti, non significa nutrire una vana e utopistica nostalgia per un giudice privo di discrezionalità interpretativa. Se si intende per interpretazione la determinazione del significato delle disposizioni normative, degli enunciati delle fonti, non v'è da dubitare che il passaggio dalla disposizione normativa alla norma (...) comporti sempre interpretazione»¹. Ciò accade in ragione di molteplici fattori (per esempio la vaghezza dei significati, l'ambiguità delle disposizioni, la "cattiva" legislazione) che consegnano all'interprete un potere di scelta: gli conferiscono, appunto, discrezionalità.

Tuttavia, pur accantonando una ingenua prospettiva formalista sul piano interpretativo, va ribadito che «il giudice penale non può proiettare sulla propria decisione (più puntualmente: sulla decisione e sulla motivazione addotta a sostegno di essa) la concezione dell'interpretazione a lui gradita o il modo di intendere il proprio ruolo di giudice senza rendere l'una e l'altro compatibili col quadro normativo complessivo»².

Il problema non è la discrezionalità giudiziale, ma il suo esercizio e la valutazione dell'esercizio della discrezionalità e del risultato raggiunto alla luce di quanto stabilito dal diritto positivo apicale (è superfluo rammentare in questa sede le disposizioni normative). A tal proposito va tenuto presente che si può concordare sul fatto che una interpretazione sia errata, ma essere discordanti sulle ragioni che consentano di valutarla errata. Il punto importante, quindi, è quello dei presupposti assunti per valutare l'attività del giudice: quali presupposti e quale modo di

¹ Il brano è tratto dal mio contributo *L'interpretazione giuridica, la didattica universitaria e il ruolo del giudice penale: osservazioni a margine*, in G. Insolera, A. Guarnieri, L. Zilletti (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario*, Roma, Carocci, 2016, p. 48.

² Cito dal mio scritto *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, in questa *Rivista*, 2012, p. 306.

intenderli. Concordare sui presupposti vuol dire concordare anche sugli esiti, sempre che questi siano raggiunti in maniera coerente rispetto ai presupposti che fungono da premessa; mentre concordare sugli esiti non vuol dire concordare necessariamente sui presupposti, poiché talvolta il medesimo risultato può essere raggiunto muovendo da differenti premesse.

Uno dei profili particolarmente rilevanti dell'interpretazione del diritto penale consiste, allora, in ciò: se manteniamo i medesimi presupposti e si condivide il loro contenuto, quei presupposti possono operare come *ideale regolativo* dell'attività interpretativa. È grazie a essi che possiamo effettuare una critica o una adesione all'esito interpretativo raggiunto. Tutto questo all'interno di un quadro semantico e sintattico che non è dato da *un* significato, ma che è costituito da uno spettro, una cornice di significati. Per dirla con parole da me già spese: «Se si intende la legalità penale in senso stretto o strettissimo, la norma di chiusura del microsistema penale per cui (si perdoni la semplificazione) “tutto ciò che non è penalmente rilevante è consentito” andrebbe integrata con le seguenti parole: “in caso di dubbio se un comportamento sia riconducibile ai significati possibili, bisogna preferire un esito interpretativo favorevole all'irrelevanza penale del comportamento”. La legalità penale così configurata funge da criterio meta-interpretativo per risolvere le questioni interpretative dubbie, ovvero le questioni sul se un certo esito sia interpretativo o non lo sia»³. Su quale sia e se vi sia, per una certa disposizione normativa, una interpretazione migliore delle altre tra quelle che si collocano all'interno del quadro, si continuerà a discutere.

Quanto si è detto sino a ora riguarda soprattutto questioni legate al rapporto tra giudice e testo normativo di natura semantica e sintattica. Non va trascurato, però, che a sostegno della tesi avanzata presiedono anche ragioni pragmatiche, ossia legate al rapporto del linguaggio giuridico penale con i suoi “utenti”. Infatti, il ricorso sistematico alle autorità, alle sanzioni, alla coazione fanno del diritto, e del suo linguaggio, ciò che è, ragion per cui le autorità giuridiche hanno tale potere anche nell'amministrare il linguaggio giuridico. Tuttavia, le autorità giuridiche, i giudici, quelli penali in particolare, sono sottoposti «alle *regole della buona amministrazione*: non conta solo la decisione, conta pure come si decide, e sul come, sulla possibilità di valutare criticamente in base al diritto quel che è deciso, incide in maniera importante la pragmatica del linguaggio giuridico (...) quel che si è detto sin qui non è frutto soltanto di una preferenza per un diritto penale di un certo tipo rispetto a un altro, bensì può essere argomentato dai caratteri semantici e sintattici posseduti dal linguaggio giuridico penale, caratteri letti in ragione della pragmatica del linguaggio giuridico penale stesso, di quel che il diritto

³ Il brano è ripreso dal mio intervento nella discussione *Tra analogia e interpretazione estensiva*, in questa *Rivista*, 2010, p. 379.

penale è in virtù delle norme che ne delineano i caratteri e le conseguenze, nonché di ciò che viene e che può essere chiesto ai destinatari delle disposizioni incriminatrici. Tutto ciò non elimina il potere di amministrazione del linguaggio giuridico da parte del giudice penale, anzi lo giustifica, ma giustificandolo ne traccia (pragmaticamente) i confini. In sintesi, si tratta di prendere sul serio il diritto penale esistente»⁴.

Farò solo pochi cenni al secondo punto menzionato all'inizio del mio intervento. Questo angolo visuale guarda al "burocrate creativo" nell'ottica del sistema giuridico per come è configurato oggidi, specie per le questioni che il coordinamento tra le fonti (e tra le Corti) pone. Il punto è se l'odierna configurazione delle fonti, il c.d. disordine delle fonti stesse, accresca la discrezionalità dell'interprete/giudice in campo penale sino ad ampliarne (eccessivamente?) il ruolo, i compiti e le attività che è chiamato a svolgere. Si tratta di stabilire, quindi, se vi siano degli spazi occupati dal giudice/interprete, per così dire, "suo malgrado", e se ciò implichi taluni corollari.

Ebbene, per quanto la mia non sia un'analisi attenta e approfondita, bensì una sensazione, mi pare che la c.d. crisi del sistema delle fonti sia al contempo la causa e l'effetto. Mi spiego. Non sono affezionato né alla parola crisi, né all'abuso che se ne fa attualmente in campo giuridico. Tuttavia, bisogna registrare che il legislatore – anche quello costituzionale – le Corti nazionali e sovranazionali, ci consegnano un quadro nel quale le relazioni tra le fonti (e l'interpretazione delle fonti), sono sempre più caratterizzate non tanto da rapporti formali o materiali – a seconda del lessico che si preferisce adottare – quanto da relazioni di gerarchia c.d. assiologica. Le gerarchie formali o materiali sono normalmente stabili, le gerarchie assiologiche sono di regola mobili ed ogni gerarchia assiologica reagisce sugli esiti dell'interpretazione, pure di quella conforme. Anzi, la questione riguarda soprattutto l'interpretazione conforme, poiché l'istituzione delle gerarchie assiologiche coinvolge pure le fonti più elevate nella gerarchia, innescando una sorta di competizione tra parametri di conformità da usare per interpretare la legge. Detto in sintesi: al variare della gerarchia assiologica varia anche il parametro di riferimento per effettuare l'interpretazione conforme⁵.

⁴ Il passo è tratto dal mio saggio *Pragmatica del linguaggio giuridico e interpretazione*, in A. Pintore e S. Zorzetto (a cura di), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Napoli, Esi, 2016, pp. 330-331.

⁵ È opportuno ricordare che una «gerarchia assiologica è una relazione tra due norme N1 e N2, tale che la norma N1 è considerata più importante, prevalente, preferibile, rispetto alla norma N2. Il rapporto di preferenza dipende da una valutazione comparativa sostanziale dell'importanza delle norme coinvolte» (G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS, 2016, pp. 173 ss., dove si trova una raffinata e articolata analisi delle gerarchie assiologiche).

Ciò accresce la criticità dell'interpretazione in ambito penale, specie per ciò che concerne il rapporto tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti sovranazionali, per almeno due ragioni. Prima ragione: ciascuna Corte sembra voler affermare la propria competenza a fissare la gerarchia assiologica, stabilendo, per così dire, quale fonte "vale" di più. Ma si tratta di un "valere di più" contingente, destinato ad essere messo in discussione dalla decisione successiva. Seconda ragione: proprio per il fatto che le gerarchie assiologiche sono, di regola, mobili, difficilmente si realizza una condivisione, tra i vari giudici/interpreti, del valore che sta a fondamento della gerarchia; non si può nemmeno escludere che il valore, anche laddove fosse condiviso, assuma contenuti differenti a seconda del soggetto che lo fa valere. L'impressione che si trae leggendo alcune decisioni, specie delle Corti sovranazionali, è quella di una corsa a stabilire quale fonte sia più importante, con lo scopo di trasformare la gerarchia assiologica in una gerarchia formale o materiale⁶.

Il quadro che ho sommariamente delineato non è consolatorio, ma la filosofia del diritto serve anche a questo: mettere a fuoco i problemi per capire come sia possibile affrontarli, piuttosto che occultarli dietro perentorie soluzioni.

⁶ A mio parere è emblematico, in tal senso, il materiale giurisprudenziale prodotto riguardo al noto caso Taricco.

CARLO GUARNIERI

RUOLO DELLA GIURISDIZIONE
E MODELLI DI RECLUTAMENTO DELLA MAGISTRATURA

Abbiamo sentito ricostruire i caratteri di complessità dell'ordinamento giuridico e quindi l'indeterminatezza di molte sue parti: in altre parole, gli spazi crescenti di creatività che si aprono per il giudice e per la giurisprudenza. È chiaro che spazi interpretativi sono presenti sempre in qualsiasi tipo di sistema giuridico, ma sicuramente questi spazi si sono negli ultimi decenni allargati sia per ragioni istituzionali – per esempio, l'introduzione di una Costituzione rigida e di un controllo giudiziario di costituzionalità – sia per ragioni che sono di tipo sociale. E questo direi che è un aspetto abbastanza pacifico.

Ciò che vorrei sottolineare, invece, è che quando si va a vedere l'assetto organizzativo ed istituzionale della nostra Magistratura noi siamo ancora fermi ad un ordinamento giudiziario – Cortese, varato da Rattazzi nel 1865, riformato da Zanardelli nel 1891, da Orlando nel 1908, da Oviglio nel 1923 e alla fine sublimato da Grandi nel 1941 – i cui tratti sono ancora quelli tradizionali della c.d. magistratura burocratica. Non si tratta ovviamente di un epiteto negativo, bensì di un attributo che caratterizza quelle magistrature che si sono formate sul modello delle grandi burocrazie dell'Europa continentale, basate soprattutto sul reclutamento di giovani laureati che poi vengono plasmati all'interno di questi corpi giudiziari con un'azione efficace e penetrante da parte degli organi di vertice – come la Corte di cassazione – che a loro volta sono incaricati di elaborare e controllare la giurisprudenza al fine di renderla il più possibile congruente alle indicazioni che provengono dall'istituzione politica rappresentativa per eccellenza, che è quella parlamentare. Da questo punto di vista, anche l'assetto Grandi – nonostante fosse stato elaborato in un regime autoritario – non differiva in modo radicale dagli assetti precedenti, come anche da quelli francese o tedesco. Il punto qual è? È che, dal 1941 ad oggi, in realtà, mutamenti radicali non ci sono stati. Sono un po' cambiate le prove d'esame, la riforma del 2006 ha introdotto una serie di prerequisiti, ma la struttura dell'ordinamento giudiziario è rimasta più o meno la stessa.

Ora, la domanda banale che uno si pone è: “Ma questa struttura, questo assetto – che era stato disegnato per una situazione in cui il sistema normativo era ancora relativamente semplice, il primato della legge e della norma giuridica di origine parlamentare era riconosciuto, la società stessa era una società caratterizzata

da un tasso di innovazione molto più ridotto di quello che noi vediamo oggi – ha ancora senso in questa nuova situazione o, invece, ha generato una serie di disfunzioni o comunque di problemi? Non parlo solamente dei problemi di tipo organizzativo o che riguardano il rendimento dell'apparato giudiziario. Io credo che, almeno nel settore civile, negli ultimi anni è stato fatto qualche passo in avanti per smaltire l'arretrato, per ridurre la durata, eccetera. Ma se noi andiamo a vedere quando questo arretrato si è formato, vedremo che si è formato proprio negli anni Settanta/Ottanta e cioè in coincidenza con quelle riforme che hanno in realtà smantellato una parte dell'assetto tradizionale, soprattutto i controlli di tipo gerarchico, senza sostituirli con strumenti che potessero dare dei risultati equivalenti.

Comunque, il problema principale è questo: l'assetto attuale può essere considerato congruente rispetto alle nuove funzioni, ai nuovi compiti che di fatto vengono assegnati alla Magistratura nel nostro sistema e non solo nel nostro sistema? Io credo che la risposta sia negativa perché il reclutamento è ancora basato su prove di tipo tecnico che mirano a reclutare, almeno quando ci riescono, un buon tecnico del diritto, privo o comunque non particolarmente attrezzato a gestire quegli spazi di discrezionalità, cioè di alternative decisionali interpretative, che si sono ormai aperti. Oltretutto, entrando un po' anche nel concreto, i meccanismi di reclutamento – come ha rilevato, del resto, il Prof. Piergallini – sono meccanismi che presentano una variabilità ed una incertezza estrema. Tant'è che uno potrebbe parlare, più che di concorso pubblico, di un concorso a premi. Ma questo è inevitabile perché la struttura del concorso – basata appunto su prove scritte che necessariamente vanno a toccare o un aspetto o un altro di ambiti del diritto estremamente vasti – si affida ancora abbastanza al caso, se si tiene conto anche del fatto che le commissioni d'esame operano in modo standardizzato. Abbiamo quindi un reclutamento che al massimo dovrebbe fornirci dei tecnici del diritto in grado di essere socializzati, attraverso meccanismi di carriera, ad interpretare un sistema giuridico tutto sommato relativamente semplice. Se vogliamo, l'unica innovazione che è stata introdotta negli ultimi anni è stata la Scuola Superiore della Magistratura. Su questo punto c'è un ottimo intervento di Giorgio Spangher, nel libro che ho curato con Gaetano Insolera e con Lorenzo Zilletti¹, che fa vedere bene come l'organizzazione ed il funzionamento della Scuola Superiore della Magistratura siano ancora viziati da un tasso di autismo o di "egocentrismo" estremamente elevato. E questo è un problema perché, se uno dei problemi principali in una situazione in cui il sistema normativo diventa più complesso è quello

¹ G.SPANGHER, *La Scuola superiore della magistratura*, in C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI (a cura di), *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Carocci, 2016, pp. 73 ss.

di individuare una comunità di valori che vada al di là della Magistratura, allora è chiaro che il momento della formazione è importantissimo, così come è importante il momento del reclutamento. Da questo punto di vista, la soluzione che è stata varata per certi versi è un passo in avanti rispetto ad una fase in cui non si faceva assolutamente formazione, ma è ancora una soluzione fortemente insufficiente. Se si vuole costruire una comunità di valori bisogna che questa comunità di valori partecipi anche al processo di formazione dei magistrati. Quindi penso che sarebbe opportuno che la formazione dei giuristi diventasse il più possibile comune. A questo proposito abbiamo l'esempio scandinavo e quello tedesco. Non dico che si possa fare tutto questo dalla mattina alla sera, ma quella è la direzione.

Un'altra direzione importante da perseguire è quella del reclutamento laterale, ossia dell'integrazione all'interno della Magistratura di giuristi esperti o comunque con una certa competenza. Qui cito semplicemente la votazione del Parlamento francese dell'8 agosto scorso a favore di una riforma che allarga ulteriormente il meccanismo di reclutamento laterale. Quindi, anche il Paese che ha creato il modello di Magistratura napoleonica burocratica, ormai da circa trenta/quaranta anni – perché questo è un processo che è iniziato dal 1959 – va in un'altra direzione, oltre a quella del concorso tradizionale, prevedendo tutta una serie di passerelle per riuscire ad integrare nel corpo giudiziario delle sensibilità professionali diverse, di professionisti del diritto, ovviamente, anche se la laurea in giurisprudenza non è sempre necessaria perché in certi casi se ne può fare a meno nei confronti di soggetti che hanno avuto un'esperienza amministrativa.

Questo è un punto importante, perché qui si potrebbe incominciare ad affrontare il problema della responsabilità. Il giudice odierno è un giudice creativo, è un giudice che dispone di alternative decisionali, è un giudice legislatore e quindi deve essere responsabile in qualche modo. Il problema è: quale responsabilità? È che se noi introduciamo meccanismi di responsabilità non tecnica, di responsabilità politica, ci scontriamo con la questione dell'imparzialità, perché è chiaro che, se noi introduciamo dei meccanismi di responsabilità politica, qualche problema ci può essere, soprattutto in un contesto in cui questi strumenti non esistono o comunque non sono stati adoperati per molto tempo, rispetto a Paesi come gli Stati Uniti dove questi strumenti ci sono e funzionano tutto sommato abbastanza bene.

Ma allora il problema non è tanto quello della responsabilità *ex post* ma piuttosto quello di stimolare il comportamento responsabile *ex ante*, e quindi di introdurre nella formazione meccanismi che rendano i magistrati consapevoli della necessità, per esempio, dell'auto-limitazione, rendendoli edotti di quelle che possono essere le implicazioni delle loro decisioni – implicazioni non solamente di tipo giuridico, ma anche di tipo più vasto – facendo poi penetrare in maniera più

profonda rispetto di quanto oggi non sia la deontologia, la doverosità per i giudici di fare di tutto per mantenere un'immagine di imparzialità.

Si tratta di un punto importante perché uno degli elementi tradizionali di legittimazione, di giustificazione, del ruolo del giudice è il suo appellarsi a norme giuridiche preesistenti. In altre parole, quando il giudice annunzia che applica una norma giuridica preesistente, in realtà si deresponsabilizza nei confronti della parte che perde, del condannato, perché non fa altro che applicare al caso concreto una norma che già c'era. Ma quando questo è sempre più difficile, perché i testi non sono univoci e magari la norma viene elaborata nel momento in cui la decisione viene presa, il meccanismo tradizionale si indebolisce. E allora qui il giudice si può difendere se può sostenere che questa norma è stata sì elaborata nel procedimento, ma è una norma che si rifà a valori che godono del consenso della comunità più ampia.

Per concludere, credo che, anche se oggi gli spazi per questo tipo di innovazioni sembrano non esserci – per la debolezza del quadro della politica e delle istituzioni politiche-rappresentative – il problema – e cioè la necessità di una nuova giustificazione del potere giudiziario – sia, alla lunga, ineludibile. Anche perché il rischio di reazioni è sempre presente. Qualcuno prima ha citato l'Ungheria e la Polonia. L'Ungheria è un caso su cui riflettere: una Corte costituzionale che per anni è stata molto molto creativa – e molto ammirata – è andata poi incontro ad una reazione fortissima che ne ha ridotto drasticamente il ruolo.

LUCIANO VIOLANTE

VERSO UN GIUDICE DI *COMMON LAW*?

La figura del giudice si è frantumata come si è frantumata la figura dell'avvocato; la scomposizione del diritto porta necessariamente alla frantumazione delle figure professionali che al diritto fanno riferimento.

Dobbiamo porci innanzitutto il quesito: “Chi è il giudice oggi e quale sarà il giudice di domani?”. Stiamo andando inesorabilmente verso un giudice di *common law*, il diritto giurisprudenziale è inevitabilmente sempre più presente per la difficoltà di costruire un ordinamento basato principalmente sulla legge. Prima si parlava della globalizzazione, del dialogo tra le Corti, dell'influenza che hanno gli interventi delle Corti europee sulle Corti nazionali; tutto questo produce necessariamente un peso anomalo o comunque nuovo della mediazione giurisdizionale. Le questioni che poniamo, quindi, – reclutamento, carriera, etc. – vanno riferite ad una figura di giudice che non è quella alla quale magari alcune generazioni dei presenti sono abituate; è un'altra realtà. Stiamo scivolando verso la *common law*, però con un disegno mentale che ancora fa riferimento alla vecchia figura. Scopriamo talvolta che questo giudice crea la norma per il caso concreto e quando viene fuori la pubblicazione della sentenza, ormai quel tipo di interpretazione è già superata da un successiva. Non è una patologia; è una nuova fisiologia. E a questa nuova fisiologia credo che dovremmo un po' adattare le nostre argomentazioni. Questa è la prima riflessione che mi sono permesso di proporvi.

La seconda riflessione riguarda l'ordinamento giudiziario che da statuto del giudice sta diventando statuto del Consiglio Superiore della Magistratura o meglio statuto delle correnti che dominano il Consiglio Superiore della Magistratura. L'ordinamento giudiziario, quando è stato costituito è stato pensato come regolamento della professione di giudice e poi via via come statuto delle interposizioni tra potere politico e potere giudiziario. In questa dimensione si è storicamente collocato il CSM, come garante di questa separazione. Sta di fatto che oggi c'è il problema di difendere il singolo magistrato dal peso delle correnti del CSM. Questa è la nuova dimensione dell'indipendenza. Non sono così ingenuo da non capire che in un organo fondato sulla elezione dei componenti è inevitabile una distinzione per parti dell'organismo eletto. Ma i problemi consistono nel capire quanto e come queste componenti gestiscono la loro funzione. Se il meccanismo dominante è quello dell'appartenenza, viene sacrificata fortemente la dimensione

professionale di questo nuovo giudice. C'è uno scarto notevole tra il premiare il valore professionale del giudice ed il valutare la sua capacità sulla base dell'appartenenza. Come far prevalere il valore professionale sull'appartenenza? Bisogna costruire delle procedure idonee a rendere marginale il peso dell'appartenenza. Come? Io credo che ci siano due strade che possono avviare un cambiamento.

La segreteria e il servizio studi del CSM sono costituiti da magistrati chiamati sulla base dell'appartenenza di corrente. Ad ogni corrente spetta un certo numero di segretari e di componenti del servizio studi. Non mi sembra che questo servizio studi possa dare dei pareri obiettivi. Saranno valorosissimi, non lo metto in dubbio, ma è come se i gruppi parlamentari nominassero i funzionari della Camera o del Senato e chiedessero loro un parere. Il CSM ha sempre cercato di evitare che venisse resa applicabile una disposizione che stabiliva che nel servizio studi e nella segreteria prestassero la loro opera funzionari professionali autonomi rispetto ai componenti dell'organo. È il caso di prendere in mano la questione. So che la cosa è ovviamente vista malissimo dai magistrati componenti del CSM; ma si tratta di una questione importante perché l'oggettività dei pareri dipende dalla non dipendenza rispetto al richiedente. Se chi dà il parere dipende da chi lo ha chiesto, è evidente che il parere risponda ai desiderata del richiedente.

Sarebbe necessario spostare fuori dal CSM la valutazione di responsabilità disciplinare attribuendola a una Corte che giudichi la responsabilità disciplinare di tutte le magistrature. Non perché il CSM eserciti male questa funzione, non è questa la questione. La questione è che il giudizio dei pari non appartiene alla modernità. E non si capisce perché debbano valere criteri diversi tra giudice ordinario, amministrativo e contabile. Non si comprende. D'altra parte, una delle realtà più misteriose del nostro sistema è proprio la responsabilità disciplinare dei magistrati contabili e dei magistrati amministrativi. Quella Corte dovrebbe essere competente anche a giudicare sulle impugnazioni dei provvedimenti degli organi di autogoverno.. Oggi, in una percentuale considerevole, chi assegna le responsabilità di direzione degli uffici della magistratura ordinaria non è il CSM, ma il TAR e, dopo, il Consiglio di Stato. Sono dati che vanno profondamente rivisti, non è la logica costituzionale questa e non può essere questo il futuro della Magistratura. Una singolare questione riguarda la giustizia amministrativa. Se un magistrato amministrativo chiede di essere assegnato ad una certa funzione e il Consiglio di Presidenza respinge la sua richiesta, quel magistrato può ricorrere ma deve ricorrere al TAR, cioè a quei magistrati la cui carriera dipende proprio da quel Consiglio di Presidenza. Confusioni inaccettabili.

Va riconsiderata la questione della legittimazione della Magistratura. Io penso che vada richiamata in causa la questione dei doveri morali del magistrato. Non si tratta di un problema giuridico. Siamo nell'etica della professione e quindi nel

campo della reputazione. Insomma, al di là delle carte e degli statuti – che sono stati scritti più per autoconsolazione che per stabilire rispettati parametri di comportamento – occorrerebbe riprendere la questione dell’etica professionale del magistrato per spostarla sul terreno della accettabilità, dell’affidabilità, della correttezza professionale. Obiettivi particolarmente necessari se è vero che stiamo scivolando verso la figura di giudice tipica dei sistemi di *common law*, nei quali grande e determinante è la discrezionalità del magistrato.

Spero, infine che la riflessione sui nuovi caratteri che va assumendo la figura del giudice, possa essere la premessa per affrontare in termini più moderni questioni che attengono non solo all’ordinamento giudiziario ma anche, forse soprattutto, alle garanzie dei cittadini.

LORENZO ZILLETTI

LA GIURISPRUDENZA OGGI:
TRA TRACIMAZIONI ERMENEUTICHE E LEGITTIMAZIONE

Poche osservazioni, che convergono nel riconoscere il fenomeno della crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza, in danno del principio di legalità penale. Senza mezzi termini, Luciano Violante ha affermato che stiamo andando *inevitabilmente* verso un giudice di *common law*. Una prospettiva accarezzata da chi, non solo in curia, si inebria al calice del diritto floscio, senza più fattispecie, rimesso alla sensibilità (precomprensione) di un interprete oramai trasformato in autore. Invisa, al contrario, a coloro che colgono tutte le implicazioni di questo silenzioso ribaltamento di sistema, consumato a dispetto dell'art. 101, comma 2, Cost.

Il burocrate creativo, che si aggira disinvolto nel labirintico sistema multilivello delle fonti e che fabbrica la regola secondo proprie preferenze politiche e culturali, attingendo pezzetti di Costituzione ("officina" di diritti), fettine di Convenzioni internazionali ed inserti di giurisprudenza delle Corti europee, inquieta ancora – per fortuna – qualche magistrato. Quelli, e ne abbiamo ascoltati nel nostro convegno, che resistono alla tentazione di amministrare giustizia in base a valori personali e che guardano oltre il contingente, preconizzando un altro ineluttabile: prima o poi la politica riconquisterà la propria forza, liberandosi dal pesante condizionamento del potere togato, che da anni impedisce ogni seria riforma di ordinamento giudiziario. Sarà il tempo in cui non verranno più tollerate schizofrenie istituzionali e si porrà al giudice una secca alternativa: tornare (fin troppo) nei ranghi della metaforica bocca della legge o essere reclutato, anziché per concorso, tramite nomina o elezione, come avviene davvero nei sistemi di *common law*.

Insomma, o burocrate o creativo. E, in questo secondo caso, legittimato dal consenso popolare, secondo le più elementari regole della democrazia.

Che non siano traveggole, da profeti interessati a contrastare l'espansione sempre più smisurata del diritto giurisprudenziale (*rectius*: giudiziario), lo confermano diagnosi insospettabili, per le fonti da cui promanano.

Come osservato agli inizi del 2016 da Paolo Borgna, sulle pagine di un quotidiano nazionale, "*l'architrave dell'indipendenza dei magistrati è il capoverso dell'articolo 101 della Costituzione: 'i giudici sono soggetti soltanto alla legge'. Ma se la legge non conta più nulla, a cosa serve l'indipendenza dei giudici?*".

L'autorevole magistrato torinese non lesina domande cruciali: *“Perché dei giudici, cui venga attribuito il potere di compiere scelte discrezionali che tipicamente appartengono alla politica, dovrebbero esser privi di legittimazione democratica? Ci sono grandi democrazie in cui il diritto giurisprudenziale conta più della legge. Ma in quelle democrazie i pubblici accusatori sono elettivi e i giudici nominati dal governo. Il modello di giudice che piace tanto ai fautori della ‘teoria dei diritti’, prima o poi, dovrebbe essere collegato (direttamente o indirettamente) con il principio della sovranità popolare”*.

Siamo ai fondamentali, anche se tra i corifei della prevedibilità e del formante giurisprudenziale scattano meccanismi di rimozione.

Utile, allora, un balzo indietro nel tempo, nientemeno che al 1946. Si stanno gettando le basi della Repubblica, in Assemblea costituente. Col suo primo intervento, nella seconda sezione della seconda sottocommissione, Piero Calamandrei affronta la questione del metodo di reclutamento dei magistrati. Le idee, come di consueto, sono adamantine: *“L’elezione dei magistrati rappresenta un metodo logico e coerente ove non esiste il sistema della legalità, laddove cioè il diritto non è formulato, cristallizzato nelle leggi ma vige il sistema del diritto libero. Ma nei Paesi europei, dove sussiste il principio della legalità – per cui la politica si trasforma in diritto attraverso gli organi legislativi ed i giudici debbono limitarsi all’applicazione della legge – il metodo elettivo sarebbe un controsenso”*.

Cacciare in soffitta il principio di legalità e consentire ad una *élite* di funzionari, priva di legittimazione democratica, di creare la regola e così – per riprendere Calamandrei – trasformare la politica in diritto, genera il *“controsenso”* del quale e nel quale ci dibattiamo.

Da qui dovrebbe prender le mosse, tra i componenti dell’ordine giudiziario, una seria riflessione sui limiti dell’interpretazione, che – come ama ricordare Gaetano Insolera – soltanto nella nostra disciplina è al massimo grado avviluppata e connessa col potere dell’uomo sull’uomo. Diversamente, se il piano continuerà a restare inclinato verso la *common law*, non resterà che adeguarsi, cominciando a guidare tutti a sinistra.

Il punto su...
Il caso Provenzano

FRANCO CORLEONE

41-BIS, UN REGIME DETENTIVO SENZA FINE MA CON UN FINE

SOMMARIO: 1. Un nodo politico. – 2. Articoli 90 e 41-*bis*, norme gemelle. – 3. I rilievi sulla costituzionalità del 41-*bis*. – 4. Dopo Margara. La difficile ripresa di uno spirito riformatore. – 5. L'aggravio bipartisan del regime del 41-*bis*. – 6. L'indagine conoscitiva del Senato sul 41-*bis* e il caso Provenzano. – 7. La valenza simbolica e le finalità inconfessate del 41-*bis*.

1. *Un nodo politico*

Il regime detentivo speciale del 41-*bis* non è solo e tanto una questione giuridica ma un nodo tutto politico che ha a che fare strettamente con il diritto, la giustizia e lo stato di diritto. Soprattutto, ha a che fare con l'uso strumentale del diritto penale e la prevalenza del carattere simbolico e del rapporto mediatico.

La questione nasce da lontano. Il carcere è sempre stato un luogo di potere, spesso dello Stato sui detenuti in maniera diretta, in alcuni casi invece l'ordine interno era appaltato a poteri diversi, in particolare alla mafia. A proposito, ricordo una mia visita all'Ucciardone di Palermo assieme a Enzo Tortora. Incontrammo Luciano Liggio, che si presentò con una vestaglia di seta e una corte di fedeli che ascoltavano in riverente silenzio le sue parole e che mi si rivolse così: "Lei, onorevole, che porta il nome di quelli che io capitanerei, deve comprendere...". Non erano ancora i tempi del carcere duro per i capimafia.

2. *Articoli 90 e 41-bis, norme gemelle*

La possibilità di un trattamento differenziato in carcere nasce con l'art. 90 della legge n. 354 del 1975. La riforma penitenziaria, centrata sull'individualizzazione del trattamento, conteneva così un baco, una patente contraddizione, dato che l'art. 90 si applicava non già al singolo recluso sulla base di una valutazione sulla sua specifica pericolosità, ma a intere carceri e sezioni di esse, che divenivano così di massima sicurezza e rendevano inaccessibili gli istituti della riforma a tutti quanti fossero lì detenuti. Da qui, la proposta di legge Gozzini, che nella sua iniziale formulazione conteneva un solo punto: l'abolizione dell'art. 90 dell'Ordinamento Penitenziario del 1975.

La legge Gozzini nel 1986 divenne poi progressivamente un'altra cosa, una "riforma della riforma", ovvero un ampliamento dell'Ordinamento del 1975; fu oggetto di un'ampia discussione nella società e nel carcere e alcuni emendamenti poi approvati nacquero proprio dal dialogo con i detenuti: come quello sull'aumento dei giorni di liberazione anticipata e sulla retroattività di tale misura. Uno dei pochi casi, se non l'unico, nella storia delle nostre prigioni in cui i reclusi hanno collaborato proficuamente con il legislatore, per il tramite dei pochi parlamentari che avevano costruito un rapporto costante di presenza e di fiducia con il mondo penitenziario. Questo mio personale impegno nella Commissione Giustizia della Camera dei deputati proseguì nell'esame della legge sulla dissociazione dal terrorismo; in quel caso, però, un emendamento nato nelle cosiddette aree omogenee composte da appartenenti alle organizzazioni della lotta armata non ebbe successo. Si trattava della qualificazione del fenomeno come desistenza, una formulazione che avrebbe indotto maggiori adesioni e minori polemiche.

L'art. 90 era divenuto, grazie alle direttive del generale Dalla Chiesa del 1977 e del 1980, la base di legge per la istituzione delle carceri speciali. I "braccetti" e l'isolamento assoluto furono la conseguenza assai dura utilizzata per ristabilire il controllo delle galere nell'epoca del terrorismo. Pianosa e l'Asinara divennero i luoghi terribili della guerra tra partito armato e carcerieri.

Un'idea di riforma del carcere non poteva prescindere dalla cancellazione, soprattutto per il significato simbolico, dell'art. 90 e dalla chiusura delle carceri di Pianosa e dell'Asinara. La cosa si realizzò, pur con difficoltà e contraddizioni, in tempi diversi.

Così nacque l'art. 41-*bis*, contenente un solo primo comma, che riproponeva in realtà i contenuti dell'art. 90, pur con esplicito riferimento a rivolte e comunque corredato da previsioni di garanzia per le motivazioni e la durata dei provvedimenti applicativi.

L'art. 90, peraltro inserito all'ultimo, come "Disposizione finale e transitoria", recitava: "Quando ricorrano gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza, il Ministro per la Grazia e la Giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza".

L'art. 41-*bis* introdotto dalla Gozzini dispone invece: "In casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il ministro di Grazia e Giustizia ha facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto".

A dispetto delle rispettive formulazioni, va obiettivamente registrato che l'applicazione in concreto è spesso sfuggita ai confini posti dall'art. 90 prima e dal suo successore e continuatore art. 41-*bis* poi. Sia riguardo la durata "strettamente necessaria", sia rispetto le motivazioni: quasi mai dovute a situazioni di rivolte o comunque di emergenza; sempre invece utilizzate contro gruppi specifici di detenuti, indipendentemente dal loro comportamento carcerario e con misure esorbitanti e spesso vessatorie.

I commi successivi al primo introdotti all'art. 41-*bis* sono di molto posteriori, poiché furono approvati con un decreto legge nel 1992, a seguito delle stragi mafiose di quell'anno. Lo sgomento per la potenza messa in campo dall'organizzazione criminale spinse a misure eccezionali per rompere i privilegi dei boss nella vita detentiva quotidiana e soprattutto i legami con l'esterno che consentivano loro di comandare e comunque di dare indicazioni operative nonostante fossero reclusi.

Il comma 2 metteva in campo la possibilità di sospendere le regole trattamentali per i detenuti soggetti all'art. 4-*bis*, che già prevedeva il divieto di concessione dei benefici penitenziari ai condannati per i reati di droga, mafia e terrorismo (negli anni l'elenco delle preclusioni si è esteso a dismisura).

Il regime si è protratto per dieci anni con decreti legge che si fondavano su una emergenza perenne. Ricordo una discussione parlamentare nella quale, come sottosegretario alla giustizia, sottolineavo l'opportunità di una valutazione delle condizioni di vita e di trattamento nei diversi istituti in cui si trovavano i circa 500 detenuti sottoposti allora al 41-*bis* e suggerivo l'adozione di una norma a regime che prevedesse un sistema di garanzie diverso da quello in vigore.

3. *I rilievi sulla costituzionalità del 41-bis*

La dottrina ha manifestato subito obiezioni verso un sistema fondato su "gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica", una formulazione estremamente generica e labile per legittimare provvedimenti assai discrezionali.

Non posso non ricordare che Alessandro Margara – il "giudice dei diritti", come è stato felicemente definito dal professor Emilio Santoro nella antologia di scritti "La giustizia e il senso di umanità" –, come Presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze scese subito in campo per contestare una norma che giudicava lesiva della Costituzione e in particolare dell'art. 27: "[...] la violazione di un preciso diritto costituzionale, che, ricollegandosi all'art. 27, comma 3, della Costituzione, stabilisce il diritto del condannato ad un trattamento rieducativo e al riesame degli effetti del medesimo per verificare se la espiazione della pena abbia raggiunto le finalità rieducative per cui viene eseguita. Tale diritto è stato af-

fermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 204/1974 e più volte ripetuto in seguito”, ammoniva.

Margara presentò due ordinanze (n. 904 del 7 settembre 1995 e n. 249 del 12 dicembre 1995) di critica serrata alle limitazioni previste dai decreti ministeriali per il divieto di acquisto di generi alimentari, per la previsione di un solo colloquio mensile di un'ora con i famigliari e di due sole ore di passeggio al giorno. La critica si estendeva a numerose sentenze della Cassazione che avevano annullato diversi provvedimenti del Tribunale di sorveglianza di Firenze.

La Corte costituzionale in quella fase iniziale intervenne più volte con le sentenze n. 349 del 1993, n. 357 del 1994 e n. 351 del 1996, ribadendo il principio di rieducazione dell'art. 27 della Costituzione finalizzato al reinserimento sociale del reo, non escludendo che si ponessero in essere trattamenti contrari al senso di umanità e definendo perciò alcuni “limiti esterni” da non superare “sulla quantità e quantità della pena” e “sul grado di libertà personale del detenuto”.

La Corte metteva in guardia sul rispetto dei “limiti interni” per evitare un carattere puramente afflittivo delle misure ministeriali non coerenti con il fine espresso della legge.

In una seduta della Commissione Giustizia del 28 luglio 1999, come sottosegretario a nome del Governo, accettai un ordine del giorno proposto dall'on. Tiziana Parenti che sollecitava una verifica delle modalità di applicazione del 41-*bis*, “tenendo anche conto che è stata emanata una recente circolare che ha rivisitato alcuni punti dell'applicazione dell'articolo 41-*bis* in relazione alle sentenze della Corte costituzionale che sono state più volte richiamate. In particolare si è rivista la possibilità di effettuare i colloqui con i figli minori di dieci anni senza il vetro divisorio. Con questa circolare sono state introdotte altre modifiche proprio in ossequio alle indicazioni fornite nell'ultima sentenza della Corte costituzionale”. Non va trascurato il fatto che l'autore della circolare fosse per l'appunto Alessandro Margara, pochi mesi prima di essere dimissionato da capo dell'Amministrazione penitenziaria.

Mi piace anche ricordare che in quella sede l'on. Luigi Saraceni, storico esponente di Magistratura Democratica, intervenne confessando che “il 41-*bis* costituiva davvero un punto di sofferenza del nostro ordinamento che ci portiamo dietro da molto tempo ed è anche, se permettete, un punto di sofferenza personale per chi crede in certe regole e vorrebbe vederle effettivamente applicate”.

Saraceni proponeva un monitoraggio diretto a verificare se l'applicazione dell'art. 41-*bis* si fosse mantenuta nei limiti delle finalità proprie che quella disposizione intende perseguire, e cioè se effettivamente l'art. 41-*bis* “sia attuato unicamente per la finalità di non consentire effetti ulteriori del reato o se non si traduca molto spesso in gratuite sofferenze che quindi, come tali, sono al di fuori di quella finalità” (seduta del 28 luglio 1999).

Sul rischio di un'applicazione meramente afflittiva ricordo un episodio eloquente. Un intelligente direttore di carcere mi confessava l'incertezza di fronte alla richiesta di alcuni detenuti di poter acquistare il peperoncino e la sua decisione favorevole; il mio consenso, ero sottosegretario, lo confortò molto. Piccole cose che danno però l'idea di come alcune norme possano incidere negativamente nella vita quotidiana e anche sulla responsabilità e discrezionalità degli operatori penitenziari.

Nel 2002, con la legge n. 279, il regime detentivo speciale acquista il carattere della definitività, con una precisazione delle caratteristiche dei provvedimenti e delle proroghe così da rispettare le indicazioni delle sentenze della Corte costituzionale. I colloqui sono al massimo due al mese e la durata del provvedimento non superiore a due anni, le ore d'aria non più di quattro al giorno con gruppi non superiori a cinque persone. Il reclamo poteva essere proposto presso il tribunale di sorveglianza avente giurisdizione sull'istituto di pena in cui il reo era assegnato. Va rilevato che tutte le misure di controllo e limitazione dei colloqui non si estendevano a quelli con i difensori per rispettare il diritto di difesa.

È importante segnalare che una circolare del Dap del 2002 ribadiva che le misure di limitazione delle attività “non sono volte a punire e non costituiscono un adattamento della espiazione della pena in ragione della natura del reato commesso. Esse servono a impedire la commissione di altri reati, e per questo presuppongono la massima attenzione ed una attenta osservazione della vita di reparto affinché la loro concreta attuazione rimanga per un verso sempre legata al fine preventivo, e per altro verso non sia vanificato da atteggiamenti ripetitivi e cadute di attenzione”.

4. *Dopo Margara. La difficile ripresa di uno spirito riformatore*

Alessandro Margara, tra i padri della riforma dell'Ordinamento Penitenziario del 1975 e successivamente della legge Gozzini, difese caparbiamente il sistema trattamentale e il principio della flessibilità della pena sancito dalla sentenza n. 204 del 1974 laddove afferma “il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norme di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale”.

Eppure proprio lui, più di dieci anni fa, si pose l'interrogativo di aggiornarne il testo e raccolse un piccolo gruppo di amici presso la Fondazione Michelucci per avere interlocutori nella costruzione del suo progetto.

Il risultato, davvero imponente, si tradusse in un “Nuovo ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle pene e delle altre misure privative o limitative della libertà” e divenne una proposta di legge presentata alla Camera dei deputati nella XV legislatura, il 28 aprile 2006, n. 29, da un alto numero di parlamentari autorevoli con la prima firma di Marco Boato.

Purtroppo lo sforzo non ebbe l’attenzione che meritava e si è dovuto aspettare nel 2015 la decisione del ministro Andrea Orlando di convocare gli Stati generali del carcere e dell’esecuzione penale per tornare allo spirito della riforma. I lavori dei Tavoli sono stati tradotti parzialmente in una legge delega.

Si torna ora dunque alle proposte di Margara. Tuttavia in alcuni punti non si osa avvicinarsi al suo coraggio, quello di chi in altra occasione ho definito un vero “cavaliere dell’utopia concreta”.

Basta vedere come Margara affrontò la riscrittura del 41-*bis* per averne conferma.

Nella Relazione esplicativa dell’articolato Margara individua un capitolo specifico per i regimi penitenziari differenziati (capo III del titolo III sull’Organizzazione penitenziaria) specie nel momento in cui la normativa è divenuta stabile e non più a termine con la legge 23 dicembre 2002, n. 279. Il primo comma del 41-*bis*, quello introdotto dalla legge Gozzini, diventa l’art. 129. I commi successivi, introdotti nel 41-*bis* nella fase più critica della offensiva mafiosa, si trasformano nell’art. 130, denominato Regime di massima sicurezza, seguito dal 131 relativo al Reclamo e dal 132 dedicato ai contenuti del regime di massima sicurezza.

Scrivendo Margara: “[...] Il primo intervento [...] sviluppa il tentativo di rendere meno generica la motivazione della normativa del regime speciale e, quindi, della sua applicazione. Tale motivazione si identifica con la necessità di impedire il mantenimento di collegamenti fra i detenuti condannati per determinati delitti di criminalità organizzata, terroristica o eversiva, e le organizzazioni di appartenenza. Questa è la ragione giustificatrice e questa va sottolineata. È ovvio che essa pone esigenze di ordine e sicurezza, che rappresentano, però, strumenti per soddisfare quella ragione, sulla quale si deve esclusivamente basare l’impiego di quegli strumenti. La seconda modifica [...] riguarda la durata dell’efficacia dei provvedimenti applicativi che, nella pratica ultradecennale trascorsa, raramente era sistematicamente annuale, più spesso semestrale. Portare tale durata a non meno di un anno e fino a due anni appare del tutto ingiustificato, specie nel momento in cui il regime legislativo provvisorio diviene definitivo. Si tratta di un regime derogatorio rispetto al regime normativo ordinario e proprio per questo la sua applicazione, che resta intervento eccezionale, deve mantenere il suo collegamento con l’attualità dell’accertamento. La terza modifica, certamente la più rilevante in tale articolo, riguarda l’esplicita previsione della temporaneità e quindi di ter-

mini massimi di durata nella applicazione del regime di massima sicurezza ai singoli interessati”.

Margara indica poi tre motivi specifici a sostegno di tale ultima modifica: “Il primo è che le varie sentenze della Corte costituzionale in materia sottolineavano il carattere di norma a termine dell’articolo 41-*bis*, comma 2 [...]. La trasformazione in norma permanente consiglia di preoccuparsi di impedire la perpetuità della applicazione, che sta, invece, manifestandosi per molte delle persone sottoposte. Il secondo motivo è rappresentato da quanto si legge, in merito al regime di cui all’articolo 41-*bis*, comma 2, al numero 78 (pagina 23) del rapporto del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT), approvato il 7 luglio 2000: ‘Infine il CPT non può non esprimere la sua preoccupazione circa la legittimità di un sistema di detenzione d’eccezione, concepito in origine come sistema temporaneo, ma che è sempre in vigore otto anni dopo la sua creazione’. La *preoccupazione* del CPT non può certo essere fugata dalla sopravvenuta definitività della normativa già a termine. Il terzo motivo fa riferimento alle ripetute affermazioni della Corte costituzionale sulla necessità che sia rispettato, in costanza di applicazione del regime in questione, il diritto alla rieducazione e a un trattamento penitenziario conseguente. Non vi è dubbio che il concreto rispetto di tale diritto vada incontro, nel regime di massima sicurezza, a non poche difficoltà, così che non può non prevedersi la temporaneità della applicazione dello stesso. Per evitare, comunque, la repentina e contemporanea cessazione di tale regime per un numero elevato di persone per le quali i termini massimi di durata previsti siano già scaduti, si può stabilire un regime transitorio, con un termine massimo unico di cinque anni, entro il quale la sottoposizione al regime deve cessare. Il termine decorrerà dalla entrata in vigore della legge 23 dicembre 2002, n. 279, che ha reso definitiva la normativa provvisoria precedente”.

Infine, dopo aver illustrato le previsioni dell’art. 131 relative al reclamo al tribunale di sorveglianza contro il provvedimento applicativo del regime in questione e chiarito che il ricorso per cassazione può riguardare sia la sussistenza dei presupposti del provvedimento ministeriale sia la congruità del contenuto dello stesso, Margara esplicita poi i contenuti dell’art. 132.

Riguardo l’analisi delle restrizioni di cui alla legge 23 dicembre 2002, n. 279, annota che “tali restrizioni, con carattere standardizzato, erano fino ad oggi introdotte con il decreto ministeriale applicativo. La indicazione delle stesse nella legge le rafforza, ma non ne evita il giudizio di costituzionalità, anzi lo rende specificamente possibile. Si tratta, quindi, di eliminare, con riferimento al testo del comma 2-*quater* del vigente articolo 41-*bis*, gli aspetti di incostituzionalità che lo accompagnano”.

La proposta di legge avanzata da Margara dettaglia l'indicazione di cosa non devono comportare le limitazioni alle regole di trattamento e la successiva specifica indicazione di quali regole possono essere limitate o del tutto sospese. Ad esempio, la sospensione della applicazione delle regole o degli istituti di cui all'art. 130 "non può comportare la attuazione di misure comunque incidenti sulla qualità e sulla quantità della pena o sul grado di libertà personale del detenuto. [...] Tale sospensione neppure può comportare misure che, per il loro contenuto, non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza o siano inidonee o incongrue rispetto a tali esigenze con una portata puramente afflittiva [...]. E neppure la sospensione può comportare misure che violino il divieto costituzionale di disporre trattamenti contrari al senso di umanità e violino, inoltre, l'obbligo di tenere conto della finalità rieducativa che deve connotare la pena".

Insomma, nel farsi carico normativamente della pur reale esigenza di sicurezza nelle carceri, di impedimento alla prosecuzione di reati e di collegamenti con le organizzazioni criminali di provenienza durante la detenzione, nella complessiva proposta di Alessandro Margara, ovviamente archiviata, emerge in tutta evidenza la diversa filosofia di fondo e il rigoroso ancoraggio ai valori costituzionali. Tutto all'opposto rispetto a quel 41-*bis* invece tutto improntato a una cultura emergenziale e a uno sbrigativo sostanzialismo giuridico invece affermatosi, improntato a una cultura emergenziale e a uno sbrigativo sostanzialismo giuridico, le cui tappe sono facilmente rintracciabili nella cronistoria politica dello scorso decennio, che a loro volta costituiscono un frutto avvelenato ed eredità della "madre di tutte le emergenze", quella contro il terrorismo degli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso.

5. *L'aggravio bipartisan del regime del 41-bis*

Finisce presto l'esperienza del secondo governo Prodi e torna in sella Berlusconi con Roberto Maroni agli Interni e Angelino Alfano alla Giustizia e subito, il 3 giugno del 2008 viene presentato un disegno di legge, n. 733, in materia di sicurezza pubblica. Il pacchetto sicurezza centrato sulle questioni dell'immigrazione si arricchisce in commissione di un emendamento *bipartisan*, firmato da Anna Finocchiaro e Maurizio Gasparri per inasprire il regime del 41-*bis*.

L'aggravio è impressionante. Si raddoppia la durata della misura, quattro anni più due anni di proroga, si dimezzano le ore d'aria e i colloqui con parenti e avvocati, si affida la competenza per i reclami al solo tribunale di sorveglianza di Roma in aperta violazione del principio costituzionale del giudice naturale e si evoca la sede detentiva adatta nelle isole.

La denuncia venne fatta in Aula dalla senatrice Poretti a nome dei radicali Perduca e Bonino. La discussione su questo punto così delicato vide pochi interventi. Il senatore Lumia del PD manifestò un euforico consenso: “Finalmente il 41-*bis* diventa una priorità della politica e del Parlamento”, per lanciarsi poi in affermazioni imbarazzanti come questa “Il mero decorso del tempo non costituisce di per sé elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere collegamenti con l’associazione criminale”, arrivando infine a proporre la riapertura del famigerato carcere sull’isola di Pianosa.

Nel dibattito il senatore Marco Perduca fece risuonare l’accusa di praticare un sistema di tortura e ricordò una protesta civile e pacifica dei detenuti del 41-*bis* svoltasi nell’estate del 2002 per rivendicare “il rispetto delle regole e della dignità umana che viene calpestata e umiliata”.

Il senatore Li Gotti sottolineò la violazione dell’art. 25, comma 1, Cost. per l’accentramento a Roma dei ricorsi e ricordo che Margara fino alla fine della sua vita auspicava un ricorso alla Corte costituzionale almeno su questo punto da parte dei suoi colleghi. Solo Enzo Bianco mostrò comprensione per la posizione dei radicali e così i senatori Fleres, Di Giovan Paolo, Livi Bacci, Sbarbati e Della Seta. Pochi a contrastare l’entusiasmo di Gasparri.

Alla fine, alla Camera dei deputati la legge passò con la fiducia, praticamente senza dibattito.

Ci si deve porre la domanda del perché della scelta di aggravare un regime già particolarmente severo. Si confessavano le smagliature esistenti, ma forse iniziava la costruzione del processo sulla trattativa stato-mafia che avrebbe avuto come oggetto proprio il 41-*bis*.

Sempre Margara nei suoi ultimi colloqui con me manifestava il suo sbalordimento per le accuse mosse a Giovanni Conso, incolpato di avere tolto dal regime del 41-*bis* presunti mafiosi per favorire una *pax* rinnovata tra le istituzioni e le cosche. Tutti sanno che invece le direzioni penitenziarie avevano fornito elenchi all’ingrosso dei detenuti da sottoporre al regime speciale.

Non vale qui la pena addentrarsi nel reticolo delle limitazioni e delle giustificazioni circa il vitto, i libri e i giornali, le radio FM e altre vessazioni sul controllo visivo, sulle perquisizioni personali e della cella, sulla presenza di agenti nei colloqui con il medico. Qualche segno di dubbio è sorto al Tavolo 2 degli Stati generali del carcere, ma senza apprezzabili conseguenze.

6. L’indagine conoscitiva del Senato sul 41-*bis* e il caso Provenzano

Il Rapporto sul regime detentivo speciale e l’Indagine conoscitiva sul 41-*bis* della Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani

del Senato, presieduta da Luigi Manconi ha svolto un lavoro prezioso di ricostruzione storica, di analisi giuridica e di raccolta di dati e di testimonianze per giungere a formulare una serie di raccomandazioni per una revisione della legislazione consolidata.

Un caso che merita una attenzione particolare è quello riguardante Bernardo Provenzano.

Ma prima di sviscerarlo, è interessante esaminare qualche cifra. Alla data del 16 gennaio 2017 i soggetti sottoposti al regime speciale del 41-*bis* risultano essere 723. I decreti revocati a seguito di avvio di attività di collaborazione con la giustizia dal 2010 a oggi pare siano 69.

Le organizzazioni di appartenenza offrono uno spaccato interessante, la Camorra è la più rappresentata con il 40,3%, Cosa Nostra si attesta sul 27,6%, seguita dalla 'Ndrangheta con il 21,7%.

Insomma, una misura nata per combattere la mafia e il suo potere in carcere mostra una composizione maggioritaria di un'altra e diversa organizzazione criminale per struttura e composizione come la Camorra. Questo dato contrasta con la rituale e ripetuta esigenza richiesta dai professionisti dell'antimafia. Si avvicina forse il tempo del positivo dispiegarsi del pensiero di Giovanni Falcone secondo il quale la mafia come tutti i movimenti storici aveva un inizio e avrebbe avuto una fine.

Torniamo alla vicenda di Provenzano. Nel 2014 le condizioni di salute del capo mafia ultraottantenne subiscono un aggravamento e i difensori sulla base del "cronico e irreversibile decadimento intellettuale" e della incapacità di comunicare presentano un reclamo contro la proroga del regime di carcere duro.

Nel marzo 2014 il ministro Andrea Orlando aveva firmato il decreto predisposto dal Dap con la proroga del regime detentivo speciale per Provenzano con questa motivazione: "Risulta conclamata oggettivamente la pericolosità del detenuto Provenzano Bernardo, quale capo ancora indiscusso dell'organizzazione criminale denominata Cosa Nostra e tale condizione, come sottolineato dalla Direzione nazionale antimafia, rende evidente la necessità di conservazione delle misure atte al contenimento della carica di pericolosità sociale del detenuto correlata al rischio di diramazione di direttive criminose all'esterno del circuito penitenziario. Ciò anche in ragione del motivato parere della Direzione nazionale antimafia circa la non evidenza di uno stato di totale scadimento delle attuali capacità di attenzione, comprensione ed orientamento spazio-temporale della persona".

Mi considero davvero fortunato non aver dovuto mai firmare atti del genere, per il lessico innanzitutto, grazie alla decisione dei ministri della giustizia di non delegarmi questa funzione, per troppa fiducia o sfiducia nel mio spirito critico.

Le Procure di Firenze, Palermo e Caltanissetta avevano invece espresso un parere favorevole alla revoca. Il procuratore capo di Caltanissetta si era espresso in

questi termini: “Le condizioni di salute di Bernardo Provenzano sono tali che non gli permettono di essere un soggetto socialmente pericoloso [...] e riteniamo che a causa delle sue condizioni di salute abbia delle difficoltà a relazionarsi con il mondo esterno e quindi potrebbe beneficiare di un regime di detenzione ordinario”.

Nel frattempo Provenzano, detenuto presso il carcere milanese di Opera, fu ricoverato nel reparto di medicina protetta dell’Ospedale San Paolo sempre in regime di 41-*bis*. L’8 gennaio 2015 il Tribunale di sorveglianza di Roma rigettò il reclamo ribadendo che “le restrizioni trattamentali in esame sono pienamente giustificate e funzionali rispetto alla finalità di salvaguardia dell’ordine e della sicurezza pubblica, sussistendo il pericolo di continuità di relazioni criminali tra Bernardo Provenzano e la potente organizzazione di appartenenza, che annovera latitanti di massimo spicco (quale Matteo Messina Denaro); con la conseguenza che il regime speciale di cui all’articolo 41-*bis* deve essere confermato”. I giudici, pur prendendo atto, dalla relazione dei sanitari dell’ospedale San Polo che “il detenuto trascorre le giornate allettato alternando periodi di sonno e vigilanza” e che “l’atteggiamento del paziente, le condizioni neurologiche primarie e la storia clinica lasciano supporre un grave decadimento cognitivo”, si oppongono alla revoca del regime speciale poiché “tali condizioni non consentono di ritenere venuto meno il pericolo che il detenuto, capo indiscusso da tempo remoto dell’associazione Cosa Nostra, possa mantenere contatti con l’organizzazione criminale”. I giudici del tribunale di sorveglianza di Roma arrivano persino a contestare le osservazioni cliniche dei medici, aggiungendo con supponenza che “invero, la valutazione dei sanitari, formulata comunque in termini di supposizione circa il grave deterioramento cognitivo... indica non già la totale incapacità di attenzione e orientamento spazio temporale, bensì il degrado, tra l’altro neanche quantificato, delle funzioni attentive e cognitive, tale da non escludersi del tutto e in termini di assoluta certezza che il medesimo non possa impartire direttive di rilevanza criminale o strategiche per le attività dell’organizzazione attraverso i familiari o persone di fiducia”.

A completare il *baillame* di perizie e controperizie e di pareri contrastanti si aprì un procedimento parallelo da parte del tribunale di sorveglianza di Milano per una iniziativa d’ufficio del magistrato di sorveglianza. Il collegio riconobbe che Provenzano non avrebbe potuto impartire alcun ordine, ma negò il differimento della misura sostenendo che la detenzione in ospedale fosse preferibile alla scarcerazione. La decisione del tribunale fu confermata nel settembre 2015 dalla Cassazione in seguito al ricorso della difesa di Provenzano con una motivazione surreale: “Il peculiare regime detentivo è compatibile con le pur gravi condizioni di salute accertate visto anche il rischio per la stessa possibilità di sopravvivenza del detenuto se la prosecuzione della sua degenza avvenisse nel meno rigoroso regime della detenzione domiciliare sempre in ospedale perché avverrebbe in un

contesto di promiscuità in cui l'assistenza sanitaria non gli potrebbe essere assicurata con altrettanta efficacia". Insomma la permanenza al 41-*bis* viene mantenuta perché "fondamentalmente incentrata sulla necessità di tutelare in modo adeguato il diritto alla salute del detenuto". Questi giudici dunque si preoccupavano che Provenzano non subisse le conseguenze del sovraffollamento rispetto alla camera singola dell'isolamento!

Sarebbe più semplice dire che i capimafia comunque moriranno in carcere e, se malati anche terminali, saranno curati ma non scarcerati perché per loro il diritto alla salute non è prevalente rispetto alle esigenze di sicurezza e che le pene possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità.

Fatto sta che il 24 marzo 2016 il ministro Orlando era riuscito a confermare per altri due anni il regime speciale poiché "non risulta essere venuta meno la capacità del detenuto Bernardo Provenzano di mantenere contatto con esponenti tuttora liberi dell'organizzazione criminale di appartenenza, anche in ragione della sua particolare concreta pericolosità". Ma la proroga durò meno di quattro mesi: stroncato da questa diatriba, Bernardo Provenzano pensò bene di uscire definitivamente di scena, decedendo il 13 luglio del 2016.

Una vicenda simile si è riprodotta in relazione alla sorte di Totò Riina. L'unico punto che merita attenzione e obbliga a una riflessione seria è costituito dalla affermazione della Corte di Cassazione con la sentenza della prima sezione penale (n. 27766 del 22 marzo, pubblicata il 5 giugno), quando sancisce come inviolabile il diritto di morire dignitosamente. Il principio della dignità è un fondamento della Costituzione e riguarda la vita e la morte.

7. *La valenza simbolica e le finalità inconfezzate del 41-bis*

Questa vicenda dai contorni quasi surreali e che si è giocata tutta – sia da parte della difesa che della magistratura di sorveglianza, dell'Amministrazione penitenziaria e del governo – sulla cancellazione del decreto di assegnazione al 41-*bis*, che comunque per le condizioni di salute e il ricovero in ospedale era di fatto superato, indica il macigno del dato simbolico. Si tratta di un tabù evidentemente insuperabile. Nel caso qui riassunto di Provenzano, forse sarebbe stata più praticabile e giustificata una richiesta di incompatibilità con la detenzione, ma, al di là dei tratti specifici della vicenda, essa comunque richiama a un approfondimento sul significato del carcere duro rispetto alla Costituzione.

La discussione sul volume di Sebastiano Ardita *Ricatto allo Stato. Il 41-bis, le stragi mafiose, la trattativa fra Cosa Nostra e le istituzioni* (Sperling & Kupfer, 2011) tra l'autore e Andrea Pugiotto, Daniele Negri e Mauro Palma, svoltasi a Ferrara e pubblicata nel volume *Volti e maschere della pena* (Ediesse, 2013), svela

e mette a nudo le ragioni di fondo della scelta emergenziale. D'altronde il titolo di quel dibattito era inequivoco: *Tortura democratica?*

Sono pagine assai dense che spazzano via le semplificazioni propagandistiche e colgono i nodi reali. L'analisi di Pugiotto affronta preliminarmente il carattere simbolico della misura del 41-*bis* e il rapporto con una democrazia costituzionale e prosegue con un ragionamento giuridico su un piano di razionalità.

Opportunamente, Pugiotto ricorda che il 41-*bis* nacque come istituto provvisorio addirittura con una scadenza fissata per l'8 agosto del 1995 e venne invece prorogato per decreto ogni anno, fin quando si fece definitivo con la legge del 2002. L'emergenza, di per sé straordinaria, è divenuta *emergenza quotidiana* secondo la felice definizione di Marco Ruotolo e incredibilmente la Corte Costituzionale non ha colto la differenza che veniva così a realizzarsi.

Pugiotto presenta una contestazione delle limitazioni sempre più pesanti nella vita quotidiana del carcere speciale rispetto alle finalità dichiarate, e condivise, di rompere la catena di comando dell'organizzazione criminale. Pugiotto si chiede se in realtà non vi sia una finalità inconfessata e inconfessabile in una pratica del carcere duro come si è configurata e che secondo i Rapporti del CPT si avvicina ai trattamenti disumani e degradanti.

La risposta di Sebastiano Ardita non è banale né rituale. Non ripropone la litania di un'antimafia retorica ma indica che "la vera funzione rimessa al regime 41-*bis* è quella di conseguire un risultato rilevante, che è non tanto e non solo quello di impedire la commissione di delitti, ma è più propriamente quello di colpire gli apparati che producono i reati. Si tratta di un'applicazione alla realtà penitenziaria di una più generale esigenza". Insomma: si è di fronte a forme organizzate di commissione dei delitti e "ciò ha mutato quella che per anni era stata la funzione storica del diritto penale, ossia la necessità di garantire in modo formale e predefinito le condotte delittuose secondo un metodo di puntuale tipizzazione di comportamenti".

Ardita dichiara che la cultura del "processo" e della "giurisdizione" era stata costruita su "una impostazione successiva e ricostruttiva" e quindi "la funzione di deterrenza della pena rispetto alla commissione di delitti è, inevitabilmente andata affievolendosi con l'avvento della criminalità organizzata". Per essere più chiaro, Ardita scrive che "la dimensione del processo e della pena ha perduto ogni funzione dissuasiva". E aggiunge che rispetto alla criminalità organizzata bisogna prendere atto dell'assoluta incapacità del sistema penale di generare impulsi di natura general-preventiva.

Viene così abbattuto il giudizio penale di cognizione caratterizzato da una tutela e ricostruzione riparatoria ma successiva e perciò solo incapace di impedire la violazione di altri beni.

Lo scopo del 41-*bis* incarna “un’azione preventiva idonea a disarticolare le organizzazioni e far venire meno il contesto medesimo”.

La scelta di abbandonare il carattere emergenziale del 41-*bis* e la sua stabilizzazione risponde alla volontà di riscrivere le finalità del processo penale in termini di prevenzione generale e di prevenzione speciale.

Il 41-*bis* inteso come misura di prevenzione porta all’affermazione assai preoccupante che “il processo ordinario di cognizione, da solo, non è ormai più in grado di assicurare la funzione di *crime control*”.

Parole come pietre rese ancora più esplicite da un’affermazione contenuta nel libro di Ardita, quando, raccontando l’impressione suscitata in lui da una visita nelle sezioni del carcere duro, afferma che “quella misura, applicata alle persone, in realtà era rivolta contro la mafia”.

Una logica ben conosciuta e tragicamente praticata.

Sono letture inedite e aprono contraddizioni che devono essere approfondite per capire che conseguenze comporta per la democrazia la messa in discussione del diritto e del processo penale. Se è così, la posta in gioco va oltre la diatriba sulle condizioni materiali, le ore d’aria, il vitto, le aree riservate, i libri. Su questo ultimo punto va ricordato il ricorso del giudice di sorveglianza di Spoleto, Fabio Gianfilippi, che recentemente è stato giudicato infondato dalla Corte costituzionale il 9 febbraio 2017. Si attendono le motivazioni con interesse anche se è diffusa la convinzione che abbia prevalso il monito per cui chi tocca il 41-*bis* muore.

In conclusione, occorre bandire l’ipocrisia. È vero che la mafia non comanda più nel carcere, non fa proseliti e che non escono ordini attraverso i colloqui con le famiglie ma occorre dire che il vero obiettivo è la caduta dell’autorità e del prestigio e dell’invincibilità. L’annientamento testimoniato dai disturbi psichiatrici e dai ricorrenti suicidi, più che dalla collaborazione, ha a che fare con la dignità e i valori della Costituzione.

La logica della guerra può distruggere la vita dei mafiosi in carcere, ma rischia di uccidere anche i valori fondamentali della persona per cui l’uomo, anche il più cattivo, non è una cosa.

La questione in ballo è dunque la civiltà giuridica. Occorre fugare il dubbio che l’art. 27 della Costituzione valga solo per chi non dovrebbe né entrare né stare in carcere.

Chi ha scritto quell’articolo per cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato e per cui non è ammessa la pena di morte, pensava sicuramente alla superiorità morale di uno Stato che trovava le radici nel pensiero di Cesare Beccaria.

È d’obbligo chiudere con le parole di Aldo Moro che nella sua lezione su *La funzione della pena* tenuta nel 1976 all’Università di Roma ammoniva i suoi studenti con queste parole intelligenti e commoventi: “Ricordatevi che la pena non è

la passionale e smodata vendetta dei privati”. Le motivazioni integrali della condanna della pena senza fine si possono leggere nel volume “Contro l’ergastolo”, a cura di Stefano Anastasia e Franco Corleone (Ediesse, 2009); una frase icastica racchiude un pensiero fondato sulla dignità della persona che Moro costituente aveva imposto anche nell’articolo 32, secondo comma, della Costituzione: “La pena perpetua, priva com’è di qualsiasi speranza, di qualsiasi prospettiva, di qualsiasi sollecitazione al pentimento, appare crudele e disumana, non meno di quanto lo sia la pena di morte”.

LUIGI MANCONI – STEFANO ANASTASIA – VALENTINA CALDERONE

ABOLIRE IL “CARCERE DURO”. LEGITTIMITÀ E LIMITI DEL 41-BIS
ALLA LUCE DELLA SUA APPLICAZIONE ^(*)

SOMMARIO: 1. Il 41-*bis* sotto l'esame della Commissione diritti umani del Senato. – 2. Tra istanze di difesa sociale e necessità garantistiche. – 3. La dinamica quantitativa. – 4. Il regime detentivo speciale nelle testimonianze di chi lo subisce. – 5. Conclusioni.

1. *Il 41-bis sotto l'esame della Commissione diritti umani del Senato*

L'applicazione del regime penitenziario speciale noto come “41-*bis*” ha rivelato alcune gravi criticità e contraddizioni, documentate dalla Commissione straordinaria per la promozione e la tutela dei diritti umani del Senato con la proposta di alcuni correttivi, che appaiono tanto più necessari in ragione della stabilizzazione – dal 2002 – di tale regime detentivo (nato invece come meramente temporaneo) e dell'ulteriore inasprimento, con la legge 94/2009, del contenuto delle sue restrizioni.

Il dato più rilevante emerso dall'indagine conoscitiva riguarda la totale assenza di connessione tra alcune privazioni disposte nell'ambito di questo regime e la sua finalità, che ne rappresenta il solo criterio di legittimazione. Il “carcere duro” (formula assai diffusa eppure totalmente impropria) è stato infatti introdotto nel 1992 nei confronti di detenuti per alcuni reati (la cui sfera si è progressivamente estesa anche oltre la criminalità organizzata), per reciderne i legami con le associazioni di appartenenza.

Solo entro questi limiti e proprio in quanto così finalizzato, tale regime è stato ritenuto dalla Corte costituzionale non illegittimo, purché sussista un nesso funzionale tra le misure restrittive e le esigenze di sicurezza in concreto perseguite, in assenza del quale quelle stesse misure “acquisterebbero un significato diverso divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario con una portata puramente afflittiva” (sentt. 351/1996 e 376/1997). Sono questi, dunque, i limiti interni che la Corte impone alle restrizioni dettate dal 41-*bis*, accanto ai limiti

^(*) Impostato, discusso e riletto in spirito di assoluta condivisione tra gli autori, il paragrafo 1 è opera di Luigi Manconi, il 2 il 3 e il 5 sono opera di Stefano Anastasia, il paragrafo 4 è di Valentina Calderone. Si ringraziano per i loro contributi Federica Resta, Vitaliana Curigliano, Lorenzo Fanoli e per le informazioni fornite la Direzione generale detenuti e trattamento del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

esterni, consistenti invece nel divieto di adottare misure incidenti sulla qualità e quantità della pena o sul grado di libertà personale del detenuto.

Ebbene, proprio questo nesso funzionale tra restrizioni imposte ed esigenza di rompere i legami con l'esterno è risultato, in troppi casi, carente, rischiando così di violare quei limiti interni sanciti dalla Consulta per la legittimità del regime in questione. Si pensi, ad esempio, alla privazione sensoriale ed emozionale derivante da divieti quali quello di contatto fisico con i figli durante i colloqui, o di disponibilità di un certo numero di bloc notes o di una tela e dei colori per dipingere in cella, ovvero dalla impossibilità di cumulare le ore di colloquio non fruite con quelle ancora disponibili. In che modo tali divieti possono ritenersi davvero funzionali a impedire il collegamento del detenuto con l'organizzazione criminale di appartenenza? Dipingere in cella può davvero servire a rafforzare il vincolo associativo o non può, invece, favorendo l'espressività e l'elaborazione intellettuale, contribuire a quel percorso rieducativo cui la pena deve tendere, rifiutando ogni visione deterministica in favore di un'irrinunciabile scommessa sull'uomo? È realmente indispensabile, per quelle ragioni di sicurezza che, esse sole, giustificano una tale deroga al regime penitenziario comune, negare alle visite dei bambini un lasso di tempo ulteriore e autonomo rispetto a quello generale per i colloqui con i familiari? E ancora, non si comprende perché le esigenze di rescissione dei vincoli associativi debbano implicare la deroga, riscontrata in molti istituti, a standard minimi di abitabilità. Né in alcun modo riconducibile ad esigenze di sicurezza appare la violazione della riservatezza del rapporto medico-paziente o di quello con figure istituzionali di tutela dei diritti dei detenuti, derivanti dal controllo visivo e finanche auditivo da parte del personale di polizia. Del resto, la stessa previsione, con la modifica del 2009, dell'applicabilità del 41-*bis* agli internati, appare una contraddizione in questo senso, non potendosi comprendere come le patologie psichiatriche spesso tipiche dei soggetti sottoposti a misura di sicurezza detentiva possano essere compatibili con la persistenza di una perdurante pericolosità sociale derivante dal vincolo associativo. In tal modo, quello che dovrebbe essere un sistema di vincoli strettamente funzionali ad esigenze di sicurezza (una "misura di prevenzione", come definita da Franco Roberti, attuale Procuratore nazionale antimafia), rischia di degenerare in un mezzo di pressione psicologica sui detenuti perché si dissocino dall'organizzazione di appartenenza o cooperino con l'autorità giudiziaria. E soprattutto, l'incongruità delle restrizioni rispetto alle esigenze di sicurezza rischia di far degenerare il 41-*bis* in un regime crudelmente afflittivo, con finalità meramente segregative e di neutralizzazione non tanto e non solo della pericolosità sociale del detenuto, quanto delle sue capacità di relazione e in senso lato, della sua stessa personalità (e umanità): il "carcere duro", appunto. Come ha sottolineato più volte il Comitato per la prevenzione della tor-

tura del Consiglio d'Europa, infatti, le restrizioni alle attività e alla socialità interna all'istituto, disposte con il 41-*bis* (es. non più di un'ora d'aria e di "socialità", in gruppi non superiori a quattro persone), se prolungate nel tempo, possono pregiudicare gravemente la salute fisio-psichica del detenuto, determinando forme di alienazione e vero e proprio decadimento cognitivo. Il diritto – scrivevano Max Horkheimer e Theodor Adorno – è la vendetta che rinuncia. Alcune degenerazioni retributive determinatesi nell'applicazione del 41-*bis* (sofferenza imposta per sofferenza inferta), rischiano di far sfumare quella distinzione essenziale tra giustizia e vendetta, che è il presupposto irrinunciabile di uno Stato di diritto.

2. Tra istanze di difesa sociale e necessità garantistiche

Nella scienza della legislazione il suffisso ordinale è più di un indizio: l'articolo 41-*bis*, regolante le "situazioni di emergenza", è originariamente estraneo alla legge del 1975 che costituzionalizzò le istituzioni penitenziarie. Vigeva allora l'articolo 90, destinato a regolare le "esigenze di sicurezza" del sistema. "Quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza – prescriveva l'articolo di chiusura dell'ordinamento penitenziario – il Ministro per la grazia e giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza". Dopo il primo decennio di sperimentazione, e non pochi problemi nella gestione delle cosiddette "carceri speciali", deregolate sulla base dell'articolo 90 durante l'emergenza terroristica, il riformatore della riforma, che prese il nome del compianto senatore Gozzini, nel 1986 decideva di abrogare quella disposizione e di sostituirla con il primo comma dell'articolo 41-*bis*, che continuava a disciplinare la sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati negli istituti in cui fossero emerse "gravi situazioni di emergenza", ma entro un quadro giuridicamente più garantista: i presupposti vengono ristretti ai "casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza", così come la portata del provvedimento ministeriale viene circoscritto al singolo istituto in cui si siano verificate "gravi situazioni di emergenza", se non esclusivamente "in parte di esso". La durata della sospensione dell'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti non deve semplicemente essere "per un periodo determinato", ma deve essere "strettamente necessaria" al ripristino dell'ordine e della sicurezza nell'Istituto. Infine, perché tutto ciò potesse essere sindacabile dall'autorità giudiziaria e dalla pubblica opinione, la sospensione delle normali regole di trat-

tamento doveva “essere motivata dalla necessità di ripristinare l’ordine e la sicurezza messi a repentaglio dalla rivolta o da altre gravi situazioni di emergenza”.

Tanto al legislatore del 1986 sembrò sufficiente per risolvere i problemi di sicurezza degli istituti senza pregiudicare il sistema, appena rinverdito, di flessibilità della pena in fase esecutiva, in ottemperanza al principio costituzionale della pena (tendenzialmente) rieducativa.

Nel 1992, invece, all’indomani della strage di Capaci, il Governo adottò il decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, con cui fu introdotto il secondo comma dell’articolo 41-*bis*, che contiene la facoltà governativa di sospendere nei confronti di singole persone – detenute per reati di tipo mafioso o terroristico – le ordinarie regole di trattamento e gli istituti della legge penitenziaria “che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza” pubblica. La differenza essenziale tra il primo e il secondo comma dell’articolo 41-*bis* è tutta in quell’aggettivazione della sicurezza (“pubblica”, appunto), che vale a distinguere i problemi di sicurezza negli istituti di prevenzione e pena, che giustificavano le carceri speciali e poi il 41-*bis*, primo comma, da quelli esterni agli istituti penitenziari e che, viceversa, avrebbero potuto mettere a rischio la società esterna. Il 41-*bis*, secondo comma, nasce come misura amministrativa di prevenzione, che si somma alla misura cautelare o esecutivo-penale e che è finalizzata a impedire a figure di spicco delle organizzazioni criminali di continuare a esercitare le proprie funzioni durante la detenzione in carcere.

Dopo venticinque anni di applicazione, due proroghe e – infine – la stabilizzazione della normativa nell’ordinamento, e ben tre modifiche legislative, l’articolo 41-*bis*, secondo comma, si presenta come una complessa disciplina speciale che ha dovuto fare i conti con la giurisprudenza di merito, di legittimità interna, costituzionale e sovranazionale, in parte adeguandosi a uno statuto di garanzie minime da salvaguardare a tutela della dignità delle persone che vi sono sottoposte, in parte cercando di salvaguardare lo statuto di norma di eccezione, insofferente alla completa predeterminazione legale dei suoi contenuti e al pieno controllo giurisdizionale sulla sua applicazione.

La laconica previsione originaria, secondo cui “quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell’interno, il Ministro di grazia e giustizia ha [...] la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell’articolo 4-*bis*, l’applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla [...] legge che possano porsi in contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza”, è ora modificata e ampiamente integrata da una disciplina di dettaglio in ordine ai presupposti applicativi, alla procedura di adozione del decreto ministeriale, alla durata e alle condizioni di proroga, ai contenuti delle restrizioni e alle loro moda-

lità esecutive, e, infine, alla ricorribilità in sede giurisdizionale. Il segno della tensione tra istanze garantistiche e opposte motivazioni di difesa sociale è evidente nella storia di alcune previsioni normative, come – per esempio – nell’abolizione della facoltà di revocare il decreto di sottoposizione al regime speciale prima della sua scadenza quando fossero venute meno le condizioni che ne avevano determinato l’adozione, già prevista dal comma 2-ter e poi cancellata dalla riforma restrittiva del 2009, o nella centralizzazione della competenza giurisdizionale sui singoli provvedimenti di applicazione del 41-bis presso il Tribunale di sorveglianza di Roma.

Ma non è questa la sede (né nostra la competenza) per discutere delle singole previsioni normative dell’articolo 41-bis, secondo comma, nella sua attuale formulazione¹. Ci interessa piuttosto valutare la sua applicazione alla luce delle informazioni statistiche già acquisite dalla Commissione diritti umani del Senato (e successivamente aggiornate al 31 dicembre 2016), nonché di alcune testimonianze dirette e indirette di persone che vi sono state sottoposte.

3. *La dinamica quantitativa*

L’aggiornamento al 2016 dei dati statistici relativi al 41-bis forniti dalla Direzione generale dei detenuti e del trattamento del Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria alla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato non indica variazioni significative delle tendenze già rilevate nell’ambito della citata Relazione senatoriale. Le presenze in 41-bis risultano costanti (al 31 dicembre 2016 c’è un detenuto in meno in regime di 41-bis, rispetto all’anno precedente), mentre continuano a calare i decreti di prima applicazione.

¹ Rinviamo, in proposito, alla ricostruzione storico-normativa svolta nel capitolo 1 del *Rapporto sul regime detentivo speciale*, adottato nell’aprile 2016 dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato in esito alla Indagine conoscitiva sul 41-bis, al commento di L. Cesaris all’art. 41-bis in F. DELLA CASA-G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova, Wolters Kluwer Cedam, pp. 442-482, nonché alla più recente monografia di A. DELLA BELLA, *Il "carcere duro" tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2016.

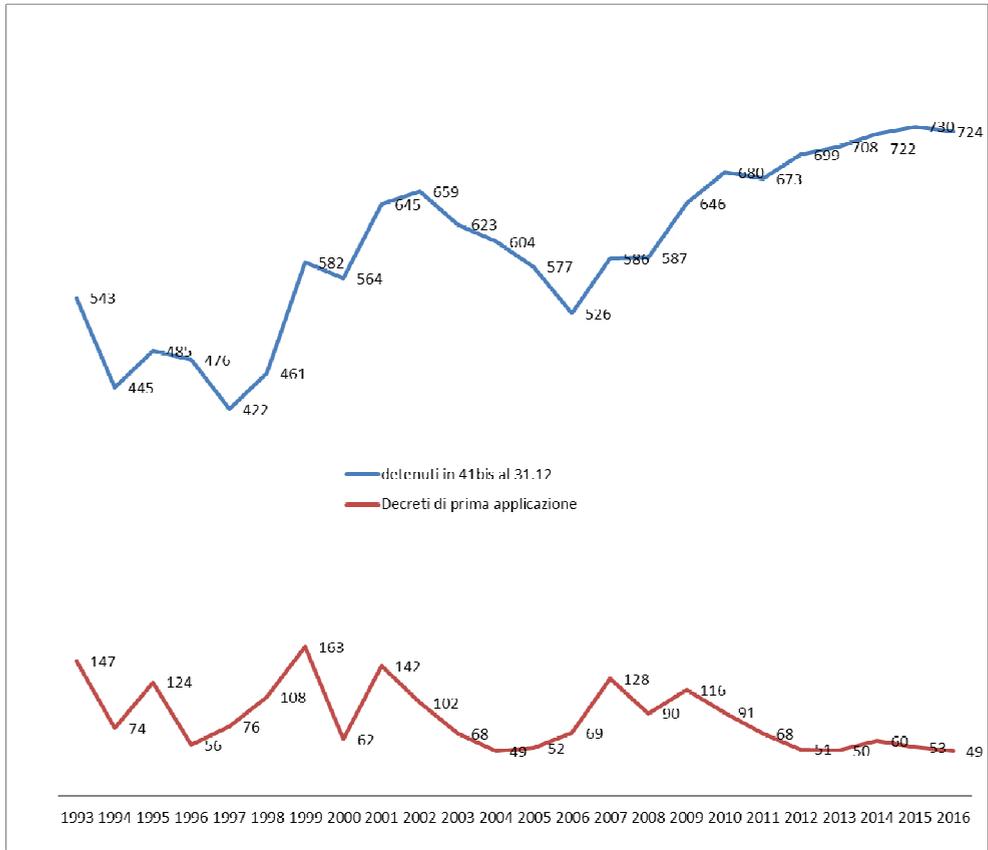


Figura 1 – *Detenuti in 41-bis al 31 dicembre 2016 e decreti ministeriali di prima applicazione. Serie storica 1993-2016. Fonte: Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, Direzione generale dei detenuti e del trattamento.*

Si tratta, in effetti di uno dei dati più significativi tra quelli portati all'attenzione degli operatori, degli studiosi e dell'opinione pubblica da parte della Commissione per i diritti umani del Senato. Mostra infatti una stabilizzazione nell'applicazione del regime in cui le presenze si consolidano verso l'alto, mentre le nuove applicazioni si fermano ai minimi, con una probabile tendenza all'allungamento dei periodi di sottoposizione al regime ben oltre i dati già allarmanti forniti dalla Commissione lo scorso anno, secondo cui (figura 2) più del 70% dei detenuti in 41-bis era in fase di proroga (al 27 gennaio 2017, i detenuti

“in proroga” erano 522 su 729), di cui quasi il 30% da più di dieci anni e ventinove da più di vent’anni, praticamente da quando il regime è stato istituito.

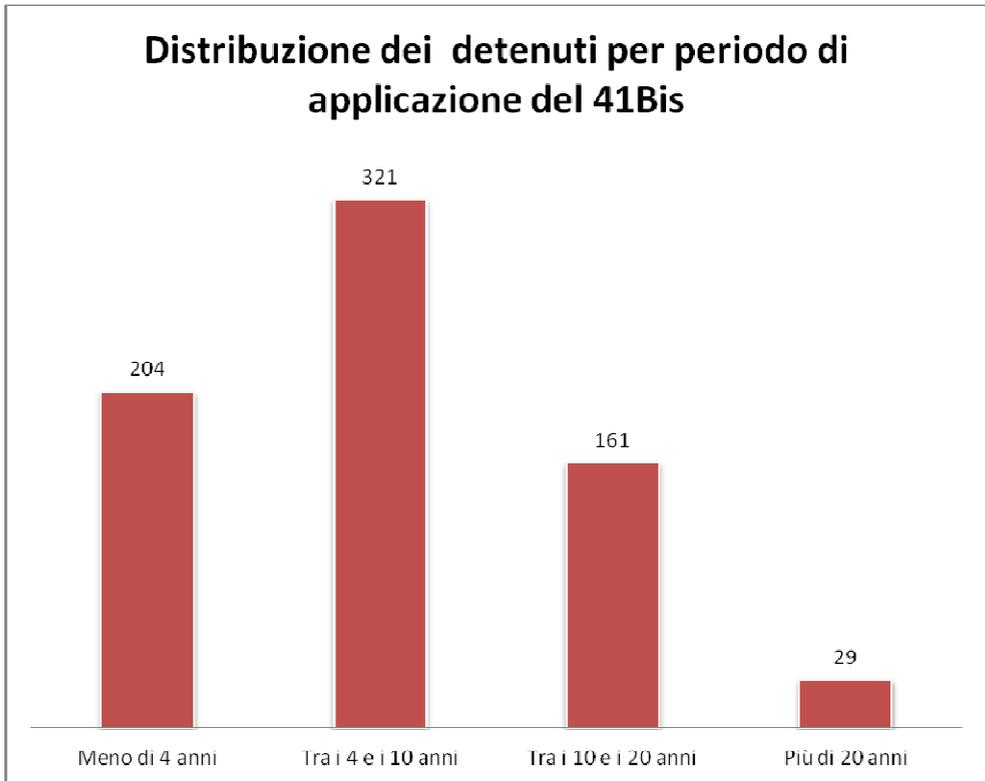


Figura 2 – Detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis, comma 2, O.P., per durata dell'applicazione in corso. Elaborazione della Commissione diritti umani del Senato su dati della Direzione Nazionale Antimafia

Altro elemento significativo messo in luce dalla Commissione diritti umani del Senato è la distribuzione per posizione giuridica, indifferente all'accertamento di responsabilità in ordine ai reati contestati. Ancora al 27 gennaio 2017, il 21% dei detenuti in 41-*bis* non era ancora stato mai condannato in via definitiva (figura 3).

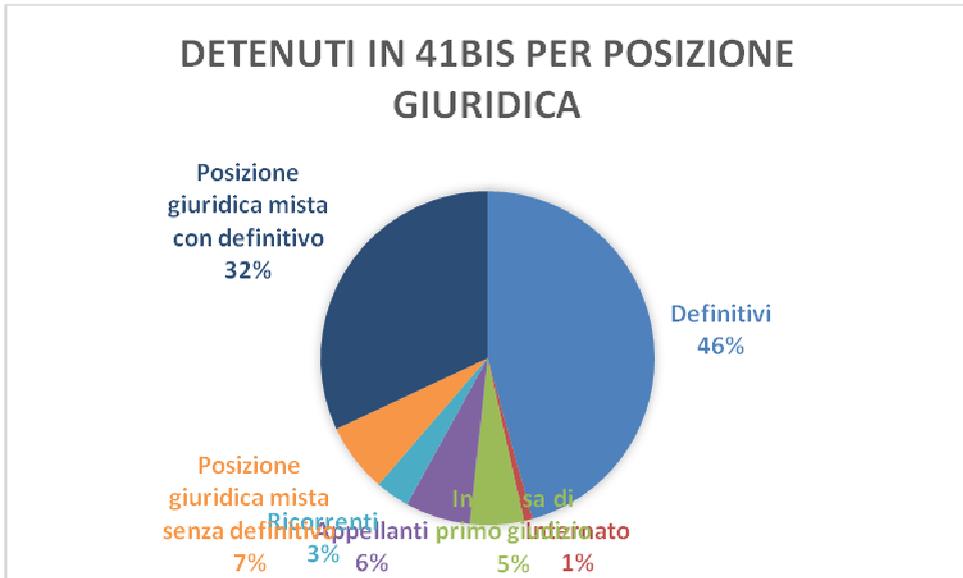


Figura 2 – Detenuti in 41-bis al 27 gennaio 2017 per posizione giuridica. Fonte DAP-DGDT

4. Il regime detentivo speciale nelle testimonianze di chi lo subisce

Il regime detentivo del 41-*bis* è sicuramente conosciuto per il modo in cui viene descritto nelle leggi, nelle sentenze delle corti italiane ed estere e nelle circolari che ne regolano ogni aspetto. Ma cosa significa vivere in 41-*bis*? La quotidianità in una cella, soprattutto se si tratta di quella di condannati o sospettati di reati così invisibili all'opinione pubblica come quelli di criminalità organizzata, non è argomento che interessi, se non per chiederne un inasprimento e comprimere ulteriormente gli spazi di libertà consentiti. Proviamo allora a fare un viaggio nella rigida scansione giornaliera di un destinatario di provvedimento di 41-*bis*, dando voce alle donne e agli uomini incontrati durante le visite effettuate dalla Commissione diritti umani del Senato.

Celle, socialità e aria

I detenuti sottoposti al regime speciale del 41-*bis* vivono in condizioni ancor più restrittive dei detenuti cosiddetti ordinari e la loro "specialità" si evidenzia innanzitutto per il modo in cui è organizzata la permanenza in carcere. La legge 94 del 15 luglio 2009 ha stabilito che "i detenuti sottoposti al regime speciale di

detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto". Le celle devono essere rigorosamente singole, ammobiliate con un letto, un piccolo tavolo, una panca (elementi in ferro e fissati da bulloni al pavimento), un armadietto a due ante e un televisore appeso al muro. Il bagno è all'interno della stanza detentiva e spesso fornito di doccia, mentre l'unica finestra è solitamente schermata da griglie e pannelli. Fuori dalla cella, un'etichetta con il nome del suo abitante e un armadietto. Lo spazio di vita è fondamentale, considerando che questa tipologia di detenuti è costretta a stare rinchiusa 22 ore su 24. Le disposizioni in vigore dal 2009, infatti, hanno dimezzato il tempo fino ad allora destinato ad attività come la socialità e l'aria. Le quattro ore prima consentite sono diventate la metà: un'ora per stare nel cortiletto all'aria aperta e un'altra per usare la sala socialità, dove si possono trovare attrezzi per fare ginnastica, tavoli per giocare e scrivere, una piccola biblioteca.

La solitudine della vita in cella fa il paio con la scarsa compagnia nelle due ore di attività in comune. Per evitare lo scambio di informazioni e il passaggio di notizie, le possibili frequentazioni all'interno di un reparto sono disciplinate in maniera severa: ognuno può avere contatti con al massimo altri tre detenuti, formando così gruppi di quattro persone che accedono insieme all'area passeggi e si ritrovano nell'ora della socialità. In ogni caso, la vita interna deve essere organizzata in modo che non siano possibili contatti tra persone appartenenti a diversi gruppi di socialità, che non avvengano scambi di cibo e altri oggetti, e creando i gruppi in modo che detenuti da più lunga data non entrino in contatto con chi è appena arrivato.

Visite, lettere e telefono

I detenuti in 41-bis possono effettuare colloqui visivi con familiari o conviventi per un'ora al mese, comunque separati da un vetro che impedisce il contatto fisico, possibile solo per 10 minuti e solo con i congiunti minori di 12 anni. Nel 2013 veniva emessa una nota esplicativa di questo procedimento: il "passaggio" del minore nello spazio dove si trova il detenuto deve avvenire contestualmente all'uscita degli altri familiari dalla sala colloquio. Il tempo della visita veniva quindi significativamente ridotto, perché per poter usufruire della possibilità di avere un contatto con i bambini si doveva rinunciare a dieci minuti di colloquio con le altre persone maggiorenni presenti, creando inoltre situazioni di forte disagio per i piccoli, che vedevano sparire dal campo visivo i loro accompagnatori, spesso le madri. Per questi motivi, e dopo diversi reclami e lamentale da parte dei detenuti stessi, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha deciso di

modificare la disposizione e permettere che i dieci minuti dedicati ai minori siano contestuali alla presenza dei familiari dall'altra parte del vetro. Se il colloquio mensile non veniva effettuato era impossibile recuperarlo, fino a una sentenza della Cassazione del 2015² la quale ha stabilito che, per familiari residenti in un comune diverso da quello del carcere, si può ottenere un colloquio di due ore consecutive il mese successivo. Anche il tempo che deve trascorrere tra un incontro con i familiari e l'altro è scandito in modo rigido, essendo previsto che i colloqui siano "uno al mese da svolgersi a intervalli di tempo regolari", escludendo quindi che possano avvenire a distanza ravvicinata, seppure in mesi diversi dell'anno. Le telefonate, della durata massima di 10 minuti, sono sostitutive del colloquio visivo e come questo devono essere videoregistrate. Per accertare l'identità dei familiari abilitati a comunicare telefonicamente con il detenuto, questi si devono recare nel luogo designato dall'amministrazione penitenziaria muniti di documenti d'identità. Possibilità diverse sono consentite per quanto riguarda i rapporti tra reclusi e avvocati difensori, anche se la legge del 2009 ha provato a limitare questo tipo di contatto, prescrivendo che potessero avvenire solo tre interlocuzioni a settimana, della stessa durata di quelli con i familiari (1 ora per l'incontro visivo e 10 minuti per la telefonata). A seguito di una sentenza della Corte costituzionale³, che ha dichiarato l'illegittimità di questa previsione, è stata ristabilita la possibilità, come per i detenuti sottoposti a regime ordinario, di effettuare colloqui illimitati con i propri legali. Il colloquio visivo tra avvocati e detenuti in 41-*bis* avviene senza vetro divisorio.

La corrispondenza, infine, è sottoposta a rigida censura tranne nel caso di lettere inviate ai propri difensori e a parlamentari.

Cibo e cucina

Nelle sezioni di 41-*bis* ogni detenuto ha a disposizione un fornello a gas, con il quale però può solo fare il caffè e riscaldare gli alimenti: cucinare il cibo infatti è proibito, così come non è prevista la possibilità, garantita ai reclusi delle sezioni ordinarie, di acquistare generi alimentari che possano essere "cucinati". Il divieto di cucinare e mangiare ciò che si preferisce costituisce frequente motivo di lamentela da parte dei detenuti, soprattutto quando a questa situazione si sommano dei problemi di salute. Uno dei detenuti incontrati nel corso di una visita della Commissione diritti umani del Senato, gastropatologico cronico e affetto da diverticolite, lamentava come da due mesi la direzione del carcere avesse "sospeso la somministrazione del vitto differenziato in base a non meglio precisate disposizioni ministeriali" ed entrando nel merito di queste scrive che si fa riferi-

² Cass. pen., sez. I, 12 dicembre 2014-22 gennaio 2015, n. 3115.

³ Sentenza n. 143 del 17 giugno 2013.

mento a una "tabella per alimenti vietati ai gastropatici il cui contenuto è generico e schematico". Quest'uomo si è trovato quindi costretto a rifiutare il vitto quando venivano somministrati "alimenti conditi con sughi e salse, frittiture e insaccati, così pure quando vengono distribuiti gli agrumi" evidenziando come non si sia tenuto conto della "certificazione medica attestante la mia intolleranza verso gli agrumi" e non gli siano state fornite alternative. Continua la sua lettera dicendo che questa situazione ha portato a un notevole incremento del reflusso gastrico di cui soffre "con la conseguenza che ho dovuto farmi aumentare la somministrazione di gastroprotettori". E conclude chiedendosi "A che serve assumere farmaci quando poi non mi si dà la possibilità di usufruire di un'adeguata alimentazione?".

Dal rasoio ai sandali, le piccole affezioni quotidiane del regime speciale

Ogni aspetto della vita delle persone recluse in 41-*bis* è fortemente controllato fin nei più minimi dettagli. Leggendo le circolari del Dap scopriamo, per esempio, che radersi è consentito, ma solo con rasoi elettrici consegnati quando se ne fa richiesta – comunque non più di una volta al giorno – e restituiti subito dopo l'uso. Non è possibile utilizzare apparecchi radio a modulazione di frequenza, così come i registratori a cassette e lettori di compact disc. Le radio consentite devono essere molto piccole, così da evitare il rischio di occultare oggetti al loro interno, e si possono ascoltare solo alcuni canali Rai mentre la ricezione di Radio Radicale è inibita. Allo stesso modo, non si possono possedere computer portatili, ma in alcune sezioni sono disponibili nelle sale comuni dei computer fissi, utilizzabili solo dietro controllo del personale di sorveglianza. Ancor più stringenti, a causa di ulteriori circolari emanate dal Dap negli ultimi anni, le regole riguardo a libri e documenti che possono essere tenuti in cella. Si possono avere con sé solo tre volumi contemporaneamente, alcune riviste rigidamente sottoposte a censura e quotidiani nazionali, mentre quelli locali non sono ammessi.

Un detenuto dell'Aquila aveva ricevuto alcuni libri da una casa editrice ma, in forza di una circolare del 2011 in cui viene proibito l'invio e la ricezione di libri di ogni tipo, questi volumi non sono mai stati consegnati⁴. Scrive alla Commissione: i libri "si possono insomma solo acquistare tramite l'amministrazione e ciò determina di fatto un'ulteriore censura, una potenziale forma di ricatto" e si chiede se "tutto questo possa avere a che fare con l'ordine e la sicurezza". Finisce la sua lettera con un'amara considerazione "se uno non ha i soldi per comprare dei libri

⁴ La Corte Costituzionale, in una decisione dell'8 febbraio 2017, ha ribadito la legittimità del divieto di ricevere – e spedire – libri per i detenuti sottoposti al 41-*bis*. La questione era stata sollevata da un magistrato di sorveglianza di Spoleto, a seguito dell'appello di un detenuto in regime di 41-*bis* a Terni e metteva in discussione l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lettera a) e lettera c), della legge 354/1975, ipotizzandone il contrasto con gli articoli 15, 21, 33, 34 e 117 della Costituzione.

e la biblioteca del carcere non è nemmeno rinnovata, perché ci viene negato il diritto alla lettura?”.

Anche la disponibilità di materiale cartaceo da detenere in cella è stata notevolmente ridotta. Come ci racconta una detenuta della sezione femminile dell’Aquila si è passati da “poter avere trenta riviste ad averne solo tre, da poter tenere con sé venti quaderni a poterne avere solo due, da una disponibilità illimitata di dizionari a uno solo” e, inoltre, non si possono più tenere tutti i propri atti giudiziari, ma questi devono essere depositati in magazzino e ci si può accedere a giorni alterni, tranne nel fine settimana. In ultimo, viene segnalata la “sottrazione di buste fatte di carta di quotidiani incollata sui lati dentro le quali – penosamente – erano da anni contenute corrispondenze e atti giudiziari con un minimo di suddivisione, con il pretesto che fosse materiale manipolato (per l’incollatura) nonostante la sottoscritta non si sia procurata la colla clandestinamente, ma acquistandola tramite il sopravvitto”.

Le piccole affezioni quotidiane costellano la vita dei detenuti sottoposti al regime speciale. Parlando con alcuni di loro scopriamo che non è consentito tenere con sé ago e filo per ricamare, come anche avere del detersivo in cella per fare la pulizia o utilizzare dei fermagli per i capelli. Acquistare degli occhiali da vista può essere molto complicato, non potendo affidarsi a venditori esterni per scegliere la montatura e avendo a disposizione solo i modelli indicati dal Dap, spesso con costi maggiorati rispetto a quelli di mercato. Anche vestirsi può rappresentare un problema. Una detenuta racconta che il numero di indumenti in cella deve essere limitato, quindi è necessario fare il cambio di stagione ma “chi possiede dei sandali non può indossarli per andare all’aria o ai colloqui fino al 21 giugno”, così come è stato introdotto da qualche anno il divieto di tenere più di due capi di abbigliamento “firmati”, anche se con questa dicitura si intendono “marche di consumo di massa come possono esserlo quelle di indumenti e calzature sportive che vanno semplicemente per la maggiore, di uso comunissimo e tutt’altro che capi di alta moda”. La stessa detenuta conclude così una sua lettera alla Commissione diritti umani del Senato:

“Di piccoli casi di assillo che in qualunque altra situazione non meriterebbero di essere menzionati, in questa condizione umana ce ne sono mille che, presi nel complesso, rappresentano la verità intima, la sostanza materiale e relazionale della quotidianità della prigionia nel ‘regime speciale’ di un paese considerato avanzato. Pensavo fosse importante lasciare questa testimonianza nera su bianco, come promemoria, perché capita che noi stesse stentiamo a credere a quello che succede”.

La durata

Tema estremamente delicato è la durata del 41-*bis*. Come abbiamo scritto, questo è pensato e organizzato in modo da impedire la continuazione dei collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva anche se le misure adottate non devono essere in alcun modo punitive, ma solo necessarie per impedire la commissione di altri reati e per esigenze di ordine e sicurezza. La legge del 2009 è intervenuta anche sui tempi, disponendo che il provvedimento iniziale abbia durata di quattro anni (rispetto ai due anni precedenti) e che le proroghe siano di due anni (raddoppiate rispetto a prima del 2009). Molti dei detenuti incontrati lamentano una prassi che pare emergere dai provvedimenti di proroga: le specifiche informazioni richieste agli organi competenti (Direzione Nazionale e Distrettuale Antimafia, Procure della Repubblica, Comando generale dei carabinieri, etc.) per verificare l'attualità delle esigenze di prevenzione ai fini del rinnovo della misura speciale, spesso non sembrano essere aggiornate, dando l'impressione che si tratti degli stessi identici documenti cui viene solamente cambiata la data. Esempio la vicenda di un detenuto che racconta come a sua madre sia stato revocato il provvedimento di 41-*bis* in quanto "i nuovi equilibri criminali che si stanno profilando sul territorio (da cui risultano i componenti della famiglia in oggetto), portano a ritenere maggiormente adeguato nei confronti di [...] il regime detentivo ordinario", mentre lui continua a essere sottoposto al regime speciale. Paradossale, infine, la situazione di persone ancora detenute in 41-*bis* ma che hanno il fine pena dopo pochi mesi. La prossimità alla scarcerazione, infatti, è un elemento che non può essere ignorato, e dovrebbe essere rispettato il principio della progressività del trattamento penitenziario, evitando che persone detenute nel circuito speciale passino repentinamente da questa condizione a quella di libertà.

Aree riservate

Il 41-*bis*, nella sua durezza e afflittività, non è però tutto uguale. Esiste un ulteriore inasprimento, quello applicato nelle cosiddette aree riservate. Si tratta di un regime di quasi totale isolamento, destinato a chi ricopriva posizioni di comando all'interno dell'organizzazione criminale. L'accesso all'area dei passeggi è limitato, così come la socialità e la possibilità di avere scambi con altre persone, tanto che ai detenuti "eccellenti" ne viene affiancato uno di diversa appartenenza e minor calibro criminale tradizionalmente chiamato "dama di compagnia", ma di recente ridefinito "compagno di socialità". Nelle visite della Commissione per la tutela e la promozione dei diritti umani nelle aree riservate, quella che più colpiva per totale inadeguatezza strutturale si trovava all'interno del carcere di Nuoro, nella quale era detenuto Antonio Iovine, esponente di vertice della Camorra. Prima che Iovine iniziasse a collaborare con la giustizia, passava 22 ore al giorno

in una cella di dimensioni ridottissime, con il bagno alla turca non separato dal resto della stanza e in cui era infilata una bottiglia di plastica per contenere il cattivo odore che ne fuoriusciva. La situazione cui era costretto per le restanti due ore non era molto migliore: l'ora d'aria avveniva in un corridoio stretto, due metri per sei, con alti muri e una grata a coprirlo come fosse una gabbia, l'ora di socialità in una stanzetta con un vogatore.

I “compagni di socialità” spesso lamentano questa loro assegnazione, ritenendola lesiva dei propri diritti e particolarmente gravosa e, in effetti, ad alcuni di questi reclami i magistrati di sorveglianza hanno risposto positivamente, ritenendola una scelta non giustificata da specifici motivi di sicurezza, ma applicata esclusivamente per consentire ad altri detenuti di effettuare la socialità.

Bernardo Provenzano, storia di una malattia come altre

Bernardo Provenzano muore all'età di 83 anni il 13 luglio 2016, a seguito di un tumore alla vesciva diagnosticatogli da tempo. Provenzano stava scontando la sua condanna in regime di 41-*bis* nel carcere di Opera, anche se le sue condizioni di salute erano gravi al punto da necessitare il ricovero ospedaliero. La storia criminale di Bernardo Provenzano è nota, essendo stato insieme a Salvatore Riina uno degli esponenti ai vertici della mafia siciliana. Corleonese di nascita, è stato latitante per 43 anni, dal 1963 fino al suo arresto avvenuto l'11 aprile 2006 a seguito di un blitz nella masseria, appena fuori Corleone, di Montagna dei cavalli dove era nascosto. La prima destinazione detentiva è il carcere di Terni, da cui viene trasferito dopo un anno con la motivazione ufficiale di una normale rotazione all'interno del circuito del regime speciale. Alcune fonti giornalistiche parlano invece di un trasferimento deciso per evitare problemi tra la direzione del carcere e i Gom, il gruppo operativo mobile della polizia penitenziaria dedicato alla sorveglianza dei detenuti al 41-*bis*: si racconta, infatti, che gli agenti non avrebbero gradito alcune piccole concessioni fatte a Provenzano, come quella di fargli recapitare il giorno del suo settantaquattresimo compleanno, insieme al pasto, una crostatina confezionata⁵. Una “torta di compleanno” indigesta, peraltro neppure consumata perché non prevista dalla dieta prescritta dal medico, che avrebbe contribuito alla partenza del boss alla volta del carcere di Novara. Durante la permanenza nell'istituto piemontese, Provenzano viene sottoposto nell'ottobre 2007 a un intervento alla tiroide e, nel gennaio 2008, viene accusato di inviare e ricevere dall'esterno comunicazioni proibite tramite codici cifrati. Il sospetto che stia continuando da dentro il carcere a governare l'organizzazione

⁵ GIOVANNI BIANCONI, *Provenzano cambia carcere “Una torta e troppe attenzioni”*, Corriere della Sera, 15 aprile 2007 consultabile a questo *link* http://www.corriere.it/Primo_Piano/Cronache/2007/04_Aprile/15/bianconi_provenzano_traduzione_cellula.shtml.

mafiosa fa scattare il provvedimento di sorveglianza particolare previsto dall'articolo 14-*bis*, il quale prevede l'isolamento, l'impossibilità di guardare la televisione e ascoltare la radio e la privazione dell'armadio ad ante.

Il ministero della Giustizia ha motivato il provvedimento scrivendo che "appaiono rilevanti anche sotto un diverso profilo, che attiene al ruolo ed al riconoscimento di capo che allo stesso si verrebbe a riconoscere pur nello stato di detenzione a seguito della sfrontata intenzione di continuare a comunicare con l'esterno, e che può costituire motivo di allarme in sé per l'ordine e la sicurezza interna dell'istituto. Non può infatti garantirsi alcuna condizione di controllo della struttura penitenziaria, se all'interno qualcuno continua a comportarsi da capo mafia ovvero tale possa essere considerato dagli altri detenuti, dal personale di polizia, dai funzionari e dagli impiegati civili". Anche il modo in cui Provenzano consulta la sua Bibbia fa sorgere sospetti: "ha provveduto a redigere in carcere appunti volanti e poi ha effettuato sottolineature sui testi a contenuto religioso la cui disponibilità gli era stata assicurata nel rispetto dei diritti fondamentali"⁶.

Dal 2008 in poi, le condizioni di salute di Bernardo Provenzano peggiorano in maniera sostanziale e nel 2013 il programma televisivo Servizio Pubblico, mostra delle immagini di alcuni colloqui effettuati dal detenuto con la sua famiglia. In uno di questi, Provenzano indossa un berretto che nasconde un ampio livido sulla fronte e pare talmente confuso da non riuscire nemmeno a prendere la cornetta dell'interfono per parlare con il figlio⁷.

Nel giugno 2013 lo stato di salute di Provenzano è così critico da necessitare un ricovero in ospedale e il suo avvocato, dopo aver fatto richieste sia al magistrato sia al tribunale di sorveglianza di Bologna – entrambe respinte – si appella al magistrato di sorveglianza di Parma per chiederne la scarcerazione. I documenti del ricovero parlano infatti di "decadimento neurologico, malnutrizione e disidratazione" e dell'arrivo di Provenzano in coma in ospedale.

Negli stessi giorni, l'avvocato aveva richiesto alle procure titolari dell'accusa negli ultimi procedimenti a carico di Provenzano (quelle di Palermo, Firenze e Caltanissetta) un parere circa la revoca del 41-*bis* – pareri tutti positivi, viste le accertate condizioni di salute – mentre la Direzione nazionale antimafia si era dichiarata contraria.

Nel frattempo, dal carcere di Parma Provenzano viene trasferito in quello milanese di Opera, e l'ospedale in cui viene ricoverato è il reparto detentivo del San Paolo. Anche da Milano, gli avvocati fanno richieste sia di revoca del 41-*bis*, sia

⁶ ALESSANDRA ZINITI, *Provenzano, pizzini dal carcere*, La Repubblica, 12 gennaio 2008, consultabile a questo [link](http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2008/01/12/-provenzano-pizzini-dal-carcere.html) <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2008/01/12/-provenzano-pizzini-dal-carcere.html>.

⁷ Alcuni di questi video sono tutt'ora disponibili su Youtube <https://www.youtube.com/watch?v=qak0vrZLlc4>.

di sospensione della pena, mentre il Tribunale in cui si sta svolgendo il processo per la trattativa Stato Mafia è costretto a prendere atto dell'impossibilità di Provenzano a prendervi parte. Consulenti, medici, perizie, quasi tutti concordano nel riconoscere patologie plurime e gravi di tipo invalidante, come il decadimento cognitivo, i movimenti involontari, l'infezione cronica al fegato, l'assenza di tiroide, l'ipertensione e il tumore alla prostata.

Nonostante questo quadro clinico, difficilmente contestabile, nel marzo 2014 il ministro Orlando ha confermato il carcere duro dichiarando in una lettera indirizzata al capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria: "Ho firmato il decreto predisposto dal DAP al fine della proroga del regime detentivo speciale relativo al detenuto sopra individuato poiché risulta conclamata oggettivamente la pericolosità del detenuto Provenzano Bernardo, quale capo ancora indiscusso dell'organizzazione criminale denominata Cosa nostra" e che "tale condizione, come sottolineato dalla Direzione nazionale antimafia, rende evidente la necessità di conservazione delle misure atte al contenimento della carica di pericolosità sociale del detenuto correlata al rischio di diramazione di direttive criminose all'esterno del circuito penitenziario". Inoltre, intervenendo sulle condizioni di salute dichiara la sua scelta dipendente dal "motivato parere della Direzione nazionale antimafia circa la non evidenza di uno stato di totale scadimento delle attuali capacità di attenzione, comprensione ed orientamento spazio-temporale della persona".

Ancora una volta, i legali dell'uomo fanno ricorso contro la decisione di proroga del regime speciale, ma il Tribunale di sorveglianza di Roma deputato a decidere non lo accoglie, motivando come "le restrizioni trattamentali in esame siano pienamente giustificate e funzionali rispetto alla finalità di salvaguardia dell'ordine e delle sicurezza pubblica, sussistendo il pericolo di continuità di relazioni criminali tra Bernardo Provenzano e la potente organizzazione di appartenenza, che annovera latitanti di massimo spicco (quale Matteo Messina Denaro)". Nonostante i sanitari dell'ospedale San Paolo accertino nei loro certificati che "il detenuto trascorre le giornate allettato alternando periodi di sonno e veglia" e che "l'atteggiamento del paziente, le condizioni neurologiche primarie e la storia clinica lasciano supporre un grave decadimento cognitivo", i giudici ritengono comunque che "tali condizioni non consentono di ritenere venuto meno il pericolo che il detenuto, capo indiscusso da tempo remoto dell'associazione Cosa Nostra – possa mantenere contatti con l'organizzazione criminale". Sempre i giudici affermano inoltre che "invero, la valutazione dei sanitari, formulata comunque in termini supposizione circa il grave deterioramento cognitivo [...] indica non già la totale incapacità di attenzione e orientamento spazio temporale, bensì il degrado, tra l'altro neanche quantificato, delle funzioni attentive e cognitive, tale da non escludersi del tutto e in termini di assoluta certezza che il medesimo non possa

impartire direttive di rilevanza criminale o strategiche per le attività dell'organizzazione attraverso i familiari o persone di fiducia".

Nel frattempo, il tribunale di sorveglianza di Milano avvia su richiesta di un magistrato un procedimento d'ufficio, a seguito di un ulteriore certificato medico rilasciato dall'ospedale San Paolo per la procura di Palermo, tenuta a valutare periodicamente la possibilità di riprendere le udienze del processo sospeso per l'incapacità di Provenzano a parteciparvi. Il 3 ottobre 2014 i giudici del tribunale di sorveglianza accertano la gravità delle condizioni di salute e la cessazione della pericolosità sociale, tuttavia respingono la richiesta di sospensione dell'esecuzione della pena e di trasferimento in un reparto ospedaliero non protetto, ritenendo più opportuna la prosecuzione del monitoraggio nella cella detentiva di alta sicurezza del San Paolo in quanto Provenzano sta "rispondendo ai trattamenti sanitari attualmente praticati che gli stanno garantendo, rispetto ad altre soluzioni ipotizzabili, una maggior probabilità di sopravvivenza".

Nel settembre del 2015, arriva la decisione della Corte di cassazione conseguente al ricorso presentato dagli avvocati di Provenzano, che conferma quanto già stabilito dal tribunale di sorveglianza: la scelta di trattenere l'uomo nel reparto detentivo del San Paolo è "fondamentalmente incentrata sulla necessità di tutelare in modo adeguato il diritto alla salute del detenuto", posto che il "peculiare regime" speciale è compatibile "con le pur gravi condizioni di salute accertate" anche perché il "rischio per la stessa possibilità di sopravvivenza del detenuto" se "la prosecuzione della sua degenza" avvenisse "nel meno rigoroso regime della detenzione domiciliare" in altro reparto ospedaliero dovrebbe essere effettuata "in un contesto di promiscuità in cui l'assistenza sanitaria non gli potrebbe essere assicurata con altrettanta efficacia".

Nell'aprile 2016 il ministro della Giustizia decide per una ulteriore proroga del regime di 41-*bis*, ma l'ultimo atto della vicenda di Bernardo Provenzano e dei tentativi di concedergli una fine degna e vicino ai suoi familiari, si consuma ad appena due giorni dalla sua morte. Il tribunale di sorveglianza di Milano, ancora una volta chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di scarcerazione, motiva il respingimento dell'istanza perché i "trascorsi criminali e il valore simbolico del suo percorso criminale" lo esporrebbero "qualora non adeguatamente protetto nella persona" e "trovandosi in condizioni di assoluta debolezza fisica", a "eventuali 'rappresaglie' connesse al suo percorso criminale, ai moltissimi omicidi volontari dei quali è stato riconosciuto colpevole, al sodalizio malavitoso" di cui è stato "capo fino al suo arresto". Una decisione presa per il suo bene, insomma, nel segno dei molti altri pronunciamenti che fin qui abbiamo visto e che si sono susseguiti nel corso degli ultimi anni della vita di Provenzano. Al quale è stata negata, nonostante fosse entrato in coma irreversibile, la vicinanza con i suoi familiari, che lo hanno potuto vedere soltanto per un'ora il 10 aprile. Anche le richieste

della moglie e dei figli di poter rimanere al suo capezzale negli ultimi giorni sono rimaste inascoltate.

Non sono state molte le voci che si sono levate in difesa del diritto di Bernardo Provenzano a morire con dignità, ma tra queste c'è stata quella del sostituto procuratore generale di Palermo Nico Gozzo che affida al *social network Facebook* una riflessione sul senso del trattamento ricevuto da Provenzano: “In questo momento mi sento di dire che lo Stato italiano avrebbe potuto, in questi ultimi anni, marcare la propria differenza. Far sentire, nel momento in cui Provenzano ‘non ci stava più con la testa’, la differenza tra uno stato di diritto, che applica le norme, anche nei confronti di un mafioso – e dunque, se uno non ragiona e non comunica, non può essere pericoloso – e le belve di Cosa Nostra, che le regole le fanno solo a loro uso e consumo, calpestando sempre la vita umana. Ed invece si è voluto continuare ad applicare il 41-*bis* ad un uomo già morto cerebralmente, da tempo. Con ciò facendo nascere l'idea, in alcuni, che la Giustizia possa essere confusa con la vendetta. O che il diritto non è uguale per tutti”.

5. Conclusioni

Ormai consolidatosi nel nostro ordinamento penitenziario e giudicato legittimo tanto dalla Corte costituzionale quanto dalla Corte europea dei diritti umani, il regime detentivo speciale di cui all'articolo 41-*bis*, secondo comma, dell'Ordinamento penitenziario, non è in discussione nella sua vigenza. Viceversa, la sua applicazione continua a suscitare perplessità sulla sua autentica finalità, così ben testimoniata dall'uso comune della espressione “carcere duro”, come se si trattasse di una pena di specie diversa da quella della detenzione ordinaria, riservata – scrive la stampa e pensa l'opinione pubblica – ai “boss mafiosi”. Le lunghe, lunghissime permanenze in 41-*bis*, anche in età avanzata e anche in condizioni intellettive che non giustificano una reale pericolosità sociale, sembrano avallare l'ipotesi che il regime detentivo speciale sia esattamente questo: una pena speciale, più dura della reclusione prevista dal codice penale. Insieme con l'articolo 4-*bis*, che preclude l'accesso a benefici e alternative e determina i detenuti che possono essere sottoposti al regime detentivo speciale, il 41-*bis* costituirebbe una sorta di diritto penitenziario a parte, complementare a quel “diritto penale del nemico” verso cui molti Stati liberal-democratici hanno avuto inclinazioni e cedimenti negli ultimi decenni.

È inutile dire che una simile concezione del regime detentivo di cui all'articolo 41-*bis*, secondo comma, è assolutamente illegittima e varrebbe a invalidare ogni provvedimento preso in suo nome. Il nostro sistema penale non conosce altra scala di gravità dei reati che non sia quella data dalla durata delle pene, non dalla

qualità della detenzione. Per questo l'espressione "carcere duro" va abolita, così come si è fatto con le "dame di compagnia". E con essa va abolita ogni manifestazione che ne evochi la persistenza. In questo senso, le indicazioni degli organismi internazionali (*in primis*, del Comitato europeo per la prevenzione della tortura), già riprese e ampliate dalla Commissione diritti umani del Senato, costituiscono una buona base di partenza per una riforma in sede legislativa e amministrativa del regime detentivo speciale. Tale riforma si dovrà pur intraprendere, se non si vuole che le istanze di difesa sociale dalle organizzazioni criminali logorino i principi dello stato di diritto e la stessa differenza del diritto dalla violenza e dalla vendetta, che vigerebbero in sua assenza.

Il punto su...
*Partecipazione democratica alle scelte
politico criminali e garanzie individuali
nell'epoca del diritto penale tecnocratico.
Un bilancio di inizio secolo ^(*)*

^(*) Ne “Il punto su” sono raccolti i testi di alcuni degli interventi al Convegno “*Partecipazione democratica alle scelte politico criminali e garanzie individuali nell'epoca del diritto penale tecnocratico. Un bilancio di inizio secolo*”, che si è svolto a Siena, presso la Certosa di Pontignano, il 22 aprile 2016.

LUCIANO EUSEBI

PREVENZIONE E GARANZIE: PROMESSE MANCATE DEL DIRITTO PENALE
O PARADIGMI DI UNA RIFORMA PENALE «UMANIZZATRICE»?

SOMMARIO: 1. Si assiste davvero a un primato della prevenzione? – 2. Il sistema penale come «alibi» rispetto alle carenze della politica criminale. – 3. Potestà punitiva e «diritto» penale. – 4. Prevedibilità degli esiti alla luce del dato normativo: un concetto obsoleto? – 5. Percorsi di una nomofilachia «valvola». – 6. Il ruolo delle categorie dogmatiche (nel quadro di una prevenzione generale «reintegratrice»). – 7. La fluidità irrisolta del rimprovero soggettivo: in particolare, sulla tensione non ulteriormente occultabile tra principio di colpevolezza e reato colposo. – 8. Quale strategia sanzionatoria *ragionevole*? La sfida della risposta al reato come «progetto» (e l'insidia di una *formuletta pigra* europea: la richiesta di pene «efficaci, dissuasive, proporzionali»). – 9. Il problema è *capire* i fenomeni (per non crearne un'immagine strumentale): l'attualità penalistica di un monito formulato nel 1945 da Aldo Moro.

1. *Si assiste davvero a un primato della prevenzione?*

Il titolo della sessione convegnistica per la quale fu redatto questo contributo – *Il primato della prevenzione: quali garanzie per il cittadino* – accredita il sussistere, oggi, di un *primato* della prevenzione circa le modalità di risposta ai reati, il quale, a ben vedere, risulta meramente presuntivo. O meglio: l'efficacia preventiva cui si ha riguardo è quella declamatoria, autoreferenziale, populistica, sempre asserita e mai comprovata (anzi, costantemente smentita) che si vorrebbe prodotta – specie in settori ad alta sensibilità massmediatica – da una maggior durata della detenzione applicabile a seguito di un reato e dall'incombere di una penalità poco prevedibile nei suoi esiti, in quanto refrattaria a limiti garantistici tassativi: con cedimenti, per esempio, a logiche di responsabilità oggettiva, alla colpa d'autore, a una lettura *creativa* delle norme incriminatrici.

È questa la prevenzione che ha generato, negli ultimi lustri, continui aumenti dei minimi edittali, l'omicidio stradale e altre fattispecie sanzionate secondo propositi di esemplarità, l'ergastolo ostativo, l'utilizzo ingovernato del dolo eventuale (salva la speranza di un argine che derivi dalla sentenza ThyssenKrupp delle Sezioni Unite), una gestione legislativa delle aggravanti ormai fuori da qualsiasi logica, automatismi (ridimensionati solo in parte dalla Corte costituzionale) nei giudizi concernenti sia le prognosi, in senso lato, di pericolosità, sia la non recuperabilità degli autori di determinate tipologie criminose, palesi eccessi nel carico

sanzionatorio dello spacciatore tossicodipendente incriminato anche per reato associativo, e così via. *Ma questa non è la prevenzione.*

È vero che, anche in forza dei provvedimenti seguiti alla sentenza Torreggiani della Corte EDU, l'esecuzione penale *esterna* si è ulteriormente estesa, fino a costituire, ormai, un ambito parallelo, e non solo ancillare, rispetto a quello dell'esecuzione detentiva. Ma resta il fatto che simile evoluzione è stata prodotta, per lo più, da esigenze pratiche di contenimento, in rapporto ai posti-carcere disponibili, della popolazione penitenziaria, piuttosto che da una visione *strategica*. Tanto che neppure s'è avviato, finora, un processo rivolto a diversificare il catalogo delle pene *principali*, sebbene la legge delega n. 67/2014 ne avesse offerto – attraverso lo strumento, non recepito, della *reclusione domiciliare* – una pur minimale opportunità.

Si è dunque agito esclusivamente sulla fase successiva alla condanna e sulla non punibilità (con qualche marginale complemento in tema di procedibilità). Ma ciò non costituisce una mera scelta *tecnica*, in quanto lascia percepire (anche alla pubblica opinione) che il fulcro dell'impegno per il contrasto dei reati – l'impegno che produrrebbe prevenzione – resti legato all'idea penalistica tradizionale della minaccia e della conseguente inflizione di un corrispettivo in termini di danno (la detenzione o, solo marginalmente, una mera pena pecuniaria) nei confronti degli autori di reato. Così che i provvedimenti con i quali si rende possibile non eseguire, in tutto o in parte, la pena detentiva comminata o inflitta finiscono per essere intesi come deroghe, per ragioni contingenti o per un sempre revocabile *umanitarismo*, rispetto a quanto richiederebbe quell'immagine, di cui già dicevano, del fare prevenzione.

E se è da riconoscersi un elemento di novità *sostanziale* rispetto al modo di concepire la risposta al reato, nell'istituto, formalmente *processuale*, della messa alla prova, che ora conosce un ambito di circoscritta ma significativa praticabilità anche con riguardo agli imputati adulti, rimane pur vero – ad attestare le difficoltà del nostro sistema penale nel perseguire un modello *diverso* della prevenzione – che persiste nel contempo un drammatico disinteresse per il riequilibrio tra le risorse destinate all'apparato carcerario e le risorse (ridotte oggi ai minimi termini, nonostante i nuovi compiti) destinate a quegli Uffici del servizio sociale cui è affidata l'attuazione della suddetta procedura e delle misure alternative. Come se si trattasse, pur sempre, di ambiti penalistici residuali e meramente tollerati, bisognosi al più di qualche controllo sporadico circa le limitazioni della libertà personale che, nondimeno, comportano.

2. *Il sistema penale come «alibi» rispetto alle carenze della politica criminale*

In contrapposizione alla pretesa secondo cui il diritto penale che rende *imprevedibili gli esiti, incerti i criteri della responsabilità individuale e irragionevoli le pene*¹ sarebbe il diritto penale della prevenzione, vorrei sostenere una tesi (costruttivamente) eversiva: quel diritto penale – rendendo per molti versi non razionali (e, *a fortiori*, non garantistici) i criteri del suo intervento, secondo prospettive demagogiche di populismo che finiscono per trasformare l'autore di reato in un capro espiatorio funzionale a tali esigenze – fa sì che il diritto penale stesso possa continuare a *fare da alibi* per l'assenza di un approccio meditato e organico alla prevenzione della criminalità, cioè per la mancanza di una progettazione, necessariamente interdisciplinare, della *politica criminale*.

Il rischio è che proprio l'enfasi intorno al diritto penale della massima repressione celi una non volontà di contrastare gli elementi facilitatori dell'agire criminoso e, dunque, gli spazi percorribili onde porre in essere reati. Una non volontà, in altre parole, di incidere sui presupposti che consentono la *praticabilità effettiva* delle condotte criminali, cioè di fare, anzitutto, *prevenzione primaria*: la quale ha il difetto di incidere sugli interessi economici di molti e su egoismi diffusi (si pensi, per esempio, all'esigenza di contrastare i paradisi bancari, ma anche l'infedeltà fiscale) e, per questo, non produce facilmente consenso politico; laddove, invece, il diritto penale colpisce in modo sporadico a violazioni avvenute, accreditandosi come strumento idoneo a soddisfare istanze emotive di reazione alla criminalità (tutt'altro che indipendenti, peraltro, dalla rappresentazione massmediatica del problema), in quanto lascia intendere alla maggioranza dei cittadini che colpirà fasce sociali e tipi di autore nei quali, ordinariamente, non ci si riconosce².

S'è finito, in effetti, per avallare un esercizio anomalo della potestà punitiva e, in particolare, del ricorso alle pene detentive: come *prima ratio* simbolica (ma non

¹ Il tema del dibattito a più voci che specificamente ha dato vita a questo contributo recitava *«prevedibilità degli esiti, rimproverabilità individuale e ragionevolezza delle pene»*.

² Si sono accettate, per esempio, le pene draconiane previste dall'omicidio stradale, ma si continua a protestare quando, pur senza strumentali finalità di... cassa da parte di qualche comune, venga attivato un *autovelox*. Eppure s'era rilevato tra il 2001 e il 2015 un contrarsi significativo nel numero di sinistri stradali con morti o feriti (da 263.100 a 173.892), cui si ritiene abbia contribuito l'introduzione dei sistemi di controllo automatico della velocità (tipo *tutor*) in molti tratti autostradali. Si noti, peraltro, che proprio nell'anno – il 2016 – in cui, a fine marzo, s'è introdotto l'omicidio stradale, il numero totale degli incidenti e dei feriti ha avuto un incremento, sebbene con il ritorno a una diminuzione nel numero dei morti, che s'era interrotta nell'anno precedente (cfr. per i dati forniti dalle forze di polizia, relativamente al 2015, <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2016-07-19/diminuiscono-incidenti-stradali-ma-tornano-ad-aumentare-morti-15-anni-192425.shtml?uuid=AD-vcF7u> e, relativamente al 2016, http://www.repubblica.it/motori/sezioni/sicurezza/2017/01/03/news/polizia_stradale_il_bilancio_di_un_anno_con_piu_incidenti_ma_meno_vittime-155295009/).

tale per i loro destinatari) di gestione del problema criminale, piuttosto che come *extrema ratio*. Con un'inversione del ruolo di filtro garantistico che dovrebbe essere proprio della *riserva di legge* e con il trasferimento, in pratica, della potestà punitiva dal parlamento al governo: implicante il prevalere delle visioni di breve periodo, che mirano a provvedimenti d'impatto immediato sull'opinione pubblica, rispetto a una capacità progettuale complessiva in tema di prevenzione dei reati.

Ne potrebbe derivare un corollario: *non si può proporre il ricorso a nuovi reati, o l'innalzamento delle entità sanzionatorie, finché non si sia definita una seria strategia di prevenzione primaria rispetto alle problematiche criminali che s'intendano affrontare*. Abbandonando, in questo modo, la visione corrente di una prevenzione primaria *ancillare* (e improbabile), il cui ruolo si collocherebbe solo *a posteriori*, nei confronti di un'opzione penalistica irreversibilmente intesa come *fulcro* della risposta alle condotte qualificate come criminose. E recuperando, in una prospettiva non soltanto teorica, la funzione del principio di *extrema ratio*.

Ma ulteriormente: *non si può proporre il ricorso alla pena detentiva finché non si sia definita una seria strategia di contrasto dei benefici economici che possano essere derivati dal reato, in quanto fattore propulsivo di gran parte delle attività criminose, e finché non si sia presa in esame la praticabilità di sanzioni non detentive o di una definizione anticipata del processo*.

Il che richiederebbe, peraltro, una solida elaborazione propositiva, utilizzabile dal legislatore, in ambito politico-criminale: tuttavia si deve prendere atto di come nel nostro paese (e non solo) – senza che il problema appaia avvertito – la ricerca specificamente riferita a un approccio complessivo verso tale materia risulti pressoché assente.

Nondimeno, si tratta di ripartire dalla politica criminale. Onde prendere commiato da una prospettazione fittiziamente taumaturgica del punire rispetto ai problemi sociali che la criminalità lascia emergere e rispetto alle opportunità, soprattutto economiche, suscettibili di essere sfruttate a fini di profitti criminali³. Come pure onde evitare che, assorbendo nella vicenda processualpenalistica il giudizio etico-sociale su determinati comportamenti (e creando, non di rado, *capri espiatori*), si sterilizzi la possibilità di un giudizio morale e politico da parte dei cittadini sulle dinamiche reali che governano la nostra società: dinamiche sempre più sfuggenti alla capacità di comprensione del singolo individuo, per quanto acculturato, nonostante il profluvio di messaggi che oggi lo raggiungono.

³ Con effetti, talora, addirittura criminogeni: si pensi solo alla gestione della responsabilità sanitaria, che facilmente produce *medicina difensiva*, o all'intervento mediante la denuncia per *stalking* su certi atteggiamenti psicologicamente disturbati, che può divenire, in quanto letta come riprova di un'irriducibile avversione personale, fattore scatenante di un atto criminoso.

3. *Potestà punitiva e «diritto» penale*

Vi sono, del resto, buone ragioni per ritenere che una prevenzione efficace dei reati non si ponga affatto in alternativa rispetto alla salvaguardia delle garanzie e dei diritti personali.

In primis, per una motivazione di fondo: quando le modalità d'intervento del diritto penale contraddicono i valori etico-sociali che il medesimo vorrebbe tutelare, ne risulta compromesso lo stesso messaggio general- e specialpreventivo dei suoi provvedimenti; dato che proprio simili modalità finiscono per avallare stili comportamentali opposti a quei valori. È l'argomento con cui Cesare Beccaria contestava – caso estremo – l'efficacia preventiva della pena di morte: se per tutelare la vita umana lo stato uccide, non ci si può attendere, da ciò, un rafforzamento del valore della vita nella società⁴. Ma è anche la ragione per cui escludere certe categorie di detenuti da programmi reali di integrazione socio-culturale, permettendo in tal modo che quei detenuti consolidino fra loro, in carcere, legami solidali di natura antisociale, costituisce fattore di rafforzamento, nel loro potere, delle organizzazioni criminali o anche di *radicalizzazione* del singolo recluso secondo ideologie che giustificano atti criminosi, con esiti alquanto pericolosi.

Tutto questo conduce a rammentare che una prevenzione stabile dei reati non dipende da effetti contingenti di carattere intimidativo, che scontano l'ineliminabilità della cifra oscura e l'inefficacia rispetto a moventi del reato non riconducibili alla ponderazione di costi e benefici, bensì, pur sempre, dalla capacità del diritto penale di ottenere, anche attraverso le sanzioni, un'adesione per *scelta personale* da parte di coloro che sono destinatari dei suoi precetti o dei suoi provvedimenti.

Per cui l'impegno volto al recupero, in antitesi rispetto all'espulsione sociale, di chi abbia delinquito, lungi dal costituire una *rinuncia* alla prevenzione, costituisce un fattore fondamentale per il suo consolidamento, in quanto nulla riconferma maggiormente l'autorevolezza di una norma trasgredita del fatto che lo stesso trasgressore rielabori in senso critico le sue scelte pregresse, sia disposto a impegni riparativi e intraprenda un percorso di vita affrancato da legami con la criminalità. Così che può parlarsi, in tale prospettiva, di una *prevenzione generale reintegratrice*.

⁴ Può sempre giovare rileggere tale famosissimo passaggio: «Non è utile la pena di morte per l'esempio di atrocità che dà agli uomini. Se le passioni o la necessità della guerra hanno insegnato a spargere il sangue umano, le leggi moderatrici della condotta degli uomini non dovrebbero aumentare il fiero esempio, tanto più funesto, quanto la morte legale è data con istudio e con formalità. Parmi un assurdo che le leggi, che sono l'espressione della pubblica volontà, che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettano uno esso medesimo, e, per allontanare i cittadini dall'assassinio, ordinino un pubblico assassinio» (v. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* [1764], § XXVII, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria* diretta da L. Firpo, v. I, Milano 1984, pp. 92 s.).

Non si deve dimenticare, poi, che il *diritto* penale nasce secondo un intendimento garantista, e non repressivo: rispetto a una potestà punitiva pubblica che, storicamente, lo precede.

Si tratta, allora, di riacquisire la percezione del fatto che il diritto penale, nel momento in cui recepisce esigenze di penalizzazione, ha il compito di selezionarle, circoscrivendo i confini del fatto offensivo rilevante, esigendo la colpevolezza dell'imputato e orientando l'intervento sanzionatorio in una prospettiva di reintegrazione, secondo quanto richiedono gli articoli 13, 25 e 27 della Costituzione.

Il diritto penale, in quanto *diritto*, non è uno strumento di *lotta* alla criminalità, ma di canalizzazione garantistica della richiesta d'intervento che gli deriva dal vaglio operato in sede politico-criminale circa le strategie giuridiche (e non solo) utilizzabili per la prevenzione di offese ai beni fondamentali⁵.

La politica criminale, dunque, viene *prima* del diritto penale e, in tal modo, ne *limita* l'utilizzo, indicando, caso per caso, tutte le risorse diverse da quelle penali che dovrebbero essere attivate nella prospettiva della prevenzione, così come, per converso, l'ambito in cui (anche) l'intervento penale si manifesti necessario. Ma nello stesso tempo il *diritto* penale *limita* la politica criminale, prevedendo requisiti inderogabili circa lo spazio d'intervento che (in termini, lo si auspicava, di *extrema ratio*) la medesima gli assegni.

In altre parole, è la politica criminale, nel suo complesso, il contesto della prevenzione dei fatti (*lato sensu*) criminosi: ed è solo avendone la consapevolezza che il diritto penale può evitare di venir inteso come strumento cardine della prevenzione, continuamente manipolabile nei suoi principi garantistici avendo riguardo a supposte esigenze di carattere preventivo.

4. *Prevedibilità degli esiti alla luce del dato normativo: un concetto obsoleto?*

È ovvio: *ci sono più cose in terra di quante ne possa aver sognato il legislatore artefice di una fattispecie incriminatrice*. Cose (o meglio *casti*), senza dubbio, che

⁵ Per cui, fra l'altro, il diritto penale ha la funzione di garantire che l'accertamento degli illeciti – i reati – relativi a materie particolarmente delicate (e secondo strumenti d'indagine particolarmente incisivi ma, a loro volta, particolarmente garantiti) sia gestito da un potere, quello giudiziario, diverso dall'autorità amministrativa; che l'individuazione di quel tipo di illeciti e delle relative sanzioni avvenga esclusivamente a seguito di un vaglio del potere legislativo; che l'ascrizione di un reato si realizzi secondo un vocabolario precostituito di categorie dogmatiche, le quali non manipolino dati inerenti alla realtà fattuale del reato medesimo e alla condizione personale dell'autore in base a presunte esigenze di esemplarità o risposta a bisogni emozionali di punizione; che il ricorso al carcere avvenga in termini di *extrema ratio* e che gli strumenti di risposta al reato perseguano effettivamente finalità di integrazione, piuttosto che di esclusione sociale; e così via.

vanno moltiplicandosi con l'evolversi, nel tempo, dei contesti e degli strumenti. Di qui la tentazione di un adeguamento (quasi) *in tempo reale* del ricorso allo *ius terribile* attraverso la prassi quotidiana e parcellizzata della giurisprudenza. Ma col rischio che la norma penale si riduca, in questo modo, a pura modalità esemplificativa di un certo ambito del punibile, neppure troppo vincolante rispetto al bene tutelato: utilizzabile di fatto – nonostante i principi codificati – in senso analogico. Così che la gestione di nuovi scenari dell'offesa a beni rilevanti rimarrebbe affidata all'unico strumento di cui il giudice dispone, costituito dalla pena (e pertanto, nei sistemi carcerocentrici come quello italiano, dall'inflizione di una pena detentiva): reiterandosi, in tal modo, l'emarginazione della politica criminale.

La risposta classica al pluralismo *imprevedibile* della casistica potenzialmente rilevante ai fini penali è data dalla generalizzazione insita nella fattispecie incriminatrice, cui è affidata la funzione di rendere, invece, *prevedibile*, a partire dalle caratteristiche del caso concreto, se il medesimo sia o meno da ricondursi all'ambito del penalmente significativo: se, cioè, l'interpretazione giudiziaria della norma condurrà, circa quel caso, all'uno o all'altro esito. Una modalità di risposta che non ha perso le sue buone ragioni.

Va considerato, in proposito, che l'attività con cui il giudice riconduce l'accadimento storico del quale si discute a una certa fattispecie incriminatrice non potrà che essere segnata da confini *più ristretti* rispetto a quelli propri di attività espressamente riconosciute dalla legge come *discrezionali*, secondo il modello che caratterizza l'esercizio di non poche funzioni pubbliche, ma anche taluni compiti del giudice penale (si pensi alla determinazione della pena e a molteplici scelte ulteriori concernenti il sistema sanzionatorio). Per cui se la stessa attività discrezionale prevede che la considerazione del caso concreto debba condurre alla scelta maggiormente in grado di realizzare, rispetto ad esso, il dettato normativo, così da configurarsi come quella tendenzialmente *più prevedibile* (date le caratteristiche di quel caso) in rapporto alla legge, ne deriva che anche l'applicazione giudiziaria del diritto non potrà assumere modalità *creative*.

In questo senso, la prevedibilità degli esiti penalistici derivante dal confronto fra i profili contingenti del fatto storico e una data norma incriminatrice rimane condizione necessaria per la salvaguardia del ruolo che compete alla legge in ambito penale. Né, del resto, prospettive di *co-determinazione* del diritto penale tra legge e giurisprudenza potrebbero reperire un avallo *a fortiori* nell'invadenza del potere esecutivo rispetto all'esercizio della potestà legislativa⁶: rendendosi totalmente *liquido*, se così fosse, il rapporto fra i poteri dello Stato in rapporto al siste-

⁶ Per quanto la sudditanza oggi riscontrabile del potere legislativo rispetto a quello esecutivo incida certamente sulle caratteristiche della normazione penale, favorendo, rispetto ad essa, la creatività giudiziaria: cfr., in proposito, L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 4, pp. 1668 ss.

ma penale, col rischio che, in esso, la stessa impermeabilità della funzione giudiziaria rispetto all'intervento dell'esecutivo sarebbe difficilmente salvaguardabile.

Solo la prevedibilità, inoltre, dell'inquadramento penalistico di ciascun fatto storico *alla luce della legge* appare suscettibile di fungere da criterio guida delle condotte, cioè di assumere una funzione generalpreventiva. L'orientamento comportamentale necessita, infatti, di riferimenti sintetici, determinati e stabili, quali non possono essere offerti da una continua rimodulazione della regola giuridica rispetto a ciascun caso concreto, ardua, peraltro, da ricostruirsi: come attesta, oltre alla non uniformità delle scelte giuridiche nell'ambito dello stesso *diritto vivente*, anche la non univocità, in molti casi, delle massime redatte in relazione a una medesima sentenza.

L'alternativa a un sistema fondato sulla riserva di legge è un sistema di *common law* (che favorisce, tuttavia, una gestione solo giudiziaria, e dunque solo penalistica, delle problematiche criminali), in cui il precedente viene formalizzato in modo rigoroso e gli spazi per il *diritto vivente* risultano, per paradosso, alquanto ristretti. Laddove, invece, un sistema ibrido muove, in sostanza, nel senso di una *fluidità* del diritto, la quale compromette l'autorevolezza dell'ordinamento giuridico e non consente di percepire, *ex ante*, l'ambito di ciò che sicuramente risulti vietato: un sistema il quale tende a valutare *in sede giudiziaria* se un dato fatto sia da ritenersi antisociale, per poi individuare una norma che possa essere utilizzata al fine di sanzionarlo, piuttosto che valutare se quel fatto rientri nella scelta di penalizzazione operata dalla legge.

Vi è senza dubbio, dunque, la necessità di una legislazione penale (e politico-criminale) migliore, che sappia affrontare problemi nuovi, affrancandosi, peraltro, dalla logica del *populismo* che troppo spesso, anche di recente, l'ha caratterizzata. E non è facile. Ma la via breve di una giurisprudenza che si sostituisca al legislatore nel fare politica criminale priverebbe l'ordinamento di quello che è stato l'apporto di civiltà più significativo della giurisprudenza medesima rispetto alla potestà punitiva pubblica: quello rivolto a mitigare in senso garantistico-sostanziale (si pensi al ruolo del principio di offensività) l'applicazione delle norme incriminatrici, a salvaguardare la possibilità, quantomeno, dell'integrazione sociale del condannato e, dunque, a contrastare le stesse derive populistiche del legislatore.

La sovrapposizione tra il ruolo di garanzia tipico della giurisprudenza e l'assunzione da parte della medesima di compiti politico-criminali esercitabili *in malam partem* non costituirebbe, malgrado i limiti della legislazione penale, un buon investimento. Ferma, ovviamente, ogni opportunità di stimolo nei confronti del legislatore, come, altresì, la possibilità di attivare il giudice delle leggi rispetto a eventuali profili di irragionevolezza delle norme penali in vigore.

5. Percorsi di una nomofilachia «valvola»

Si ha sovente l'impressione, d'altra parte, che le stesse pronunce delle Sezioni Unite, nel risolvere disomogeneità interpretative, si preoccupino di lasciare aperto, comunque, uno spazio significativo per valutazioni giudiziarie discrezionali. O meglio: risulta fissato un principio, ma poi si delineano criteri per la sua derogabilità, quasi a voler salvaguardare un intangibile ambito di apprezzamento del caso concreto, anche *in malam partem*, ad opera del giudice. Valgano alcuni esempi significativi.

Nella sentenza *Maldera* (24 ottobre 2013, dep. 14 marzo 2014, n. 12228) dopo aver a lungo motivato circa il fondamento della costrizione, da reperirsi nella minaccia, si afferma: «nei casi c.d. ambigui, quelli cioè che possono collocarsi al confine tra la concussione e l'induzione indebita [...], i criteri di valutazione del danno antiggiuridico e del vantaggio indebito, che rispettivamente contraddistinguono i detti illeciti, devono essere utilizzati nella loro operatività dinamica all'interno della vicenda concreta, individuando, all'esito di una approfondita ed equilibrata valutazione complessiva del fatto, i dati più qualificanti». Resta dunque una *zona grigia*, i cui criteri di gestione appaiono alquanto indefiniti.

Nella sentenza *Giulini* (18 dicembre 2008, dep. 21 gennaio 2009, n. 2437), dopo essersi chiarito che il medico, ove agisca senza un efficace consenso del paziente ma in modo conforme alla *lex artis*, non produce per ciò solo un'offesa all'incolumità personale, rilevante nel caso stesso in cui abbia reso migliore la funzionalità dell'organismo, si aggiunge: «ove, invece, l'esito dell'intervento non sia stato fausto [...], la condotta del sanitario, avendo cagionato una "malattia", realizzerà un fatto conforme al tipo: e rispetto ad essa potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata "copertura costituzionale"»: salva l'assenza del dolo o la configurabilità di una colpa impropria. Con ciò trascurandosi, tuttavia, che l'evento rilevante per la configurabilità del reato colposo dev'essere stato prodotto dalla violazione di una regola finalizzata a evitarlo, quale non è, proprio in base all'argomentazione della Corte, la trasgressione concernente il consenso (in quanto offensiva, piuttosto, della libertà morale⁷). Così che, di fatto, si apre una porta per il giudice – sebbene insostenibile sul piano dogmatico – onde pur sempre punire nei casi (di maggior impatto sociale) in cui si sia prodotto, sfortunatamente, un evento avverso per la salute nonostante la tenuta della condotta per sé maggiormente idonea, *ex ante*, alla salvaguardia della medesima.

⁷ Peraltro mancando nel contesto in esame, come osserva la Corte, i requisiti richiesti dall'art. 610 c.p.

Nella sentenza *ThyssenKrupp* (24 aprile 2014, dep. 18 settembre 2014, n. 38343), dopo aver identificato come propria del dolo eventuale la medesima condizione psicologica del dolo diretto quale viene colta attraverso la formula di Frank, e dopo aver confutato con ampia argomentazione le ricostruzioni normativizzanti del dolo eventuale, si scrive: «Guardando le cose con il consueto, sensato realismo della giurisprudenza, occorre ritenere che la formula in questione (Frank) costituisca un indicatore importante ed anzi sostanzialmente risolutivo quando si abbia modo di esperire in modo affidabile e concludente il relativo controfattuale. L'accertamento del dolo eventuale, tuttavia, non può essere affidato solo a tale strumento euristico; ma deve avvalersi di tutti i possibili, alternativi strumenti d'indagine». In tal modo, peraltro, sovrapponendosi il ruolo di una definizione (la formula di Frank, come lo è, ad esempio, la formula della *condicio sine qua non* in materia causale) e il ruolo dei criteri – i c.d. *indicatori* – da utilizzarsi per verificare se sussistano i requisiti richiesti da tale definizione e, in particolare, per verificare se esista almeno un fattore non compatibile con la medesima (come accade attraverso le leggi scientifiche in materia causale)⁸. Così che il giudice potrebbe trarne motivo per una gestione piuttosto libera di quegli indicatori, col rischio di arretramenti nel solco delle stesse ricostruzioni normativizzanti del dolo eventuale che la Cassazione indica di voler scongiurare.

Esemplificazioni, queste, le quali destano qualche dubbio circa il fatto che la prevedibilità degli esiti processuali, a parte ogni altro rilievo, possa comunque trovare un fondamento adeguato nelle pronunce provenienti dallo stesso giudice nomofilattico.

6. *Il ruolo delle categorie dogmatiche (nel quadro di una prevenzione generale «reintegratrice»)*

C'è un preteso primato di quella prevenzione che vorrebbe appropriarsi delle stesse categorie dogmatiche, in nome di un malinteso teleologismo, e che considera utili formule normative ad ampio spettro onde soddisfare istanze di reazione emotiva ai reati. È un modo d'intendere la prevenzione disposto a letture riduttive e strumentali del fatto criminoso, in quanto le attribuisce il compito di gestire *a posteriori* l'incidenza psico-sociale di quel fatto, piuttosto che di pianificare *ex ante* le modalità di un approccio concreto agli illeciti che saranno commessi, tale da consentire l'intervento sui fattori che li abbiano favoriti, il contrasto dei loro effetti negativi e l'impegno per il recupero al rispetto della legge da parte degli autori.

⁸ Si consenta, in proposito, il rinvio a L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., s.u., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, pp. 623 ss.

Emerge, dunque, l'importanza di salvaguardare l'autonomia della dogmatica penale, in quanto disciplina giuridica, rispetto alle pretese di una prevenzione simbolica e, in quanto tale, fittizia.

Chi scrive, nondimeno, è sempre rimasto restio a definire il diritto penale come una *scienza*, posto che, in radice, esso costituisce una modalità *contingente* dell'agire umano rispetto al problema della criminalità⁹: modalità rispetto alla quale il penalista deve mantenersi inquieto, evitando di affrancare la teoria del reato e della pena, attraverso i crismi di una loro pretesa scientificità, dal vaglio benefico della critica.

Ciò, peraltro, non inficia in alcun modo il ruolo insostituibile di garanzia che compete alla dogmatica in rapporto alle concezioni soddisfattorie e populistiche dell'intervento penale. La dogmatica sedimenta anzitutto, infatti, un'elaborazione dottrinale che travalica i confini degli stessi ordinamenti nazionali e viene aggiornata in modo costante dall'apporto indipendente degli studiosi, assumendo con ciò un'implicita funzione antitetica rispetto alle derive *esemplaristiche* della prevenzione (ed è sotto questo profilo che, in senso debole, può anche essere identificata come una *scienza*): rimanendo da chiedersi, piuttosto, se la dottrina sia stata sempre all'altezza di un tale compito.

In una prospettiva più sostanziale, poi, la dogmatica è chiamata a garantire che, nel momento in cui il diritto penale trae conseguenze da accadimenti storici e condizioni personali, non manipoli la realtà secondo categorie artificiali (ammantate di una gratuita rispondenza a esigenze politico-criminali) difforni da quelle che abbiano un'attendibilità scientifica e risultino valide anche al di fuori dei suoi confini: così che, in questa prospettiva, la dogmatica si manifesta come *utilizzatrice* di dati scientifici (in senso forte).

Ma vi sono le condizioni, oggi, per cui il sistema normativo penale, così come elaborato in sede dogmatica, risulti in grado di rendere certi i criteri della responsabilità personale?

Se si considerano non pochi nuclei di indeterminatezza che investono anche temi nevralgici di parte generale, c'è da dubitarne. Si pensi solo ai presupposti dell'omissione impropria o ai confini della partecipazione criminosa, oppure al condizionamento sempre più marcato circa le scelte penalistiche di carattere sostanziale operato sulla base di considerazioni eminentemente processuali, o alla materialità del tutto evanescente del delitto di *stalking* (nonostante l'avviso con-

⁹ Cfr. la discussione proposta, su questo tema, da M. DONINI, *Oggetto, metodo, compiti della scienza penale*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, in part. p. 181, nota 16 (con riguardo a L. EUSEBI, *Il diritto penale non è una scienza*, in I. MARCHETTI-A. MAZZUCATO, *La pena "in castigo": Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano 2006, pp. XXXIII ss.).

trario dei giudici costituzionali): sono, tuttavia, soltanto esempi, e l'elenco potrebbe alquanto dilatarsi.

A maggior ragione, dunque, appare fondamentale che la dottrina, al pari della giurisprudenza, sappia evitare letture *estensive* della legislazione penale, funzionali a presunti obiettivi di prevenzione intimidativa o neutralizzativa gestiti sul piano delle sensibilità individuali. Tenendo conto del fatto che l'unica modalità della prevenzione generale (e speciale) suffragata dalla Costituzione è quella di natura *reintegratrice*.

Simile orientamento, d'altra parte, costituisce l'unico argine di carattere sostanziale circa le istanze ricorrenti di quella prevenzione *prima facie* che sembra imporsi, come s'è detto all'inizio di queste note, in non poca parte del diritto penale contemporaneo. Istanze che non trovano contrappesi *estrinseci* rispetto alla strategia politico-criminale di cui è parte il sistema penale (tantomeno in quel paradigma retributivo che, predisponendo ritorsioni, *implica* dinamiche intimidative e di esclusione sociale del condannato), bensì soltanto in una precisa *opzione* dell'indirizzo preventivo: volta a riconsolidare il consenso sulla norma violata promuovendo la responsabilizzazione e il recupero a un corretto inserimento sociale dello stesso agente di reato, senza infingimenti sulle condizioni fattuali e personali della commissione di quest'ultimo (fermo l'intervento sui vantaggi illeciti che ne siano derivati).

7. *La fluidità irrisolta del rimprovero soggettivo.*

In particolare, sulla tensione non ulteriormente occultabile tra principio di colpevolezza e reato colposo

Se, peraltro, i problemi da ultimo richiamati riguardano specifiche fattispecie o forme di manifestazione del reato, non può non essere posto in evidenza il problema generale costituito dal tasso di permanente *fluidità* che caratterizza, in materia penale, l'elemento soggettivo: ambito il quale, pur quando il sussistere dei profili oggettivi di un dato illecito non sia in discussione, risulta assai facilmente malleabile secondo ciò che si ritenga rispondere a supposti bisogni di pena nei confronti dell'evento prodotto.

La questione di fondo rimane il troppo facile passaggio dalla colpa incosciente, a quella cosciente e, di qui, al dolo eventuale, secondo iter argomentativi i quali con un accertamento convincente di effettivi stati psicologici sembrano avere, spesso, ben poco a che fare: per quanto possa confidarsi in un effetto (quantomeno) calmierale conseguente alla citata sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp.

Ma le questioni aperte sono altresì molte altre, circa le quali valgono, ancora, solo degli esempi: i casi in cui si continua a rispondere per dolo sulla base di una

rimproverabilità solo colposa; il rischio minimo rilevante ai fini del reato colposo; il contenuto del giudizio di prevedibilità; la sterilizzazione del dibattito, nonostante Cass. n. 364/1988, sulle c.d. finzioni d'imputabilità; il rapporto tra descrizione di un fatto come reato omissivo improprio o commissivo colposo e la diversa pregnanza che si suole richiedere al giudizio controfattuale nelle due ipotesi; la carente considerazione, nell'assimilare il dolo eventuale a quello intenzionale (rimanendo fermi i problemi inerenti al principio di legalità), di come il primo condivida con la colpa la circostanza per cui la condotta non è stata prescelta al fine di cagionare l'evento; e così via.

Tra simili problemi ne vorremmo tuttavia rimarcare uno, da molti segnalato, ma la cui constatazione, finora, è rimasta priva di effetti: anche perché incide profondamente sul modo di concepire l'intervento penale, tuttora per molti versi concepito come risposta simbolica all'impatto del verificarsi storico di un evento lesivo.

Si tratta della ben nota circostanza per cui il verificarsi del reato colposo di evento (ma la cosa vale anche per il dolo eventuale) dipende da fattori che, a parità del disvalore di una medesima condotta, sfuggono al controllo del soggetto agente e, quindi, dal caso: per cui nel reato colposo risponde il soggetto *più sfortunato* tra una grande maggioranza di trasgressori che non hanno visto tradursi in un evento il rischio che pur avevano attivato: così che quel soggetto funge per molti versi, lo si deve riconoscere, da capro espiatorio per un intento catartico di ordine sociale rispetto all'offesa prodottasi¹⁰.

È ben chiaro che un comportamento pericoloso non assume maggiore disvalore in forza dell'essersi concretizzato nell'evento il rischio cui abbia dato luogo: sarebbe rimasto egualmente rimproverabile anche se non fosse accaduto nulla. Ed è altrettanto chiaro, allora, che la prevenzione vera si gioca sul piano di un controllo serio, che richiede modalità sanzionatorie innovative, delle condotte pericolose (semmai con la previsione, in rapporto all'eventuale verificarsi dell'evento, di consistenti impegni *lato sensu* riparativi): laddove, invece, una strategia la quale non incida sulla *praticabilità in concreto* di tali condotte, affidandosi

¹⁰ Si dirà che anche il rapporto tra reato consumato e tentativo compiuto dipende dal caso. Ma vi è una notevole differenza: mentre nella colpa (e nel dolo eventuale) il verificarsi dell'evento costituisce di norma l'eccezione, in quanto la condotta, ancorché produttiva del rischio, non è stata pianificata per cagionarlo, nel reato doloso costituisce, piuttosto, l'eccezione il fatto che la condotta non realizzi gli effetti perseguiti. Cfr. *amplius*, sull'intera problematica, L. 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*, II, Napoli 2011, in part. pp. 965 ss. Appare a margine significativa, sul tema, la diatriba insorta a inizio 2017, in Brasile, circa lo slogan, incentrato sulle parole «anche le persone buone possono uccidere», utilizzato in una campagna ministeriale contro l'utilizzo dei telefoni cellulari durante la guida (http://video.repubblica.it/mondo/brasil-campagna-choch-contro-l-uso-dei-cellulari-alla-guida-anche-le-persone-buone-possono-uccidere/264426/264794?vide_o=&ref=HRESS-58&refresh_ce-5-1-2017).

allo spauracchio di una pena eclatante (e ingiusta sul piano distributivo) riferita al caso, *ex ante* improbabile, che l'evento si realizzi e i responsabili siano individuati, risulta votata, comunque, all'insuccesso.

Non si tratta di *onorare* le vittime a posteriori (in realtà, le si strumentalizza) con pene altisonanti dopo che eventi tragici si siano generati: si tratta, piuttosto, di domandarsi perché in questo nostro paese sia così facile violare le regole senza adeguati controlli (e, in dati settori, senza conseguenze economicamente significative), fin quando taluno perda la vita. Né la giustificazione di una simile prassi potrebbe essere reperita nel fatto che solo il verificarsi dell'evento sarebbe in grado di fungere da indicatore della violazione di una regola: posto che, se così fosse, si manifesterebbe a priori la non volontà di attivare alcuna forma seria di prevenzione.

Ora, un simile stato delle cose, sebbene ingiusto, rimaneva tollerabile, nella prassi, finché vigeva di fatto la regola per cui la responsabilità colposa (o, nell'ambito economico, per dolo eventuale) non avrebbe condotto all'effettività di una detenzione. Ma oggi, come ben si sa, questa regola, in molteplici contesti, non esiste più. Così che si pone una questione non solo politico-criminale, ma anche squisitamente tecnico-dogmatica: *può forse dirsi compatibile col principio di colpevolezza il fatto che, a parità di condotta antidoverosa, l'assenza di conseguenze (se non quelle previste per la trasgressione di un obbligo) oppure la condanna a molti anni di effettiva detenzione dipenda dal caso?* Non si tratta, forse, di un'altra versione della responsabilità oggettiva o, se si vuole, di una responsabilità oggettiva mascherata? E come, del resto, potrebbe assumere portata motivazionale sul piano rieducativo una pena che, fermo il rimprovero per la trasgressione, sia avvertita quale mera conseguenza del fatto?

È lecito sperare che la dottrina e la legislazione non eludano simili problemi di fondo, in base alla formula rinunciataria del *s'è sempre fatto così?* E che qualche giudice coraggioso, prima o poi, voglia sollevare la questione, in rapporto all'art. 27, commi primo e terzo, della carta costituzionale?

Ancora una volta viene in gioco l'alternativa tra un diritto penale che progetti una prevenzione attendibile e un diritto penale che continui, in radice, a operare in modo irrazionalmente retributivo.

8. *Quale strategia sanzionatoria ragionevole? La sfida della risposta al reato come «progetto» (e l'insidia di una formuletta pigra europea: la richiesta di pene «efficaci, dissuasive, proporzionali»)*

Il diritto penale è così definito perché s'è sempre contraddistinto in via immediata, diversamente dagli altri apparati sanzionatori, per la modalità tipica del suo

intervento: di fatto intesa pur sempre, nel momento della condanna (*damnatio*), come un *danno* applicato in termini di corrispettività.

È forse ragionevole, tuttavia, che il diritto penale – ancorché in termini di *extrema ratio* rispetto alla prevenzione primaria e agli altri strumenti della politica criminale – ritenga di poter produrre effetti preventivi semplicemente applicando entità aritmetiche di detenzione (o, in via secondaria, pecuniarie) ritenute conformi, quasi ne costituiscano il prezzo, al fatto colpevole? Tanto che ci si è affaticati per secoli in estenuanti quanto inutili dispute sulle *funzioni* cui tale dinamica del punire sarebbe in grado di assolvere, senza mai porla, tuttavia, in discussione¹¹. E così che le eventuali modulazioni, soprattutto in sede esecutiva, della pena comminata o inflitta rischiano di essere percepite, come già si osservava, quali deroghe all'esercizio della giustizia e al perseguimento ottimale della prevenzione.

Non dovrebbe accadere, piuttosto, che le modalità della risposta ai reati costituiscano *esito* del modello di prevenzione che s'intenda perseguire e, dunque, di quella prevenzione generale *reintegratrice* in cui si sostanzia l'unico modello d'intervento sui crimini ormai commessi ritenuto accettabile dalla Costituzione?

Se è così, si tratta di superare lo schema dell'inflizione di una pena ritorsiva, cioè intesa – secondo la nota espressione di Massimo Donini – *come raddoppio del male*¹² (suscettibile di perseguire esclusivamente, in sede di condanna, finalità intimidative e neutralizzative, della cui inadeguatezza s'è già detto): per accedere al paradigma di una risposta al reato intesa come progetto, avente contenuti *alternativi*, e non *riproduttivi*, rispetto alla negatività del reato. A un modello, dunque, che già attraverso il contenuto della pena inflitta (o degli strumenti intesi a definire anticipatamente il processo) cerchi di perseguire gli obiettivi di troncamento dei legami con l'ambiente criminale, di responsabilizzazione dell'agente di reato e di riparazione che sono propri di una prevenzione *reintegratrice*: fermi, ovviamente, limiti garantistici dell'intervento sanzionatorio fissati dal legislatore in rapporto alle caratteristiche di un certo reato e alla colpevolezza soggettiva.

Non trascurando il fatto che la descrizione normativa di molti reati (per esempio, dello stesso omicidio) risulta semplificatoria rispetto a contesti criminologici diversissimi in cui gli stessi possono manifestarsi: il che dovrebbe avere precisi riflessi sulle caratteristiche del progetto sanzionatorio. Per cui andrebbe superato, altresì, lo stesso approccio tradizionale di tipo dosimetrico (quantitativo) alla colpevolezza soggettiva, onde prendere atto della circostanza per cui, in molti casi, vi sono semplicemente colpevolezze *diverse*, che necessitano di una gestione sanzionatoria *diversa*.

¹¹ A parte le impostazioni, complessivamente non recepibili, della Scuola positiva.

¹² Cfr. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, in part. p. 1207.

Come, d'altra parte, si deve considerare che il diritto penale ha concentrato tradizionalmente il suo interesse sulla stigmatizzazione del colpevole, laddove sarebbe opportuno, invece, che esso agisca soprattutto nello smantellare il contesto fattuale-organizzativo in cui il reato è stato commesso e che potrebbe favorire il compimento di nuovi crimini: attribuendo un rilievo effettivo, nel contempo, alla condizione personale dell'autore, così da poter operare per il suo recupero. In modo che pure con riguardo a chi sia coinvolto nelle forme più pericolose della criminalità organizzata resti aperta la possibilità di una responsabilizzazione soggettiva, suscettibile di effetti destabilizzanti del vincolo associativo anche rispetto ad altri membri.

In tale quadro, la ragionevolezza delle pene appare legata al riappropriarsi, da parte delle medesime, di contenuti conformi agli obiettivi che la Costituzione assegna loro (con un uso del termine al plurale che *impone* costituzionalmente di abbandonare l'impianto *carcerocentrico* dei provvedimenti penali). Un orientamento, questo, nel quale si sostanzia, a ben vedere, il fulcro stesso della giustizia *riparativa*, in quanto rivolta a favorire scelte personali dell'autore di reato che lo coinvolgano in una riaffermazione non solo teorica delle regole trasgredite, specie in rapporto alle eventuali vittime, col fine di *tornare a rendere giuste*, per il futuro, modalità relazionali che non lo sono state; ma altresì in quanto rivolta a consentire che la condizione soggettiva del suddetto autore emerga nella sua complessità, affinché il progetto sanzionatorio possa restituirgli *chance* di cui la vita lo abbia privato (delineandosi, su questa via, un inedito riflettersi nel percorso sanzionatorio degli stessi profili di corresponsabilità sociale alla genesi di molti reati).

È in gioco, dunque, il passaggio da un formalismo sanzionatorio ritorsivo, che si ritiene produca in modo automatico effetti di intimidazione e neutralizzazione (salvo il problematico recupero post-condanna di intendimenti rieducativi da innestarsi in una pena nata secondo un'ottica diversa), alla costruzione di percorsi sanzionatori che cerchino di far propria, attraverso i loro stessi contenuti, la strategia politico-criminale di una prevenzione *reintegratrice*: secondo una rivisitazione virtuosa della discrezionalità giudiziaria nella costruzione di tali percorsi, entro i binari e i limiti garantistici fissati dal legislatore.

Sebbene aleggi il rischio che le sirene del diritto penale semplificatorio e populistico continuino a risuonare anche sul piano sovranazionale: nonostante qualche concessione d'interesse per la giustizia riparativa, il *mantra* della richiesta nei testi normativi europei di pene *efficaci, dissuasive e proporzionate* lascia, infatti, non poche preoccupazioni circa il perpetuarsi, sottratto anche alla ponderazione degli organi legislativi nazionali, di un ricorso alle modalità classiche dell'intervento penale.

Col rischio aggiuntivo che, dal giusto riconoscimento per fini garantistici del carattere sostanzialmente penale di sanzioni pur definite amministrative le quali

incidano in forma marcata sui diritti individuali (è il tema, come ben si sa, della sentenza CEDU sul caso *Grande Stevens*), si tragga l'indebita conclusione secondo cui l'intera gamma delle sanzioni riferite a illeciti concernenti la tutela di beni significativi debba tornare a essere gestita dal sistema penale.

9. *Il problema è «capire» i fenomeni (per non crearne un'immagine strumentale): l'attualità penalistica di un monito formulato nel 1945 da Aldo Moro*

Vale anche per i penalisti il monito che un collega, Aldo Moro, proponeva ancor molto giovane, subito dopo la fine del secondo conflitto mondiale:

«Noi uomini di cultura non possiamo disperare, perché possiamo capire. Sembrerà ben piccolo conforto questo, inefficace promessa di cose migliori, ed è invece una stupenda risorsa che non dobbiamo disperdere. Capire non è tutto, ma è tanto. Significa esso non farsi ingannare dalle apparenze, non attribuire ad una fatalità misteriosa quello che è colpa invece degli uomini, ritrovare la prova certa della libertà e responsabilità dello spirito, individuare di più, con precisione, gli aspetti lacunosi ed ingiusti della nostra esperienza sociale, le deficienze, straordinariamente determinanti, dell'educazione e del costume. Una rinascita comincia da qui, da questa comprensione attenta e spregiudicata, da questo doloroso sapere che è pur pieno di consolazione. Perché capire, vuol dire certo scoprire determinanti così remote, profonde e insidiose da far quasi disperare dinanzi all'immane lavoro da compiere»¹³.

Non abbiamo bisogno di un *populismo* che asseconi gli interessi a *non capire* certe dinamiche complesse dell'ingiustizia nel mondo contemporaneo, per non intervenire su di esse, offrendo risposte semplificatorie all'opinione pubblica. Ciò assume rilievo in merito ai grandi temi dei rapporti internazionali ed economici, come pure ai rapporti intersoggettivi e al diritto penale: che dei criteri con cui si ritiene di affrontare le realtà difficili, nelle quali il negativo si accompagna all'esperienza umana, rappresenta, in qualche modo, il prototipo. Il compito del penalista di non assecondare immagini fittizie della prevenzione non attiene solo al suo ambito disciplinare, ma assume un rilievo culturale di carattere complessivo.

¹³ Cfr. A. MORO, in "Studium", XLI, 1945, n. 10, p. 290.

ALBERTO GARGANI

CRISI DEL DIRITTO SOSTANZIALE
E *VIS EXPANSIVA* DEL PROCESSO

SOMMARIO: 1. Tra metafisici del diritto e cultori della realtà. – 2. Impostazione dell'indagine. – 3. Il potere *normativo* del processo. – 3.1. Precursori delle riforme legislative: le "interpretazioni evolutive" di fonte processuale. – 3.2. Il tentativo di correzione del diritto vivente e di ristabilimento della legalità: le riforme legislative. – 3.3. La punizione del fatto *non ancora* previsto dalla legge come reato. – 4. Il potere *punitivo* del procedimento. – 4.1. "Punire processando". – 5. Il primato delle istanze investigativo-probatorie: il carcere quale misura coattiva finalizzata alla collaborazione. – 5.1. Il potere *performativo* del processo: l'esecuzione penitenziaria piegata alle istanze della "lotta giudiziaria" contro la criminalità organizzata. – 6. Tra diritto e processo: il nesso di reciproca strumentalità sul piano delle garanzie. – 6.1. Processualizzazione degli strumenti di garanzia? . – 6.2. Dalla fattispecie incriminatrice alla fattispecie *giudiziaria*: i riflessi sul profilo della determinatezza. – 6.3. I rischi insiti nella declinazione processuale di garanzie di matrice sostanziale e i vantaggi sottesi all'operatività sinergica dei due ordini di cautele.

*Il passato non muore mai.
Anzi, non è nemmeno passato.*
W. FAULKNER

1. *Tra metafisici del diritto e cultori della realtà*

Secondo una ricorrente rappresentazione, si dovrebbe prendere atto della frattura, da tempo in atto, tra giuristi metafisici, dediti allo studio accademico del diritto, e giuristi pratici, attenti e sensibili alle dinamiche applicative. Mentre i primi, alla stregua di anatomopatologi, si limiterebbero a sezionare il reato, a prescindere dagli effetti performanti della prassi, i secondi coglierebbero la "realtà" e la "fattualità" del diritto penale, quali si manifestano nelle forme e secondo le finalità del processo.

A contatto con le pragmatiche istanze dell'accertamento processuale, principi e nozioni che nella prospettiva – statica – dello studio teorico e manualistico del diritto sostanziale assumono rilievo cruciale (determinatezza, sussunzione del fatto, ecc.), rivelerebbero i segni inequivocabili della loro ineffettività.

Da qui all'esaltazione del processo, quale *realtà* e, dunque, *verità*, del diritto, il passo è breve.

La crescente *vis expansiva* del processo è alla base del mutamento ideologico e culturale che si registra nei confronti della “creatività” giurisprudenziale e che si manifesta nell’acritico recepimento del diritto vivente. Il progressivo trasferimento di funzioni dalla sfera sostanziale a quella processuale viene accettato e giustificato in nome della ragion pratica. Strumentalizzando le innegabili interazioni funzionali tra diritto sostanziale e dinamiche processuali, gli obbiettivi general-preventivi vengono perseguiti attraverso il processo, quale tecnica di controllo sociale, suscettibile, altresì, di attirare il consenso collettivo, attraverso mirate rappresentazioni mediatiche.

Nel contesto di quella che può essere definita una vera e propria “politica criminale giudiziaria”, il rischio è rappresentato da arbitrari slittamenti, improprie ibridazioni, in grado di alterare profondamente il volto “costituzionale” del sistema punitivo e la fisionomia degli istituti ad esso sottesi. Il dato fenomenologico, l’urgenza di assicurare una risposta punitiva, prendono, infatti, il sopravvento sulla visione sistematica e assiologica, con il conseguente ridimensionamento o riposizionamento riduttivo delle garanzie.

Omologazioni distorsive, assimilazioni deformanti, riflettono la crescente insoddisfazione all’idea del *limite*, la mancata percezione delle *differenze*. Nell’ambito della “giustizia di scopo”, non vi è tempo per delimitazioni funzionali tra diritto e processo: si mira all’obbiettivo, a prescindere dallo strumento impiegato e dalle conseguenze (“*basta che funzioni*”).

Ne è riprova la difficoltà del legislatore di individuare una soluzione equilibrata e ragionevole in materia di *prescrizione*: nell’ambito di quello che può definirsi il piano paradigmatico dell’osmosi tra diritto e processo, non si riesce a venire capo delle disfunzioni e delle contraddizioni insite nel fenomeno di reciproca interferenza che caratterizza l’attuale disciplina dell’istituto¹.

2. Impostazione dell’indagine

La ricognizione della fungibilità di prestazioni e delle convergenze funzionali tra diritto e processo deve, dunque, essere preceduta da alcune precisazioni di carattere metodologico, volte a sottolineare che se l’esperienza penale è indub-

¹ *Ex multis*, v. F. GIUNTA, *Oltre l’avversione imprescrittibile per la prescrizione penale?*, in *Giust. pen.*, 2015, 186 ss.; T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, in AA.VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di L. FOFFANI e R. ORLANDI, Bologna, 2016, 93 ss.; D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 507 ss.; sulla gestione sostanziale del tempo processuale, v. F. GIUNTA, *Dal governo della legge al Governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche tra diritto e processo*, in AA.VV., *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di R. DANNOVI, Torino, 2015, 151 s.

biamente unitaria e circolare, non si può, però, non tenere conto delle profonde differenze che intercorrono tra i due piani.

A Tullio Padovani va ascritto il merito di aver richiamato l'attenzione sul nesso di strumentalità reciproca e complessa tra diritto e processo, quali poli di un unico sistema, e di aver posto in evidenza l'esigenza di dilatazione dell'oggetto d'indagine oltre il sistema giuridico positivo del diritto penale verso il sistema penale nella sua totalità, nelle sue due parti inscindibili². Senza processo, il diritto penale è, infatti, condannato alla staticità e all'insignificanza: solo passando alla sua valutazione in movimento, nell'arena processuale, è, dunque, possibile coglierne l'espressione concreta e reale³.

Sulla visione congiunta e integrata di diritto e processo poggia l'elaborazione di Giuliano Vassalli in ordine ai principi generali del diritto: com'è noto, egli individua "due principi ispiratori, informatori, dell'intera materia penale, sebbene non espressi ma evincibili dall'insieme di norme che lo compongono", rappresentati, da un lato, dalla difesa sociale (tutela di beni essenziali per la convivenza civile, mediante minaccia o irrogazione di pene) e, dall'altro, dal rispetto del singolo quale persona umana (garanzie sostanziali e processuali, di carattere personalistico)⁴. Tali canoni direttivi, tendenzialmente in contrasto, "ma perennemente in cerca di reciproca composizione", sono – secondo Vassalli – connessi a scelte politico-criminale, in relazioni alle quali "possono avvenire nella legislazione, nella giurisprudenza e nella pratica, determinate forzature, in un senso come nell'altro"⁵.

L'adozione di una chiave di lettura unitaria⁶, di una visione d'insieme dei problemi, presuppone, peraltro, una chiara visione delle differenze tra le componenti del sistema⁷. Nel valutare identità fenomeniche e convergenze funzionali, non si dovrebbe perdere di vista il rigido e coerente riparto di competenze presupposto dalla Carta fondamentale: se le scelte di tutela e le finalità della pena dovrebbero essere prerogativa del diritto sostanziale, al processo compete, invece, l'accertamento

² V. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 430 ss.; ID., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 528 ss.; da ultimo, v. *Il diritto sostanziale e il processo*, op. cit., 81 ss.

³ Cfr. F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, 167.

⁴ V. G. VASSALLI, *Principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 705 ss.

⁵ G. VASSALLI, *Principi generali*, op. cit., 708.

⁶ Sull'inscindibilità delle due componenti, v. M. NOBILI, *Il processo e il diritto*, in AA.VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, op. cit., 55 ss.

⁷ Cfr. S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, 35 ss.; dello stesso Autore, in tema di "processualizzazione" della tipicità, v. *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in AA.VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di L. FOFFANI e R. ORLANDI, Bologna, 2016, 145 ss.

di singole responsabilità individuali⁸. Prima ancora che una regola di giudizio – osserva Domenico Pulitanò – la norma penale è una regola di condotta: nel considerare i condizionamenti, l'unità di contesto dei problemi, il comune vincolo della legalità, non si dovrebbe perdere di vista l'esigenza di differenziazione⁹.

Traendo spunto dalle indicazioni metodologiche di Carlo Enrico Paliero, secondo cui i termini dell'interazione funzionale mutano in dipendenza delle fasi processuali e del tipo di processo¹⁰, in questa sede l'attenzione sarà rivolta a tre peculiari forme d'interferenza, emblematiche della relazione dialettica tra diritto e processo.

Si prenderanno le mosse dalla considerazione del potere *normativo* del processo, avuto riguardo ai criteri di selezione del penalmente rilevante applicati in fase cautelare e nel dibattimento; in secondo luogo, l'attenzione sarà rivolta al potere *punitivo* del processo, con riferimento all'anticipazione dell'esecuzione della pena alla fase delle indagini preliminari; infine, si darà conto delle anomale funzionalità preventive e processuali che l'esecuzione penitenziaria è venuta progressivamente assumendo, in funzione di contrasto di determinati fenomeni criminosi.

Nell'insieme, le situazioni evidenziate rispecchiano la tendenza del sistema punitivo a dislocare il perseguimento di finalità general-preventive lungo l'arco che dalle indagini preliminari giunge sino all'esecuzione della pena, a conferma dell'acuto stato di crisi in cui versa il diritto sostanziale.

3. *Il potere normativo del processo*

Molteplici e cangianti sono le forme di manifestazione del potere normativo del processo. È noto come quest'ultimo tenda a plasmare le categorie e i coefficienti sostanziali secondo esigenze e priorità di carattere probatorio. Se il dibattimento assurge a *locus* deputato al superamento di incertezze e "asperità" in punto di causalità (processo come fonte di *verità* della legge scientifica), in tema di scriminanti e d'imputabilità si tende, invece, a semplificare l'accertamento attraverso la previsione di oneri di allegazione a carico dell'imputato; sul versante della colpevolezza, la valorizzazione prasseologica dei c.d. indicatori del dolo irrigidisce la prova del coefficiente psichico, attraverso l'imposizione di valutazioni vincolate¹¹.

⁸ V. F. GIUNTA, *Dal governo della legge al Governo degli uomini?*, op. cit., 149 ss.

⁹ V. D. PULITANÒ, *Introduzione alla sessione pomeridiana del 23.11.2012*, in AA.VV., *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, cit., 145.

¹⁰ C.E. PALIERO, *Quale diritto per quale processo?*, in AA.VV., *Diritto e processo penale*, cit., 191 ss., in ordine alla dialettica tra formante legislativo e formante giudiziario nelle varie fasi del processo.

¹¹ G.A. DE FRANCESCO, *Introduzione*, in AA.VV., *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, *Atti del convegno di Pisa* (26.2.2016), a cura di G. De Francesco-E. Marzaduri, Torino, 2016, 6.

Non vi è dubbio, peraltro, che il piano che si presta a subire gli effetti più penetranti della prevaricazione della prova¹² sia quello della *tipicità in concreto* (accertamento della corrispondenza dell'accadimento storico alla fattispecie astratta): è qui che la dimensione sostanziale e la dimensione probatoria convergono, secondo rifrazioni e interferenze di multiforme peso e significato, che si riverberano, infine, sul contenuto normativo.

La crisi della fattispecie si traduce nella progressiva perdita d'identità e specificità del diritto sostanziale, sempre più spesso ridotto a modello di tutela "a maglie larghe", affine a quello civilistico, favorendo esiti repressivi "totalizzanti", incentrati sul generico "*neminem laedere*". Distacco dal canone "regolativo" di frammentarietà e relativizzazione dell'idea di tipicità fanno sì che la selezione del penalmente rilevante sia effettuata in funzione del processo, in vista di obiettivi che trascendono il piano dell'accertamento di responsabilità degli imputati e risentono dell'impatto e dell'attesa *sociale* della decisione.

In questo contesto, la ridefinizione dei confini della fattispecie in base alla praticabilità processuale o alla disponibilità probatoria rappresenta quasi una costante dell'esperienza applicativa: l'amputazione di elementi della fattispecie, l'introduzione di presunzioni, le inversioni dell'onere probatorio, la ricorrente confusione tra oggetto e mezzo della prova, rappresentano le modalità di manifestazione di quella tendenza alla *processualizzazione* delle fattispecie sostanziali dominante nella prassi¹³.

3.1. *Precursori delle riforme legislative: le "interpretazioni evolutive" di fonte processuale*

Tra i fattori che favoriscono lo spostamento del baricentro punitivo verso l'arena processuale, assume particolare importanza il ritardo o l'incapacità del legislatore di fronteggiare determinate emergenze empirico-criminologiche, in grado di generare un diffuso allarme sociale. In questa prospettiva, l'attenzione sarà rivolta, in particolare, al profilo del c.d. "fatto *non ancora* previsto dalla legge come reato", emblematico della contrapposizione tra potere giudiziario e potere legislativo.

La mancanza o inadeguatezza delle norme incriminatrici induce a dislocare in ambito processuale la ricerca di correttivi e di integrazioni: il processo *produce* fattispecie penali, anticipando l'intervento legislativo. Negli ultimi tempi, il formante giurisprudenziale tende ad introdurre *nuovi* contenuti normativi, il più

¹² Sulle evoluzioni genetiche indotte dalle esigenze probatorie, v. C.E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1018 s.

¹³ Sui processi di modificazione della fattispecie incriminatrice e, in particolare, sull'eliminazione di componenti tipiche che pongano difficoltà probatorie, v. S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, op. cit., 103 s.

delle volte destinati ad essere, in seguito, recepiti e positivizzati dal legislatore in sede di riforma, a conferma dell'effettività delle istanze di tutela e della necessità di estendere i confini della punibilità.

L'ampliamento prasseologico della tipicità riguarda settori particolarmente "sensibili" dell'ordinamento penale e investe, soprattutto, le fattispecie che meglio si prestano strutturalmente ad assecondare nuove e fondate esigenze punitive, derivanti da "gravi" lacune di tutela. Il fenomeno della riforma "a due tempi" (anticipazione giurisprudenziale e ratifica legislativa) ha riguardato, di recente, due settori nevralgici: quello dei delitti contro la pubblica amministrazione e quello della tutela penale dell'ambiente.

Dal primo punto di vista, assume, anzitutto, rilievo il profilo della corruzione *in incertis actis*. È noto il fatto che molto prima della "ristrutturazione" legislativa dell'art. 318 c.p. ad opera della l.190/2012, nella giurisprudenza di legittimità si tendesse – per esigenze di semplificazione probatoria – a prescindere dalla necessità dell'individuazione di uno specifico atto oggetto dell'accordo illecito, ai fini dell'applicazione degli artt. 318 e (soprattutto) 319 c.p.¹⁴.

Nella misura in cui prescinde dal riferimento a un atto dell'ufficio, collegandosi all'esercizio delle funzioni o dei poteri, la riformata fattispecie di cui all'art. 318 c.p. si fa carico delle medesime esigenze punitive che avevano indotto la giurisprudenza ad "allargare" la sfera di operatività della fattispecie di corruzione propria.

Un secondo esempio è rappresentato dall'evoluzione in tema di millantato credito (art. 346 c.p.). Ancor prima che, con la legge da ultimo citata, il legislatore prevedesse la nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 346-bis c.p. (*Traffico di influenze illecite*), la giurisprudenza aveva più volte affermato la necessità (condivisa, peraltro, da autorevole dottrina) di superare il tradizionale collegamento dell'art. 346 c.p. allo schema della repressione della c.d. "vendita di fumo" (millantato credito come ipotesi speciale di truffa) e di estendere la predetta fattispecie anche alle ipotesi di traffico di indebite influenze¹⁵.

Tale interpretazione "estensiva" aveva consentito di far rientrare nella sfera di operatività dell'art. 346 c.p. anche i casi in cui la relazione con il pubblico agente fosse realmente esistente (e non solo *millantata* o "magnificata"). La postulata indifferenza della distinzione tra capacità d'influenza *reale* o *supposta*, tra credito *esistente* o *inesistente*, si rivelava (anche in questo caso) idoneo ad alleviare il carico probatorio (avuto riguardo al problematico elemento dell'inganno) e al "riposizionamento" dell'asse del disvalore (tradizionalmente ancorato al prestigio

¹⁴ *Ex multis*, v. Cass., Sez. IV, 4.5.2006, n. 33435, Battistella; Cass., sez. fer., 25.8.2009, n. 34834, Ferro; sull'imprescindibilità del riferimento normativo alla nozione di "atto di ufficio", v. V. MANES, *L'atto di ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 924 ss.

¹⁵ V., ad es., Cass. VI 18.5.1989, n. 11317; Cass. VI 4.2.1991, n. 5071, Manuguerra.

della pubblica amministrazione) intorno all'offesa all'imparzialità dello svolgimento delle pubbliche funzioni.

Passando ai delitti ambientali, un ulteriore esempio di "anticipazione" giurisprudenziale dei contenuti normativi di successive riforme legislative è rappresentato dalla riscoperta applicativa di alcune fattispecie di pericolo comune mediante violenza (artt. 434 e 439 c.p.), in chiave di repressione di c.d. disastri ambientali e sanitari¹⁶. Con la previsione – in seno al nuovo Titolo *Vi-bis* del Libro II codice penale – dei delitti contro l'ambiente (l. 68/2015), il legislatore ha inteso "rivversare" nella formulazione dell'art. 452-*quater* c.p. le alterne e precarie soluzioni punitive sperimentate nel corso di tale, tormentata, esperienza applicativa.

3.2. *Il tentativo di correzione del diritto vivente e di ristabilimento della legalità: le riforme legislative*

In tutti e tre i casi di recepimento legislativo di fattispecie di matrice giudiziaria ci si attendeva l'eliminazione o, almeno, la drastica riduzione dell'evidente "iato" che intercorreva tra diritto vivente e disciplina legislativa.

Sul versante della *corruzione*, la riformulazione dell'art. 318 c.p. e il conseguente rapporto inverso di frammentarietà rispetto alla disposizione successiva, avrebbero dovuto – "per contrasto" – garantire un'interpretazione restrittiva del concetto di "atto". Come osservato da Tullio Padovani, la riforma dovrebbe considerarsi "un punto di non ritorno", tale da inibire e prevenire la tendenza ad intendere la nozione di "atto" in senso non formale, prescindendo dalla necessità di individuare uno specifico provvedimento oggetto di compravendita¹⁷. Il riferimento all'atto – tuttora presente all'art. 319 c.p. – avrebbe dovuto tornare ad assumere un significato definito e puntuale, ben diverso da quello ad esso sinora attribuito dal diritto vivente.

Quanto al *millantato credito*, l'introduzione della nuova figura delittuosa di traffico d'influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.) – incentrata sull'effettivo sfruttamento di relazioni "esistenti" e assorbente le ipotesi alle quali la giurisprudenza aveva assicurato "copertura penale" attraverso l'estensione dell'art. 346 c.p. – mirava a *restringere* l'interpretazione di quest'ultima previsione al proprio significato logico-letterale (*millantato credito*), secondo il rapporto di alternatività postulato dalla riforma.

Per effetto della riforma, l'art. 346 c.p. avrebbe dovuto tornare ad essere interpretato nel rispetto della cornice simulatoria intrinseca al *millantato credito*.

Quanto, infine, all'intervento di riforma in materia di delitti ambientali, la nuova fattispecie legislativa di disastro ambientale dovrebbe far sì che l'art. 434

¹⁶ V., ad es., Cass. I 23.2.2015, n. 7941, Schmidheiny.

¹⁷ T. PADOVANI, *La messa 'a libro paga' del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *G. dir.* 2012 (48), IX s.

c.p. torni ad essere interpretato e applicato in modo conforme ai requisiti previsti per tutti i delitti nominati di pericolo comune mediante violenza.

3.3. *La punizione del fatto non ancora previsto dalla legge come reato*

L'aspetto più singolare è dato dal tendenziale rigetto – da parte della giurisprudenza di legittimità – degli effetti innovativi prodotti dalle riforme in esame, in nome del diritto vivente¹⁸. Il ridimensionamento dell'intervento correttivo del legislatore e l'anomala rivendicazione del persistente primato della prassi applicativa, indotta ora da considerazioni di presunta irragionevolezza nella dosimetria sanzionatoria (corruzione per l'esercizio della funzione e traffico d'influenze illecite sono, in effetti, puniti in modo meno severo della corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio e del millantato credito), ora dall'oscurità dei rapporti intercorrenti tra norma preesistente e norma di nuova introduzione (come nel caso degli artt. 434 e 452-*quater* c.p.), hanno prodotto una situazione di grave incertezza.

Più che la neutralizzazione del *novum* legislativo e del “boicottaggio” delle riforme in sede applicativa (quasi che diritto vivente e legge penale possano cooperare alla funzione punitiva in ordine indifferenziato e in posizione di sostanziale parità), ad assumere rilievo in questa sede è un diverso e più specifico profilo del complessivo *vulnus* arrecato al principio di legalità.

Si fa riferimento, in particolare, a talune insidiose implicazioni della *successione* tra norma di produzione *giurisprudenziale* e norma di produzione *legislativa*.

Lungi dal poter essere ridotte a fisiologiche “interpretazioni estensive”, quelle adottate nella prassi applicative debbono considerarsi soluzioni *contra legem*, sulle quali sono state fondate e motivate plurime sentenze di condanna di imputati di fatti *non ancora* previsti dalla legge come reato. A ben vedere, infatti, l'esclusione – ad opera del legislatore – della riconducibilità della corruzione *in incertis actis* alla sfera di operatività art. 319 c.p., assume il significato di “sconfessione” formale delle illegittime manipolazioni del tipo criminoso finora praticate senza remore in giurisprudenza: in rapporto ai fatti commessi in epoca antecedente alla riforma, l'intervento correttivo dovrebbe essere letto come l'attestazione – “ora per allora” – dell'illegittimità delle relative sentenze di condanna.

Quale consistenza assume in concreto il divieto di retroattività di “nuove” incriminazioni se quest'ultime sono sistematicamente “anticipate” dal diritto vivente? In chiave retrospettiva, le soluzioni adottate nella prassi si rivelano, infatti, applicazioni retroattive di una fattispecie incriminatrice di fonte legislativa, non ancora vigente al momento del fatto. Corruzione per l'esercizio delle funzioni e traffico d'influenze illecite erano *già previsti* dalla giurisprudenza come reati, con

¹⁸ V., ad es., Cass. VI, 28.2.2014, n. 9883, Terenghi.

livelli edittali talora manifestamente superiori a quelli contemplati oggi dal legislatore in rapporto alle nuove figure criminose.

Una particolare considerazione meritano gli effetti che la “nuova incriminazione” di fonte legislativa produce retrospettivamente sulle condanne inflitte sulla base del diritto di derivazione giurisprudenziale. In primo luogo, si tratta di garantire il cittadino da interpretazioni di norme incriminatrici il cui carattere analogico e, quindi, illegittimo sia, per così dire, disvelato dall’inequivoco tenore di leggi penali successive. Nei casi in esame, il mutamento peggiorativo “a sorpresa” del trattamento penale si cela sotto la dichiarata “interpretazione estensiva” di una fattispecie incriminatrice già prevista nell’ordinamento, al momento del fatto.

Quali rimedi avverso gli iniqui effetti di nuove incriminazioni di fonte giurisprudenziale, *sconfessate* o *contraddette* (anche sotto il profilo meramente sanzionatorio) da successive e puntuali prese di posizione legislative, suscettibili di essere considerate “nuove incriminazioni”?

Sul piano interno, l’intangibilità del giudicato sembrerebbe confermare la pretesa totalizzante del diritto vivente, la sostanziale impossibilità di lacune di tutela. L’ipotetica estensione – da parte del legislatore o della Corte cost., tramite sentenza additiva – della revoca della sentenza di condanna (art. 673 c.p.p.) ai casi concernenti fatti non ancora previsti come reati, sconterebbe, peraltro, non pochi limiti e debolezze. Come osservato da Francesco Palazzo, “dal punto di vista interno, contro la “creazione giurisprudenziale” non vi sono allo stato rimedi adeguati, essendo essa il risultato dell’opera proprio dell’organo deputato a sindacare le violazioni di legge”¹⁹.

In chiave di garanzia, sembra rivelarsi più proficuo il riferimento agli strumenti di tutela messi a punto dalla giurisprudenza europea. In questa direzione, l’elaborazione della Corte EDU in ordine alla ragionevole prevedibilità delle scelte operate in sede giudiziaria potrebbe, in effetti, ovviare alle criticità sottese, in punto di irretroattività, alla delicata successione tra *fattispecie giudiziaria* e *fattispecie* di fonte legislativa.

4. *Il potere punitivo del procedimento*

Un secondo fattore di crisi del diritto sostanziale – l’incertezza e la “tardività” della risposta punitiva – è alla base di penetranti interferenze esercitate dal processo sul piano della penalità. Esigenze di natura processuale – legate, soprattutto, alla deflazione del carico giudiziario – determinano il sacrificio di funzioni

¹⁹ F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1965.

proprie della pena: è noto come l'operatività dei procedimenti speciali si riverberi in termini problematici sui criteri di commisurazione di una sanzione applicata in difetto di giudizio o sulla base di prove acquisite senza contraddittorio²⁰.

Emblematico della *vis expansiva* palesata dall'istituzione processuale sul piano sanzionatorio è, soprattutto, il fenomeno del c.d. "procedimento come pena". Con tale espressione si intende fare riferimento all'inversione di ruoli tra diritto sostanziale e diritto processuale: il primo diviene strumentale all'anticipazione dell'esecuzione della sanzione nella fase delle indagini preliminari, mutuando funzioni e finalità che dovrebbero rimanere estranee al piano procedimentale.

Come osservato da Massimo Nobili, si passa al punire *dopo* al punire *con* il procedimento, a scapito dell'art. 27, co. 2, Cost.²¹. Attraverso l'attuazione di forme di controllo sociale atipiche e anticipate (in grado di estendersi anche alle misure ablatorie: è il caso, ad es., del sequestro per equivalente, quale sanzione patrimoniale preventiva), il procedimento assume funzioni e finalità proprie del diritto sostanziale²²: l'usurpazione di prerogative e ruoli²³ si manifesta, com'è noto, nell'indebita utilizzazione della custodia cautelare quale pena anticipata²⁴.

A rendere possibile tale forma – patologica – di applicazione preventiva della pena contribuiscono alcuni profili di omogeneità che, indubbiamente, intercorrono tra l'istituto cautelare e quello punitivo: il presupposto dato dalla commissione di un reato per il quale sia comminata una pena detentiva di una certa gravità, lo scomputo della misura cautelare sofferta dalla durata della pena, la previsione della riparazione nel caso in cui la detenzione cautelare si riveli ingiustamente inflitta, il comune concetto di giudicato, in riferimento alla stabilità della decisione²⁵. Quel che più conta, dal punto di vista sostanziale, è che, in entrambi i casi, ci troviamo di fronte alla restrizione coercitiva di diritti fondamentali.

²⁰ Da ultimo, v. E. MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in AA.VV., *Diritto e processo*, cit., 175 ss.

²¹ M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: Processo – Teoria dello Stato – Epistemologia*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, 485.

²² Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale e processo*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 70 ss.

²³ Cfr. F. GIUNTA, *Dal governo della legge al governo dei giudici?*, op. cit., 153.

²⁴ Sulle prassi devianti nel regime processuale "*de libertate*", v. E. AMODIO, *Quale processo per quale diritto?*, in AA.VV., *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, cit., 213 ss.; E. MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, op. cit., 175 ss.

²⁵ Cfr. S. FIORE, *Maneggiare con cautela. Per un uso consapevole dei limiti normativi all'uso della custodia in carcere (ancora a proposito dell'art. 275 co. 2 bis c.p.p.)*, in www.penalecontemporaneo.it, 5, secondo il quale "le misure cautelari di tipo detentivo si manifestano (e sono percepite e 'sofferte') in forme materialmente identiche o largamente assimilabili a quelle che la pena detentiva assume in sede di esecuzione, tanto che il tempo della loro esecuzione viene scomputo dalla durata della pena da eseguire e se la detenzione cautelare si rivela *ex post* 'ingiusta', sorge il diritto per chi l'ha subita di ottenere la medesima *riparazione* prevista per la ingiusta esecuzione di una pena".

In un ordinamento che dovrebbe conformarsi al principio di cui all'art. 27, co. 2, Cost, il problema cruciale diviene quello di evitare o limitare al massimo i pericoli insiti nell'assimilazione prasseologica tra pena e carcerazione preventiva. La tendenza alla sovrapposizione funzionale dei due istituti – favorita, in tempi recenti, dallo stesso legislatore attraverso la previsione di presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere²⁶ – è, peraltro, assai risalente: come osservato da Giuliano Vassalli, si tratta di un "tema vecchio, i cui connotati difficilmente cambiano per effetto dei tempi e dell'evoluzione giuridica"²⁷.

Il fenomeno del ricorso alla carcerazione preventiva per finalità *extra legem* è suscettibile di essere analizzato e valutato secondo plurime prospettive. Dal punto di vista processuale, esso si presta ad essere considerato, in relazione alla deformazione inquisitoria della misura cautelare (l'interesse ad accertare la verità fa sì che la carcerazione preventiva sia piegata ad esigenze investigative, finalizzate alla collaborazione dell'imputato, con esiti talora accostati alla tortura giudiziaria)²⁸; dal punto di vista del diritto sostanziale, assume, invece, rilievo l'anomala produzione endo-procedimentale di "pene", fondate su "gravi indizi di colpevolezza".

4.1. "Punire processando"

Alla base del "procedimento come pena" sembrano porsi essenzialmente due fattori interconnessi. Per un verso, si avverte il peso di pressanti istanze di tutela sociale, che penetrano nelle fasi prodromiche del processo, in funzione di riduzione dell'allarme sociale cagionato dal reato e di prevenzione di reati della stessa natura; per un altro, assume rilievo l'evidente crisi di certezza ed effettività della pena, che induce alla ricerca di equivalenti funzionali. Esigenze post-moderne di celerità dell'accertamento, bisogni collettivi di risposte punitive, pressioni mediatiche, contribuiscono alla "processualizzazione" della sanzione penale: volgendo lo sguardo al significato "reale" del sistema punitivo, la carcerazione preventiva si rivela spesso l'unica punizione realisticamente praticabile, in considerazione dell'abnorme dilatazione temporale dei giudizi penali e dell'incertezza della condanna.

La perversione della carcerazione preventiva quale strumento punitivo è il risultato della pragmatica presa d'atto dell'incapacità del processo penale di assicurare quella che un tempo veniva indicata come "funzione cautelare finale": ossia

²⁶ *Ex multis*, v. E. MARZADURI, *L'applicazione della custodia in carcere alla luce della nuova disciplina delle presunzioni in materia cautelare*, in www.laegislazionepenale.eu.

²⁷ G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in Giuliano Vassalli, a cura di F. PALAZZO, Bari, 2010, 118.

²⁸ E. AMODIO, *Segreti e bugie. la libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria*, in www.processopenaleegustizia.it, 1 ss.

la garanzia che, conclusosi il processo con la condanna dell'imputato, la pena sarà effettivamente espiata²⁹. L'alea è così elevata che il diritto sostanziale è costretto a mutuare al procedimento la pena, con tutti i corollari teleologici: nella prassi, la "pena anticipata" è, perlopiù, orientata a finalità general-preventive e neo-retributive, assorbendo diffuse attese di esemplarità della reazione ordinamentale e istanze di riprovazione (infamia).

Attraverso il decisivo contributo dei *mass media* (soggetti non istituzionalizzati e, di fatto, irresponsabili), esigenze di "giustizia sociale" penetrano nelle inchieste preliminari. Gli stessi *media* certificano ed amplificano la fondatezza dei sospetti, attirando il consenso sociale. Un utilitarismo populistico che riversa nella carcerazione preventiva la tensione preventiva e repressiva tipica della pena: nel caso di specie, una pena principale "di fatto", accostata da Massimo Nobile ad una sorta di "condanna provvisoria"³⁰, dotata di particolare immediatezza ed efficacia preventiva.

Alla carcerazione preventiva quale pena anticipata si affidano pregnanti funzioni generalpreventive: la certezza e la prontezza della risposta cautelare mirano ad assicurare il livello d'intimidazione che la minaccia della pena in sé non riesce più a conseguire. Alla luce della polarizzazione del sistema punitivo sul procedimento, non v'è da stupirsi, allora, che la pena comminata sia degradata al ruolo strumentale di condizione di applicabilità della misura custodiale (art. 280 c.p.p.) o di presupposto legittimante l'esperibilità di determinati mezzi di prova.

La tutela della libertà personale finisce per assumere un ruolo sussidiario. Alla produzione di tale esito contribuiscono non solo le presunzioni di esigenze cautelari (art. 275, co. 3, c.p.p.), ma, anche, la tradizionale difficoltà di determinazione della condizione generale di applicabilità delle misure cautelari personali. Rimane, infatti, tuttora problematico stabilire con ragionevole precisione quale sia lo standard probatorio richiesto dall'art. 273 c.p.p. ai fini dell'emissione dell'ordinanza di custodia cautelare: la limitata controllabilità e verificabilità razionale della discrezionalità giudiziaria accrescono sensibilmente il rischio di errori e di decisioni arbitrarie.

"Tutta la materia appare segnata da un alone di incertezza e di indeterminazione"³¹: le parole di Giuliano Vassalli evidenziano l'indefinitezza dei criteri normativi e il soggettivismo dei parametri di valutazione. Sono proprio tali caratteri ad agevolare l'elusione del principio di legalità: la strumentalizzazione politico-criminale può giovare della possibilità di irrogare una "pena anticipata" in difetto di prova piena e della sospensione del giudizio sulla responsabilità che caratterizza l'iter procedimentale.

²⁹ G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, op. cit., 121.

³⁰ V. M. NOBILI, *Scenari e trasformazione del processo penale*, op. cit., 199.

³¹ G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, op. cit., 119.

Una *poena extraordinaria*, di matrice inquisitoria, in palese contraddizione con la presunzione di non colpevolezza³².

5. *Il primato delle istanze investigativo-probatorie:
il carcere quale misura coattiva finalizzata alla collaborazione*

Dal punto di vista funzionale, l'impiego della carcerazione preventiva quale tecnica di esecuzione anticipata della pena si collega strettamente ad ulteriori istanze, di natura investigativo-probatoria. L'applicazione – abusiva – della misura coattiva al fine di indurre l'indagato a collaborare con la giustizia, costituisce, in effetti, un dato fenomenologico di particolare frequenza, che attesta la profonda deformazione dell'istituto cautelare. Com'è stato osservato da Francesco Palazzo, il ricorso al paradigma della collaborazione processuale “rischia di indurre distorsioni sulle tecniche di accertamento processuale e su molti istituti del processo, *in primis* la stessa custodia cautelare”³³.

Quella che autorevole dottrina ha definito “regressione inquisitoria del processo penale”³⁴ si inserisce, peraltro, all'interno di un più ampio e penetrante processo involutivo, incentrato sull'“ideologia cooperativa”³⁵, che ha alterato sotto molteplici profili il volto di fondamentali istituti di diritto sostanziale, di diritto processuale e di diritto penitenziario. Sperimentate nell'ambito della legislazione d'emergenza volta a fronteggiare il fenomeno terroristico e stabilizzatesi nel quadro dell'azione di contrasto della criminalità organizzata, le fattispecie imperniate sulla collaborazione processuale si fondano sulla rigida alternativa tra premio e inasprimento del trattamento. Al modello cooperativo è, infatti, sotteso un vincolo sinallagmatico (*do ut des*)³⁶, che rende tale “paradigma normativo sostanzialmente obbligatorio”³⁷.

³² Come osservato da E. MARZADURI, *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in *Arch. pen.*, 2014, 11, “in effetti, anche se ci si ferma ad un apprezzamento della disposizione costituzionale che si attesta sul dato letterale, dove non compare, come è scontato, una presunzione di innocenza, ma non è neppure declinata una presunzione di non colpevolezza, si dovrà riconoscere che l'eventuale applicazione di una misura restrittiva *in itinere iudicii*, anche se conseguente ad una sentenza di condanna, non potrà considerarsi esecuzione anticipata della pena”.

³³ F. PALAZZO, *La politica criminale nell'età repubblicana*, in *Storia d'Italia, Annali 12, La criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 876.

³⁴ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 421; sulle dinamiche premiali, v., altresì, F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale*, in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, t. II, Milano, 1997, 1459 ss.

³⁵ M. NOBILI, *Scenari e trasformazione del processo penale*, Padova, 1998, 194.

³⁶ M. NOBILI, *Scenari e trasformazione del processo penale*, op. cit., 193.

³⁷ T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, op. cit., 423; nel senso che, nella fase dell'esecuzione penale, si passa dalla regola processuale del *nemo tenetur se detegere* all'opposto,

Da un lato, la collaborazione/delazione è il presupposto di una variegata sequenza di misure premiali, di cangiante intensità, distribuite tra cognizione ed esecuzione: ad assumere rilievo sono soluzioni sostanziali (applicazione di circostanze attenuanti o cause di non punibilità), processuali (revoca o mitigazione del trattamento cautelare) o penitenziarie (possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione).

Dall'altro, la mancata collaborazione è sanzionata attraverso la strumentalizzazione della custodia cautelare, la negazione di circostanze attenuanti o la distorsione dei meccanismi commisurativi e, infine, soprattutto, la preclusione dell'accesso alle misure alternative alla detenzione.

Nel complesso, la logica premiale imprime al sistema una torsione inquisitoria che finisce per asservire il diritto sostanziale e il diritto penitenziario alle peculiari esigenze investigative e probatorie connesse all'azione di contrasto di gravi fenomeni criminali, suscettibili di generare un elevato allarme sociale (criminalità organizzata, terroristica, sessuale, ecc.).

5.1. *Il potere performativo del processo: l'esecuzione penitenziaria piegata alle istanze della "lotta giudiziaria" contro la criminalità organizzata*

Emblematica del primato assunto dalla "collaborazione con la giustizia" quale tecnica privilegiata d'indagine è l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia di restrizioni all'accesso alle misure alternative alla detenzione, che negli ultimi venticinque anni ha caratterizzato l'azione di contrasto della criminalità organizzata.

In estrema sintesi, dalla complessa stratificazione normativa conseguente ai ripetuti interventi del legislatore e della Corte costituzionale in materia di benefici penitenziari emerge la progressiva penetrazione della logica premiale, con la conseguente diversificazione del trattamento penitenziario in dipendenza della tipologia e della natura del reato posto in essere dal detenuto.

Il perno della complessiva funzionalizzazione della disciplina penitenziaria a finalità di contrasto di fenomeni criminosi e ad esigenze probatorie è, com'è noto, costituito dall'art. 4-*bis* o.p. che, a seguito di molteplici modifiche e aggiustamenti, prevede attualmente distinti regimi penitenziari, caratterizzati da un diverso livello di accessibilità delle misure alternative alla detenzione. Un reticolo di preclusioni e premi volto ad incentivare la collaborazione con la giustizia³⁸, previsto

"incivile brocardo *carceratus tenetur alios detegere*", v. L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario annotato con la giurisprudenza*, 2^a ed., Milano, 2007, 197.

³⁸ V. V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, in AA.VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V.

in riferimento a determinate categorie di reati ostativi, elaborate nel corso del tempo dal legislatore sulla base di sopravvenute esigenze politico-criminali: a seconda della fascia di pertinenza, mutano le condizioni e i requisiti necessari per accedere alle misure alternative alla detenzione (ad es., in riferimento all'entità della pena da scontarsi quale presupposto per l'adozione di date misure).

Limitando l'attenzione al regime previsto per i detenuti (e internati) per delitti riconducibili alla sfera della criminalità organizzata, terroristica ed eversiva (art. 4-*bis*, co. 1 e 1-*bis*, o.p.), è significativo il fatto che, ai fini dell'accesso alle misure alternative, il legislatore non ritenga sufficiente l'interruzione di rapporti con le rispettive organizzazioni criminali. È, infatti, necessaria la collaborazione con la giustizia, a norma dell'art. 58-*ter* o.p., ovvero adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o aiutare concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

I benefici penitenziari sono, dunque, subordinati *ex lege* a specifiche prestazioni collaborative, in difetto delle quali si deve presumere il difetto di rieducazione del reo. La regola secondo cui la presunzione di persistente appartenenza all'organizzazione criminale (e, di riflesso, di pericolosità sociale) può essere superata soltanto attraverso forme di cooperazione utili ed efficaci, trova sempre applicazione, fatte salve le ipotesi di collaborazione oggettivamente irrilevante o impossibile (ossia i casi di oggettiva inesigibilità, progressivamente enucleati dal legislatore e dalla Corte costituzionale, in deroga al rigido limite preclusivo).

Lungi dal mettere in discussione il primato delle istanze preventive sottese all'art. 4-*bis* o.p., gli interventi manipolativi della Corte costituzionale si limitano, invero, a riaffermare il ruolo della prevenzione speciale nei soli casi in cui la collaborazione non sia esigibile³⁹. Il parziale riconoscimento della logica rieducativa e della progressività del trattamento è, peraltro, fortemente condizionato dalla tendenza giurisprudenziale a porre a carico del condannato l'onere di allegazione di elementi specifici in ordine all'impossibilità o irrilevanza della collaborazione, rendendo, in tal modo, meramente virtuale la relatività della presunzione di non meritevolezza dei benefici penitenziari.

Le maggiori criticità, sul piano costituzionale, si addensano, in particolare, intorno alla figura del condannato per delitti di criminalità organizzata che, pur potendo in astratto collaborare in modo utile od efficace, si astenga dal farlo per ragioni personali: l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e l'esito positivo del percorso penitenziario (attestato da condotte sintomatiche

MAIELLO, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2015, 242.

³⁹ Cfr. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, 349.

di avvenuta o probabile risocializzazione) non sono in grado, allo stato attuale, di intaccare la presunzione assoluta di non idoneità alle misure alternative, poggianti sul tipo d'autore del condannato non cooperante⁴⁰.

Il dibattito in corso sul delicato tema del c.d. ergastolo ostativo (pena perpetua di fatto gravante sul non cooperante condannato alla sanzione dell'ergastolo)⁴¹, ha permesso di evidenziare molteplici profili di incostituzionalità del regime penitenziario in esame⁴².

Tra le varie proposte di riforma avanzate in materia, quella elaborata dalla Commissione Palazzo mira alla revisione della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari da parte dei soggetti autori di reati di cui all'art. 4-*bis*, co. 1, o.p. per il solo fatto della loro mancata "collaborazione": sul presupposto secondo cui le ragioni personali alla base del difetto di cooperazione non possono essere considerate indici univoci di un *deficit* rieducativo, si propone di adeguare la disciplina ai principi costituzionali e sovranazionali, ridimensionando la predetta presunzione di non rieducatività da assoluta a relativa⁴³.

Nella prassi, la presunzione di non rieducabilità del non cooperante si presta a svolgere una molteplicità di funzioni, che lasciano in ombra e frustrano la finalità assegnata dalla Carta fondamentale all'esecuzione della pena. La peculiare tipologia dei reati induce il legislatore a privilegiare esigenze di sicurezza pubblica che danno luogo ad una vera e propria metamorfosi dei profili teleologici dell'esecuzione penitenziaria. Facendo leva sulla premialità e, correlativamente, sulla peculiare afflittività del trattamento riservato ai c.d. irriducibili (art. 41-*bis* o.p.)⁴⁴, la disciplina dei presupposti per l'accesso ai benefici penitenziari viene

⁴⁰ C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., 364.

⁴¹ *Ex multis*, v. L. EUSEBI, *Ergastolano "non collaborante" ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. Penit. E benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettività di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, 1220 ss.; L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1238 ss.

⁴² V. C. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, 65 ss.; A. PUGIOTTO, *Come e perché recepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Dalle pagine di un libro al Palazzo della Consulta*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁴³ Ci si riferisce al documento interinale, denominato *Proposta di modifica dell'art. 4-bis, co. 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n.354 e dell'art.2, comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n.152, conv. in legge 12 luglio 1991, n.203*, elaborato nell'ottobre 2013 dalla Commissione per elaborare proposte di intervento in tema di sistema sanzionatorio penale, istituita dal Ministro della Giustizia con d.m. 10.6.2013 e presieduta dal Prof. F. Palazzo, in *www.penalecontemporaneo.it* (sul punto, v. F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali* e M. PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, entrambi in *www.penalecontemporaneo.it*); in prospettiva di riforma, v., altresì, il *Documento finale degli Stati generali sull'esecuzione penale*, in riferimento alle proposte di revisione degli artt. 4-bis e 58-ter o.p., elaborate dal Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*.

⁴⁴ *Ex multis*, v. T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014, 321 s.; 325 ss.

strumentalizzata a fini investigativo-probatori e sostanziali (prevenzione di nuovi reati)⁴⁵. La stessa prospettiva di dover eseguire, in caso di mancata collaborazione, una pena tendenzialmente perpetua, finisce per assumere una spiccata valenza general-preventiva, che raggiunge il culmine proprio nel trattamento “esemplare” di cui al già citato art. 41-*bis* o.p.⁴⁶.

Il “doppio” binario penitenziario riflette la scelta del legislatore di fronteggiare determinate emergenze criminali utilizzando il regime di esecuzione penitenziaria quale mezzo di pressione inquisitoria⁴⁷. Nell’incapacità di fronteggiare i fenomeni criminosi attraverso i meccanismi coercitivi istituzionali e di esercitare il controllo sociale attraverso modalità e apparati destinati a tale fine⁴⁸, si trasforma l’esecuzione penitenziaria in uno strumento di indagine e di ricerca della prova (meccanismo attivo dell’investigazione), con gravi ripercussioni sull’identità di tale stadio della dinamica sanzionatoria (con un’evidente deriva retributiva)⁴⁹.

Si fa leva sulla componente pragmatica e utilitaristica dell’ideologia premiale per innestare nell’esecuzione penitenziaria funzionalità preventive, investigative, e repressive che il sistema non è più in grado di svolgere in modo fisiologico.

Il prezzo da pagare – in termini di civiltà del sistema penale⁵⁰ – è decisamente elevato: la degradazione delle misure alternative a “merce di scambio”, in nome della ragion pratica, comporta, infatti, lo svilimento dell’ideologia rieducativa.

Presunzioni e discriminazioni affette da profili di irragionevolezza che attendono di essere rimossi dalla giurisprudenza costituzionale⁵¹, finora colpevolmente remissiva di fronte alla primazia ideologica della collaborazione processuale.

⁴⁵ V. C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, op. cit., 359.

⁴⁶ Sul punto, v. i contributi di F. GIUNTA, S. ARDITA e M. PAVARINI, sul tema “*Il ‘carcere duro’ tra efficacia e legittimità*”, in questa *Rivista*, 2007, 249 ss.

⁴⁷ Su tale rischio, v. D. PULITANO, *Tecniche premiali tra diritto e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1041.

⁴⁸ Cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, op. cit., 420.

⁴⁹ Sulla mutazione dell’esecuzione penale quale strumento della più ampia strategia di contrasto di fenomeni criminali a più alto tasso di pericolosità per la tenuta della legalità e dell’ordinamento giuridico, v. C.E. PALIERO, *L’esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, 159.

⁵⁰ Sulle esigenze della ragione strumentale, v. T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 545.

⁵¹ Sull’evoluzione della giurisprudenza costituzionale, v. C.E. PALIERO, *L’esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, op. cit., 147 ss.

6. *Tra diritto e processo: il nesso di reciproca strumentalità sul piano delle garanzie*

Il crescente potere *normativo e punitivo* del processo, la mutazione teleologica dell'esecuzione penitenziaria, s'iscrivono in un quadro di cronica disfunzionalità preventiva del sistema punitivo e di speculare debolezza dei principi di garanzia. Le molteplici forme di manifestazione trasversale della "processualizzazione" del metodo punitivo richiamano, infatti, l'attenzione sul profilo, interdipendente, dei canoni e degli strumenti suscettibili di essere attivati al fine di contrastare il complessivo fenomeno di asservimento del sistema a istanze di natura probatorio-processuali.

In un simile contesto, il profilo dei principi di garanzia deve essere affrontato tenendo conto della costante relazione dialettica tra diritto e processo che emerge dall'osservazione storica: quest'ultima dimostra, infatti, l'interdipendenza tra sistema probatorio, da un lato, e tecniche di formulazione e livello di determinatezza delle fattispecie incriminatrici, dall'altro⁵². In estrema sintesi, si può affermare che il sistema punitivo tenda a bilanciare le rispettive forze e competenze, distribuendo le garanzie sui due versanti, in dipendenza del peso assunto ora dalla libertà valutativa del giudicante, ora dalla predisposizione di limiti al potere giudiziario di punire.

In un diritto penale a "dimensione processuale", come quello dell'*Ancien regime*, il diritto non esisteva a prescindere dalla sua prova: data la stretta compenetrazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, la selezione dei fatti avveniva nel momento dell'accertamento e il baricentro delle garanzie si radicava decisamente sul terreno probatorio. Con l'avvento delle codificazioni e del principio di legalità, l'esigenza di certezza e di garanzia tende, invece, a polarizzarsi sulla *quaestio iuris*, proiettando i limiti al potere giudiziario verso istanze di determinatezza della fattispecie.

Non v'è dubbio, dunque, che – anche sul piano delle garanzie – diritto e processo siano legati da uno stringente nesso di reciproca strumentalità. In questo senso, il diritto penale si pone come vettore di limiti: se il processo, come regola di giudizio, incorpora in sé il diritto sostanziale, è quest'ultimo a fissare i limiti che dovrebbero essere osservati nel processo, al fine di contenere la tendenza all'arbitrio, ad esso connaturata.

Non si può, però, fare a meno di sottolineare che, per converso, anche talune regole processuali (presunzione di non colpevolezza, *in dubio pro reo*, *nemo tenetur se detegere*, ecc.) si prestino ad essere impiegati quali argini nei confronti di

⁵² V., ad es. M.N. MILETTI, *Diritto e processo: storia di una dialettica tra antico e nuovo regime*, in AA.VV., *Diritto e processo*, op. cit., 9 ss.

debordanti istanze di efficienza repressiva⁵³: se correttamente applicati, tali principi sono, infatti, in grado di creare un deciso attrito, vanificando interpretazioni non rispettose di vincoli costituzionali (ad es., il diritto di difesa) o inammissibili semplificazioni applicative⁵⁴.

Al fine di evidenziare meglio la polarità *virtuosa* del processo, è utile accennare, in chiave esemplificativa, all'effetto paralizzante che la corretta applicazione di norme processuali è in grado di produrre nei confronti di talune ricostruzioni post-moderne di fondamentali criteri di imputazione della responsabilità penale.

In tema di nesso eziologico, un esempio di funzionalità *garantistica* del processo è quello relativo alle implicazioni probatorie della teoria dell'accertamento alternativo della causalità, applicata nel settore della responsabilità per esposizione a sostanze tossiche. Nel tentativo di rendere compatibile il modello epidemiologico con la struttura dei delitti contro la vita e l'incolumità individuale e di superare la difficoltà di determinare quali tra i singoli eventi individuali siano effettivamente dipendenti dall'esposizione a fattori di rischio, si è, com'è noto, sostenuto che rispetto a due o più eventi, non singolarmente riconducibili ad una causa determinata, il nesso eziologico possa essere riscontrato sulla base del mero eccesso di mortalità, espresso in termini percentuali⁵⁵.

A ben vedere, la "conversione" dell'omicidio nella causazione di un eccesso di esiti mortali pone il rischio che la rilevanza "numerico-percentuale" attribuita agli eventi individuali ne moltiplichi esponenzialmente l'imputazione, facendo sì che più soggetti siano chiamati a rispondere degli *stessi* fatti, pur avendo agito od omesso in tempi diversi. L'omicidio imputato secondo la tecnica dell'accertamento alternativo risente, insomma, della connotazione astratta e impersonale della valutazione percentuale, eludendo il carattere *individuale* della tutela e i postulati garantistici ad essa connaturati: individualità e determinatezza delle vittime sono, infatti, funzionali alla descrizione dell'evento e alla collocazione spazio-temporale (*hic et nunc*) del fatto.

Una volta calato nel processo, per l'indeterminazione dei presupposti, tale modello ermeneutico è destinato a lasciare insoluti alcuni interrogativi imprescindibili: *quando, dove e come* è stato commesso il singolo omicidio?

Nell'evidenziare il *vulnus* al diritto di difesa insito nella prospettazione di una

⁵³ *Amplius*, v. M. CHIAVARIO, *Garanzie individuali ed efficienze del processo*, in *Cass. pen.*, 1998, 1515 ss.

⁵⁴ V. M. POSTIZZI, *Sei volti del diritto penale d'impresa*, in AA.VV., *La revisione della parte generale del codice penale (atti della giornata di studio del 28.5.2004)*, XVII, Lugano, 2005, 112.

⁵⁵ V. L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007, 311 ss.; 397 ss.; ID., *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale. Alla ricerca di una qualificazione penalistica di una nuova categoria epistemologica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, 343 ss.

fattispecie avulsa da coordinate spazio-temporali, le norme processuali (e, in particolare, quelle concernenti l'imputazione del fatto) contribuiscono – indirettamente, ma efficacemente – a ristabilire il carattere *personale* della responsabilità penale.

6.1. *Processualizzazione degli strumenti di garanzia?*

A fronte dello schema “aperto” e fluido che sembra caratterizzare il sistema penale post-moderno, in funzione di adattamento alle multiformi istanze politico-criminali che trovano espressione nella c.d. giustizia di scopo, si pone la necessità di una riconsiderazione degli strumenti di garanzia idonei a temperare gli effetti distorsivi prodotti dalla preminenza delle istanze probatorio-processuali.

Sul versante delle garanzie, alla già ricordata crisi in cui versa la fattispecie incriminatrice corrisponde, specularmente, la traslazione di canoni delimitativi sul piano processuale, in accordo all'idea – squisitamente pre-illuministica – secondo la quale la garanzia avrebbe origine e si svilupperebbe nella dinamica processuale, quale espressione della dialettica argomentativa. Da qui la tendenza a ritenere che gli strumenti di garanzia di matrice processuale possano essere utilizzati quali “equivalenti funzionali” dei tradizionali argini e vincoli di ordine sostanziale, nel contesto di quella che è stata definita la *relativizzazione* dell'allocazione sistematica delle garanzie⁵⁶.

La crescente “processualizzazione” delle garanzie si manifesta, ad es., nell'idea secondo cui obbligo di motivazione, principio del contraddittorio, terzietà del giudice, sarebbero in grado di compensare la tipicità “debole” delle fattispecie e, dunque, di sopperire all'indeterminatezza della formulazione normativa. La ricerca di sostituti funzionali di “decadenti” garanzie sostanziali risente, peraltro, da tempo degli effetti determinati dalla svalutazione – in atto soprattutto nella giurisprudenza della Corte EDU – della dimensione individuale (reo-centrismo), in direzione di un neo-garantismo collettivo, incentrato su obblighi di intervento e di tutela delle vittime, suscettibili di erodere e riconvertire le stesse garanzie processuali (*in primis*, la presunzione di innocenza).

A fronte della complessità del fenomeno sommariamente evocato, la dottrina più sensibile all'esigenza di una ricostruzione sistematica e costituzionalmente coordinata dei diversi poli di “garanzia”, ha sostenuto la tesi della necessaria complementarità garantistica tra diritto e processo, criticando la supposta equivalenza funzionale tra criteri (sostanziali) di delimitazione dei fatti punibili e regole probatorie⁵⁷.

In questa direzione, sul piano metodologico, diviene essenziale la considera-

⁵⁶ V. F. GIUNTA, *Dal governo della legge al Governo degli uomini?*, op. cit., 153.

⁵⁷ F. GIUNTA, *Dal governo della legge al Governo degli uomini?*, op. cit., 150.

zione dell'interazione dinamica delle garanzie, secondo una chiave di lettura assiologica, volta ad evidenziare i nessi di interdipendenza funzionale tra regole di trattamento e di giudizio e principio di legalità⁵⁸. Individuata nel “giusto processo” la proiezione processuale di garanzie sostanziali, Domenico Pulitanò identifica nel garantismo penale il modello cognitivo del giusto processo, “di cui sono elementi imprescindibili e inscindibili, sul piano del diritto sostanziale il principio di legalità, e sul piano processuale il cognitivismo”⁵⁹.

Una visione equilibrata e razionale della necessaria ambivalenza della garanzia di *certezza* (della legge e dell'accertamento di verità fattuali), finalizzata a limitare la potestà punitiva e a proteggere il cittadino dagli arbitrii della pubblica autorità.

6.2. *Dalla fattispecie incriminatrice alla fattispecie giudiziaria: i riflessi sul profilo della determinatezza*

L'inadeguatezza delle regole processuali a sostituire sul piano funzionale i tradizionali canoni di garanzia sostanziali assume particolare evidenza in riferimento al canone di determinatezza e di tassatività. Un principio (in attesa di essere consacrato esplicitamente a livello costituzionale), affetto da una perenne crisi di effettività, che riversa i propri effetti su entrambi i versanti del sistema punitivo, in termini di reciproca disfunzionalità.

In occasione dell'approvazione del vigente codice di rito, autorevole dottrina aveva sottolineato l'esigenza che l'oggetto dell'accertamento processuale fosse sufficientemente delineato e tassativamente determinato (offese reali costruite intorno a un nucleo materiale capace di disvelare e identificare il disvalore), al fine di rendere possibile l'operatività del principio del contraddittorio⁶⁰. Nella stessa direzione, era stato evidenziato il fatto che fattispecie vaghe e indeterminate si rivelano disfunzionali sia rispetto all'adempimento dell'onere probatorio da parte del p.m., sia rispetto alla falsificabilità dell'accusa da parte della difesa⁶¹.

Gli sviluppi successivi hanno confermato la bontà delle prognosi di Tullio Padovani e di Franco Bricola. Alla tendenza della Consulta a rimettere l'istanza di determinatezza e la definizione del tipo nella disponibilità dell'interpretazione giudiziaria, attraverso l'argomento del diritto vivente⁶², hanno fatto da contraltare

⁵⁸ D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2006, 707.

⁵⁹ D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, op. cit., 708.

⁶⁰ V. T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 921 ss.

⁶¹ V. F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili del diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, 313 ss.

⁶² Cfr. F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2738 ss.

l'introduzione o la rivalutazione applicativa di fattispecie incriminatrici assolutamente indeterminate (basti pensare ai c.d. eco-delitti, da un lato, e al c.d. disastro ambientale-sanitario di cui all'art. 434 c.p., dall'altro), la cui nota comune è, per l'appunto, rappresentata dalla cronica inattitudine alla prova in giudizio⁶³.

Rebus sic stantibus, è interessante verificare quali possano essere le implicazioni e le conseguenze della complessiva "processualizzazione" del profilo della determinatezza, prodotta dall'azione congiunta dei due fattori appena evidenziati.

Il fenomeno di declinazione processuale si risolve nello spostamento dell'istanza di chiarezza e di precisione dall'enunciato normativo al piano dell'imputazione, quale elemento di raccordo tra diritto e processo, che "media" tra fattispecie astratta e fatto storico. In quest'ambito, ad assumere rilievo sono le imputazioni generiche, oscure, criptiche, fondate in modo alternativo o narrativo, destinate ad essere modificate e a non essere mai del tutto afferrabili⁶⁴. Tali patologie dovrebbero essere fronteggiate e neutralizzate attraverso le specifiche disposizioni a tal fine predisposte dal codice di rito: sia la richiesta di rinvio a giudizio, sia il decreto che dispone il giudizio, dovrebbero, infatti, contenere l'enunciazione in forma chiara e precisa del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza (artt. 417, co. 1, lett. *b* e 429, co. 1, lett. *c*)⁶⁵. Quest'ultima disposizione stabilisce, altresì, la nullità del decreto, se manca o è insufficiente l'indicazione di uno di tali requisiti (art. 429, co. 2).

Sul piano applicativo, il rimedio all'indeterminatezza del capo d'imputazione patisce, peraltro, un'evidente debolezza e ineffettività. Un primo elemento problematico è rappresentato dal fatto che, trattandosi di c.d. nullità a previsione speciale (distinta da quelle disciplinate all'art. 178 c.p.p.), non è agevole determinare il corrispondente regime normativo. Gestendo in chiave "pragmatica" tale profilo di incertezza⁶⁶, la S.C. ha considerato relativa la nullità derivante dalla mancata o insufficiente enunciazione del fatto, sul presupposto secondo cui la predetta omissione non atterrebbe né all'intervento dell'imputato, né alla sua assistenza o rappresentanza⁶⁷; le stesse Sezioni Unite hanno ritenuto che siano relative (e non di ordine generale) tutte le nullità concernenti il decreto che dispone il giudizio⁶⁸.

⁶³ Analoghe considerazioni potrebbero essere svolte in riferimento al c.d. concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso o al delitto di atti persecutori.

⁶⁴ *Amplius*, v. D. NEGRI, *La costruzione della fattispecie giudiziaria. Oltre i vincoli della legalità processuale: strategie, prassi, conseguenze del rifiuto di un paradigma*, in AA.VV., *Diritto e processo penale*, op. cit., 153 ss.

⁶⁵ La medesima disciplina è replicata all'art. 552 c.p.p., nel caso di citazione diretta a giudizio.

⁶⁶ Sulle "cadute di attenzione" nella giurisprudenza di legittimità, v. R. BRICCHETTI, *Nullità degli atti: il principio di tassatività all'esame dell'interpretazione giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, 2010, 439 ss.

⁶⁷ V. Cass. V, 25.3.2010, n. 20739, Di Bella.

⁶⁸ Cass. Sez. Un. 20.12.2007, n.5307, Battistella, che ha ritenuto abnorme la declaratoria della nullità della richiesta di rinvio a giudizio per genericità dell'imputazione pronunciata dal G.U.P.

Il *vulnus* in tal modo arrecato all'istanza di determinatezza dell'imputazione è stato censurato dalla dottrina, la quale tende, invece, a ricondurre la nullità in esame al novero di quelle di ordine generale, come tali rilevabili anche d'ufficio, ma non più deducibili dopo la sentenza di primo grado (*ex art. 178 c.p.p.*).

L'aspetto della traduzione processuale dell'istanza di determinatezza che, in questa sede, preme rilevare è, soprattutto, quello inerente al criterio utilizzato nella prassi in sede di valutazione della nullità.

Si tende, infatti, a far dipendere l'integrazione della nullità dal pregiudizio effettivo arrecato alla parte dall'inosservanza della disposizione di legge. Facendo leva sulla previsione secondo cui la nullità si sana se la parte si è comunque avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato (art. 183, co. 1 lett. *b* c.p.p.), la rilevazione della nullità viene subordinata all'effettiva e reale lesione dell'interesse sotteso alla norma violata (ad es., il diritto di difesa).

Il principio di "offensività", declinato in chiave processuale, si presta, dunque, a fungere da criterio di valutazione empirica del raggiungimento o meno dello scopo (con rilevanti e delicate conseguenze in materia di modificazione dell'imputazione).

Com'è stato osservato in chiave critica, in tal modo le sorti della nullità dipendono dall'incerto esito del bilanciamento giudiziario tra garanzie della persona ed istanze di economia processuale: nella misura in cui cumula in sé le qualità di accertatore del fatto e di garante della procedura, il giudice italiano non dovrebbe, invece, potersi intromettere nella sfera delle parti e poter soppesare l'entità della lesione patita dalla parte, il cui diritto la disposizione violata tende a proteggere⁶⁹.

6.3. *I rischi insiti nella declinazione processuale di garanzie di matrice sostanziale e i vantaggi sottesi all'operatività sinergica dei due ordini di cautele*

I limiti e i difetti insiti nella "riduzione" processuale delle istanze di garanzia possono essere così riassunti: l'ineffettività del sistema delle sanzioni processuali (e, in particolare, di quelle c.d. demolitorie), correlata al criterio empirico-valutativo del raggiungimento dello scopo per altra via, il carattere meramente "metodologico" e "formale" delle cautele processuali (incapaci di incidere sui confini della fattispecie), rivelano l'incapacità delle garanzie processuali di assumere il ruolo di equivalenti funzionali dei presidi della legalità sostanziale.

Gli obbiettivi di efficienza processuale (corrispondenza allo scopo) tendono a porre in secondo piano i giudizi di valore sottesi alle norme sostanziali, alimentando occulte selezioni endo-processuali, dagli esiti discriminatori: una politica criminale "particolaristica", che subisce il condizionamento di contingenti aspettative sociali.

⁶⁹ Così R. ORLANDI, *I diritti processuali e il loro abuso nella recente esperienza italiana*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3.

Senza i limiti e le indicazioni di valore immanenti al diritto sostanziale, il processo si trasformerebbe in una forma di controllo sociale diffuso e flessibile, pressoché incontrollabile.

Se legalità sostanziale e legalità processuale rispondono, dunque, a esigenze diverse, che devono operare sinergicamente, si tratta, conclusivamente, di verificare se, nell'ottica dell'interazione dinamica, determinate regole di giudizio e di trattamento di natura processuale siano suscettibili di essere implementate in chiave di garanzia, con fecondi risultati sul piano sostanziale.

Non è escluso, in altri termini, che obbiettivi di contenimento della ridefinizione giudiziaria dei contenuti della fattispecie legislativa possano essere conseguiti anche attraverso la valorizzazione di regole processuali, le cui potenzialità garantistiche non siano state ancora del tutto messe a frutto.

L'interdipendenza tra atteggiarsi del sistema probatorio, da un lato, e tecniche di formulazione delle fattispecie incriminatrici e il loro livello di determinatezza, dall'altro, induce a ritenere che le esigenze di predeterminazione e di determinatezza sottese al criterio di tipicità non possano più essere interamente circoscritte al piano sostanziale⁷⁰. La primazia delle istanze processuali e, in particolare, delle esigenze probatorie, comporta la necessità di verificare e di valorizzare gli effetti "correttivi", gli esiti virtuosi, che la corretta applicazione di determinate regole di giudizio (*in dubio pro reo*; prova ogni oltre ogni ragionevole dubbio) è suscettibile di produrre sulla definizione della *quaestio iuris*. In questa direzione, a dover essere messa in discussione è la rigidità della tradizionale contrapposizione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*: appare, infatti, riduttivo ritenere che l'oggetto della prova debba essere circoscritto al profilo naturalistico del fatto, descritto nella contestazione⁷¹. Come dimostra l'evoluzione della giurisprudenza EDU (si pensi, ad es., alla sentenza Drassich in ordine al *vulnus* arrecato al principio del contraddittorio sulla qualificazione giuridica dei fatti)⁷², l'oggetto di prova comprende anche il delicato profilo della sussumibilità dell'accadimento sotto una determinata fattispecie incriminatrice.

Richiamare l'attenzione sull'estensibilità delle regole di giudizio alla prova della conformità del fatto storico allo schema legale significa, in definitiva, porre in evidenza un profilo – quello della verificabilità/falsificabilità della tipicità in concreto del fatto – suscettibile di assumere un inedito valore euristico, in funzione di contrasto delle plurime e vischiose "sottrazioni garantistiche" che il diritto sostanziale subisce quotidianamente.

⁷⁰ Sul profilo della complementarità garantistica tra diritto e processo, v. F. GIUNTA, *Dal governo della legge*, op. cit., 150 ss.

⁷¹ Cfr. C. SANTORIELLO, *Il «Caso Drassich» ancora in cerca di soluzione: la S.C. sorda alle censure di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2013, 7 s.

⁷² *Drassich c. Italia*, II sez., sent. 11.12.2007, ric. n.25575\04.

Se la manipolazione giurisprudenziale delle fattispecie incriminatrici si realizza attraverso il ricorso a peculiari tecniche di accertamento, sotto l'effetto prevaricatore della prova, è proprio su questo piano che le regole di giudizio potrebbero contribuire al controllo razionale del potere interpretativo del giudice o, quanto meno, a portare alla luce i processi di creazione del diritto, i meccanismi occulti di selezione endo-processuale⁷³. La visione "integrata" dei parametri di garanzia di natura sostanziale e processuale metterebbe in condizione l'interprete di misurare il peso esercitato dalla dimensione probatoria del fatto e di governarne le conseguenze, secondo una prospettiva assiologica, costituzionalmente orientata e, al contempo, aderente all'esperienza applicativa, da sempre particolarmente sensibile alle complesse relazioni dinamiche tra fatto e norma.

In definitiva, le prestazioni garantistiche dipendono dall'operare sinergico di regole sostanziali e processuali: il problema dei *limiti* alla potestà punitiva non può che essere affrontato unitariamente⁷⁴, valorizzando le proiezioni processuali di garanzie sostanziali e i presupposti sostanziali di cautele processuali.

⁷³ Cfr. V. M. DONINI, *La selezione processuale dell'autore*, in *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 231 ss.

⁷⁴ Nel senso che "certezza della legge e certezza dell'accertamento sono tutt'uno", v. D. PULITANO, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, op. cit., 708.

OLIVIERO MAZZA

IL CREPUSCOLO DELLA LEGALITÀ PROCESSUALE
AL TEMPO DEL GIUSTO PROCESSO

1. Vorrei prendere le mosse da un semplice sillogismo costituzionale: premessa maggiore, la giurisdizione penale si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (art. 111, comma 1, Cost.); premessa minore, i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.); conclusione, ai giudici non è consentito stabilire una disciplina del processo diversa da quella legale, pena la violazione del principio costituzionale di legalità processuale e la compromissione del loro ruolo di soggetti chiamati ad applicare *soltanto* la legge.

Il ragionamento condotto con un sillogismo è di carattere necessario e formale e la sua correttezza dipende dalla struttura (forma) e non dal significato delle parole (legge). Nell'inferenza sillogistica, come soggetto o predicato, figura, non a caso, sempre lo stesso termine, la legge (processuale), che rappresenta l'architrave di tutta l'argomentazione.

Il tema della legalità processuale richiama alla mente una serie di coppie di concetti antitetici: forma e sostanza, garanzie ed efficienza, giusto processo e ragionevole durata, diritto codificato e diritto giurisprudenziale.

Le antitesi vengono abitualmente presentate da chi vuole evidenziare la sterilità di alcuni concetti a fronte della fecondità di altri, tentando così di svuotare dall'interno la validità formale del sillogismo, attribuendo un diverso significato al termine legge.

Ad esempio, si contrappone la forma alla sostanza per sottolineare come la prima sia fine a se stessa, improduttiva di risultati processuali utili e, come tale da abbandonare. Chi invoca il rispetto delle forme non è considerato portatore di valori, non avendo a cuore l'efficienza processuale, sommo valore da tutelare quale incarnazione della sostanza.

Così ragionando si dimentica, però, che le forme sono legislative e che in un sistema costituzionale, democratico e razionale le forme non sono contrapposte ai valori, ma sottendono proprio scelte politiche di valore.

Le forme nel processo simbolizzano, dunque, precise scelte valoriali, assiologicamente orientate alla tutela prioritaria di determinati principi prevalentemente di rango costituzionale o comunque super legislativo. Se così non fosse, se ci trovassimo di fronte a vuote previsioni di legge, per di più lesive dell'efficienza pro-

cessuale, la magistratura avrebbe il preciso dovere di sottoporre le irrazionali scelte politiche allo scrutinio di legittimità costituzionale.

Chi invoca, rispetta, calpesta le forme, invoca, rispetta o calpesta valori e principi, comunque aventi rilevanza costituzionale¹.

È dunque arbitraria l'operazione, pseudo ermeneutica, che vorrebbe ridurre la portata applicativa del principio di legalità processuale al solo nucleo essenziale di valori costituzionali etichettati come giusto processo².

Il processo è giusto, in tutti i suoi snodi, in tutta la sequenza procedimentale, nella misura in cui attua i principi costituzionali. E non esistono forme processuali che non sottendano valori costituzionali. Come detto, tutto il procedimento penale, dalla notizia di reato al giudicato, è attuazione di valori costituzionalmente rilevanti, per non parlare dei sempre più attuali principi europei della grande e della piccola Europa³.

Come si può, allora, ritagliare nella sequenza procedimentale il singolo segmento del nucleo essenziale del giusto processo? Soprattutto, chi può stabilire ciò, chi sarebbe legittimato a compiere una simile operazione che esula dall'ermeneutica e sfocia in una precisa scelta politica? Non certo la magistratura, non certo in sede di mera interpretazione del dettato codicistico.

Detto altrimenti, quale disposizione o quale istituto processuale non sarebbe attuazione del diritto inviolabile di difesa, del diritto alla libertà personale o di altri diritti fondamentali costituzionalmente protetti? Di fatto, quali aspetti della disciplina processuale possono dirsi estranei all'attuazione del combinato disposto degli artt. 13, 14, 15, 24, comma 2, 27, comma 2, 111 e 112 Cost.?

Va quindi smentito il primo assunto dei fautori di una nuova teoria sostanzialistica delle invalidità processuali: è arbitrario restringere il principio di legalità processuale a un non meglio definito nucleo essenziale del giusto processo. Si tratta di un'operazione contestabile già a partire dal suo presupposto teorico e certamente non praticabile in sede ermeneutica.

Tornando all'antitesi forma/sostanza occorre essere chiari: senza forme, senza legalità processuale, non siamo più nel campo del diritto, non vi è più un processo inteso come concatenazione regolata di atti. Ci si sposta su un altro terreno, che sicuramente può risultare produttivo di risultati, ma non è degno di un ordi-

¹ Così M. NOBILI, *Forme e valori duecento anni dopo* (1994), in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, p. 3. Il presente scritto è largamente debitore alla lucidissima analisi condotta da M. Nobili, che, a distanza di ormai venti anni, è forse oggi ancor più attuale, a testimonianza della lungimiranza delle critiche allora espresse dall'autore.

² Per la compiuta esposizione di questa teorizzazione si rinvia a G. SANTALUCIA, *Riflessioni sistematiche, in Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino 2015, p. 701 ss.

³ Sul punto, volendo, v. O. MAZZA, *La procedura penale, in Europa e giustizia penale*, a cura di F. Viganò-O. Mazza, supplemento a *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 33 ss.

namento democratico. Senza le forme del processo penale l'amministrazione della giustizia diventa puro atto politico.

Cerchiamo di analizzare meglio il fenomeno: le nuove affermazioni giurisprudenziali sottendono «una sorta di supremazia costituzionale del magistrato rispetto alle norme di procedura ... vien concepito un nuovo tipo di indipendenza della magistratura: l'indipendenza dalla legge processuale»⁴.

Tutto ciò è compatibile con il sistema costituzionale e con il sillogismo dal quale siamo partiti? La risposta non può che essere negativa. E non si può arrivare a conclusioni diverse cercando di sterilizzare legalità e forme, tentando di rinchiuderle nell'angusto ambito di un non meglio definito nocciolo duro del giusto processo.

Va ribadito con forza che la procedura penale è una regola superiore, di diretta derivazione costituzionale, e rappresenta un limite al potere del magistrato. Non può degradare a qualcosa di inferiore, di sottoposto al potere giurisdizionale.

La teoria del pregiudizio effettivo⁵ e quella analoga delle "nullità moderne"⁶ sono il miglior terreno su cui misurare un netto aspetto autoritario della giurisdizione. Il minimo comun denominatore delle nuove teorie dell'invalidità è rappresentato dal sinistro fascino del processo penale del risultato nel quale il raggiungimento dello scopo domina su tutto il resto. Non è la caccia che vale più della preda⁷, ma esattamente l'opposto: pur di catturare la preda – e la metafora tristemente scolora nella realtà – si giustifica il bracconaggio, una caccia senza regole giustificata dal risultato.

A dispetto delle teorizzazioni giurisprudenziali, il processo penale è e rimane assiologicamente più che teleologicamente orientato. L'obiettivo, in termini cognitivi, non è altro che la naturale risultante del percorso seguito, ossia del rispetto delle regole di procedura scandite da una scala di valori da rispettare, in cima alla quale vi sono le garanzie dell'imputato. I diritti fondamentali dell'individuo accusato di un reato non possono entrare in bilanciamento con altri presunti valori, dalla ragionevole durata del processo ai diritti della vittima che nel processo è, specularmente all'imputato presunto innocente, una presunta non vittima del reato o comunque dell'accusato.

Troppo spesso si dimentica il preciso insegnamento che ci ha fornito la Corte

⁴ M. NOBILI, *Forme e valori duecento anni dopo*, cit., p. 2.

⁵ Al riguardo, si rinvia all'approfondito studio di M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna 2012, *passim*.

⁶ Secondo la definizione di F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano 2013, p. 135 ss.

⁷ Ricorda icasticamente F. CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio* (1964), in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, p. 220, che «la caccia vale più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato». Analogamente, secondo T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 858, «la giustizia della sentenza sta nel cammino seguito pel risultato».

costituzionale con la sentenza n. 317 del 2009, forse la miglior pronuncia sul giusto processo: il «diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del ‘giusto’ processo [...]. Un processo non ‘giusto’, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata»⁸.

Dunque, diritti e garanzie dell'imputato, da un lato, e durata ragionevole del processo, dall'altro, sono unità costituzionalmente non commensurabili né, tantomeno, bilanciabili.

2. Veniamo all'idea di fondo, alla quale è difficile arrendersi: i diritti dei cittadini sottoposti a procedimento penale sono affidati alla tutela che dovrebbe loro fornire la prassi giurisprudenziale piuttosto che al rigoroso rispetto delle regole di legge.

Ci troviamo dinanzi a un sistema penale formalmente concepito e ancora oggi giustificato sul primato della legge che, tuttavia, ha lasciato ampio spazio a un diverso sistema governato e affidato al predominio e al potere del magistrato⁹.

La legge, soprattutto quella di procedura, viene guardata come un prodotto infido, sospetto, di rango inferiore, un inutile ostacolo collocato sulla via che separa l'autorità procedente dal risultato cognitivo e tendenzialmente punitivo.

Agli occhi del giudice, la procedura penale viene rivalutata quando si trasforma in strumento di contrasto preventivo al crimine: basti pensare al sistema delle misure cautelari ormai legislativamente contaminato da programmi di prevenzione della violenza ai quali si deve sottoporre chi ambisca a recuperare celermente la libertà personale¹⁰.

La procedura penale si è così trasfigurata in luogo deputato ad esercitare il potere, piuttosto che come regola destinata a limitarlo¹¹.

Stando così le cose, e credo che nessun osservatore imparziale possa dubitare, mi sembra giunto il momento di sollecitare con forza il risveglio delle coscienze ormai intorpidite e rassegnate, a partire da quelle dei giuristi di estrazione accademica che finora hanno serbato un assordato silenzio sul tema della legalità processuale, meritevole di ben altri studi e approfondimenti.

⁸ C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1734.

⁹ In tal senso, v. M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale* (1995), in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., p. 185 e 189.

¹⁰ Il riferimento è all'art. 282-*quater*, comma 1. c.p.p., disposizione palesemente illegittima per contrasto con l'art. 27, comma 2, Cost.

¹¹ M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, cit., p. 190.

Bisogna riscoprire i valori del garantismo classico, senza pensare di condurre una battaglia di retroguardia.

La legalità del processo, *in primis*, è da sempre l'unico baluardo che protegge l'imputato di fronte all'autorità. Non è un caso se l'Assemblea costituente francese, nell'autunno del 1789, ha voluto affermare il principio per cui la giustizia è amministrata secondo le forme determinate dalla legge¹².

Va riaffermata la centralità del tema delle forme del rito penale, della loro natura di garanzia, peraltro non solo individuale, della stessa legittimazione democratica che la giustizia penale trova solo nel rispetto delle forme di garanzia dei valori costituzionali. Solo chi legittimamente detiene il potere politico, ossia il popolo nelle forme della rappresentanza parlamentare, può decidere quali siano le forme e i modi con cui amministrare la giustizia penale. Alle scelte democratiche del legislatore non può sostituirsi la magistratura, nemmeno nelle sue più alte rappresentanze.

Peraltro, il tema della legalità processuale non è nuovo e non nasce con la riforma dell'art. 111 Cost., anzi, paradossalmente, il principio entra in profonda crisi proprio quando viene formalmente costituzionalizzato.

La struttura del codice, fin dalla sua originaria versione, è intrisa di legalità processuale. C'è un filo rosso che lega l'articolo 124 c.p.p., laddove si impone ai giudici e in genere all'apparato statale l'osservanza della legge procedurale al di là del sistema delle invalidità, pena la responsabilità disciplinare, all'articolo 1 c.p.p., per cui la giurisdizione penale è esercitata dai giudici secondo le norme del codice, all'articolo 189 c.p.p., secondo cui le prove sono espressamente disciplinate dalla legge e le prove atipiche rappresentano un'eccezione ben definita, all'articolo 220 delle norme di attuazione c.p.p. che segna l'incipit della legalità processuale fin dal primo istante in cui emergano indizi di reato. Per non dimenticare il principio di stretta legalità delle nullità, scolpito nell'articolo 177 c.p.p., o delle ipotesi di decadenza, imposto dall'articolo 173 c.p.p., o quello di tassatività delle impugnazioni. Il filo conduttore della legalità processuale lo possiamo scorgere ancor più nitidamente nella disciplina costituzionale del processo, dall'articolo 25, comma 1, Cost. sul giudice, all'articolo 112 Cost. in tema di azione, agli articoli 13 e 27, comma 2, Cost. sulla custodia cautelare e i suoi fini, agli atti incidenti sulle libertà di domicilio e di comunicazione, dettagliatamente regolati dagli articoli 14 e 15 Cost. Senza dimenticare il già citato articolo 101, comma 2, Cost. da cui discende non solo l'indipendenza della magistratura dagli altri poteri statuali, ma per le funzioni interne al processo, la soggezione alla legge di procedura, e l'art. 111, comma 1, Cost. che non lascia dubbi sulla portata del principio volta ad abbracciare tutto il processo.

¹² V. ancora M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, cit., p. 201.

3. Come detto, la cultura del garantismo si è assopita proprio al tempo del giusto processo costituzionalizzato. E lo dimostra il successo, anche editoriale, di monografie intellettualmente oneste nel disvelare la scarsa concezione della legalità processuale in seno alla magistratura¹³. Dietro l'apprezzamento per l'apparente pragmatismo si cela, ancora una volta, il fascino irresistibile di quell'idea del processo legittimato dal raggiungimento del fine.

Il sistema delle nullità non è più considerato la legittima difesa dell'accusato di fronte alla pretesa punitiva, valore garantista, o il sistema immunitario del processo penale, valore finalistico legato alla funzione cognitiva del processo. Si è persa l'idea che il giusto processo sia solo quello depurato dagli atti nulli. Si è abbandonato il principio secondo cui solo il legislatore può compiere valutazioni assio logicamente orientate¹⁴.

Il termine formalismo, alto e nobile valore di garanzia, è ormai inteso solo nella sua accezione deteriore e distorta. Tassatività delle nullità e formalismo sono considerati strumenti irrazionali e superati.

Sul terreno "minato" delle invalidità la Cassazione reagisce al primato della legalità processuale seguendo nuovi percorsi, lungo almeno quattro direttrici fondamentali¹⁵:

- 1) ridurre l'area delle nullità assolute in favore di un corrispettivo ampliamento di quella delle nullità intermedie, più facilmente soggette a sanatoria o a decadenza per la loro deduzione, soprattutto ritenute non obbligatoriamente rilevabili d'ufficio;
- 2) prosciugare il concetto di invalidità derivata secondo un principio che potremmo definire dell'*horror regressionis*;
- 3) trasformare la prova nulla tipica in prova atipica valida: ad esempio, la ricognizione formale invalida si trasforma in un riconoscimento informale valido;
- 4) sterilizzare le nullità formali con il pregiudizio effettivo e la lesività in concreto.

Come si giustifica questa scelta politica della Cassazione che si sostituisce al primato della legge processuale? Invocando la ragionevole durata del processo, dimenticando, però, quanto affermato dalla Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 317 del 2009.

A ciò si affianca la teoria del nucleo minimo del giusto processo, oltre il quale il riconoscimento di forme e garanzie deve venire a patti con la ragionevole dura-

¹³ Il riferimento è a F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., passim.

¹⁴ Si sono volutamente parafrasate alcune centrali affermazioni di F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 124-125.

¹⁵ Indicate chiaramente da F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 128.

ta che diviene così valore superiore nell'improprio bilanciamento. L'operazione è sottile e dirompente al tempo stesso: la magistratura rivendica a sé il potere di stabilire fino a che punto la procedura penale deve essere regola di garanzia e quando invece diviene sterile formalismo superabile da una interpretazione *contra* o *praeter legem*. Dunque, il principio di legalità processuale è relegato nel recinto del nucleo minimo del giusto processo arbitrariamente perimetrato dalla stessa magistratura con delimitazioni variabili a seconda delle necessità dei casi concreti.

Ma vi è di più: storicamente le nullità formali e tassative dovevano essere solo constatate mediante il geometrico raffronto dell'atto concreto con il modello legale. Oggi, invece, non basta più la violazione della fattispecie, la nullità va provata, si passa dal diritto al fatto, chi la deduce ha l'onere di dimostrare anche le conseguenze concretamente lesive della violazione di legge¹⁶. Si tratta della "nullità moderna" che deve essere dimostrata sul versante del pregiudizio effettivamente arrecato al bene giuridico protetto.

Gli esempi di questa moderna nullità, declinata sul paradigma del pregiudizio effettivo, sono però sconcertanti per chi serba un minimo di spirito garantista. Basti pensare al caso dell'imputato legittimamente impedito che non partecipi all'udienza nel corso della quale si assumano prove riguardanti altre posizioni: nullità irrilevante non lesiva¹⁷.

L'obiezione è fin troppo scontata. Se il processo è cumulativo, vuol dire che un qualche collegamento fra le posizioni degli imputati vi è; inoltre, come si può escludere a priori che l'esito dell'assunzione probatoria non sarebbe stato condizionato dalla presenza dell'imputato in modo a lui più favorevole? Si è poi costruita, sempre in modo arbitrario, la categoria delle validità lesive: in base all'art. 97, comma 4, c.p.p., così come erroneamente interpretato dalla Cassazione¹⁸, non viene concesso un termine al sostituto del difensore senza che il diniego integri nullità. Il processo, perciò, si svolgerebbe validamente dinanzi a un difensore ignorante del caso, ma con pregiudizio effettivo per la difesa. Siamo al paradosso. Il diniego del termine a difesa in favore del sostituto d'ufficio è frutto di un arbitrio giurisprudenziale, non certo del dettato normativo (art. 97, comma 4 e 108

¹⁶ Ancora una volta sono riportate le limpide considerazioni di F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 136.

¹⁷ Gli esempi sono tratti da F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 137 ss.

¹⁸ L'errore, peraltro, è duplice: si contravviene al dato legislativo (art. 108) e si ignora la necessità di una interpretazione convenzionalmente orientata sulla base di precedenti condanne riportate a Strasburgo dal nostro Paese (Corte eur. dir. uomo, 27 aprile 2006, Sannino c. Italia, § 50-52): per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare a O. MAZZA, *L'effettività della difesa d'ufficio*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino 2008, p. 174 ss.

c.p.p.), ed è quasi irrisorio parlare di validità, sia pure lesiva, di fronte a un atto *contra legem*.

La nullità moderna vede il giudice impegnato nel ruolo di legislatore nella selezione dei valori da tutelare, peraltro in modo casistico e non più in via generale. Il giudice potrà decidere che una nullità non è lesiva e non va dichiarata, mentre una validità lesiva andrà ricondotta nell'alveo delle nullità informali.

Torna la vecchia contrapposizione tra forma e sostanza. La forma è prevedibile e controllabile dalla difesa, è un baluardo insuperabile per i diritti dell'accusato, la sostanza è impalpabile ed è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice. Sulla sostanza non si costruiscono diritti, ma mere aspettative rimesse alla discrezionale valutazione del giudice. Forse non si tratta nemmeno di discrezionalità. Se manca una solida base giuridica, la libertà decisionale scade inevitabilmente nell'arbitrio.

Il principio di lesività dell'atto invalido segna la morte della procedura penale. Non esistono più regole di procedura, ma solo indicazioni non precettive su come dovrebbe celebrarsi un processo, una sorta di vademecum, linee guida contenute nel libro (codice) dei buoni consigli rimesso al prudente apprezzamento giudiziale.

Morta la legalità formale muoiono con lei anche le garanzie dell'imputato. Il potere smisurato del giudice, la sua totale signoria sul processo dovrebbero essere la garanzia dei diritti dell'accusato?

4. Le derive giurisprudenziali si misurano ancor meglio sul terreno dell'abnormità¹⁹ e dell'abuso del processo²⁰. La decisione delle sezioni unite su

¹⁹ Il riferimento è alla sentenza Cass., Sez. U, n. 5307 del 20 dicembre 2007 – dep. 1* febbraio 2008, P.M. in proc. Battistella, Rv. 238240, secondo cui «è affetto da abnormità il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero per genericità o indeterminazione dell'imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla, poiché, alla luce del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, è configurabile il vizio dell'abnormità in ogni fattispecie di indebita regressione del procedimento in grado di alterarne l'ordinata sequenza logico-cronologica». Per un commento critico a tale impostazione si rinvia a O. MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1372 ss.

²⁰ «L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha escluso nel caso di specie qualsiasi violazione del diritto alla difesa, ravvisando un concreto pregiudizio dell'interesse obiettivo dell'ordinamento, e di ciascuna delle parti, alla celebrazione di un giudizio equo in tempi ragionevoli, atteso che lo svolgimento e la definizione del processo di primo grado erano stati ostacolati da un numero esagerato di iniziative difensive – attraverso il reiterato avvicendamento di difensori in chiusura del dibattimento, la proposizione di eccezioni di nullità manifestamente infondate e di istanze di ricu-

quest'ultimo tema porta in sé il germe di nuovi inquietanti scenari. Il giudice sarà chiamato a sindacare non solo la lesività degli atti nulli, ma anche lo scopo per il quale vengono compiuti atti validi. Se lo scopo è strumentale al raggiungimento di finalità illegittime o comunque, secondo il giudice, non degne di tutela, l'atto sarà abusivo e come tale invalido, ancorché formalmente perfetto ed efficace.

Come si può pensare che al giudice sia attribuito il potere di sindacare le ragioni recondite e non dichiarate di scelte difensive legittime? Come si può pensare che nell'atto processuale formalmente valido conti anche l'interno psicologico ossia il concreto motivo che spinge la parte a compierlo?

La procedura penale giurisprudenziale copre ormai ogni forma di invalidità. Basti pensare alla prova di resistenza in tema di inutilizzabilità con cui la Cassazione, a fronte di una censura di mero diritto (art. 606, comma 1, lett. c, c.p.p.), si arroga il potere di valutare il fatto o meglio di rivalutare le prove con logica controfattuale. Quando la sentenza si fonda su una prova inutilizzabile, la stessa è invalida e va sostituita da una nuova pronuncia (di merito) che, esclusa la prova inutilizzabile dall'orizzonte decisorio, rivaluti il restante compendio probatorio. Questa attività decisoria sarebbe legalmente preclusa alla Cassazione, ma l'*horror regressionis*, sotto mentite spoglie di efficienza processuale e di riduzione dei tempi, spinge il giudice di legittimità a sostituirsi a quello di merito, incurante dei limiti della sua giurisdizione.

Caduta la legalità processuale il sistema è completamente asservito al potere giurisdizionale. Si sono consegnate da tempo ai giudici le chiavi del processo, invocando la supremazia della sostanza sulla forma, il fine dell'efficienza e della celerità a scapito delle garanzie. Ma vi è anche una tendenza più pericolosa, in quanto meno sfacciatamente anti-garantista. Si fa appello al metro europeo dell'equità complessiva del processo, ai non meglio definiti principi di proporzionalità, di adeguatezza e di effettività per giustificare singole e vistose violazioni delle forme procedurali e delle sottostanti garanzie che però non inficerebbero il saldo attivo del processo. Una parte autorevole della dottrina processualpenalistica fornisce così copertura europea alla violazione della legalità processuale, senza dover contrapporre efficienza a garanzie, ma opponendo, in modo più insidioso e ambiguo, garanzie europee, ritenute reali, concrete, efficienti, alle sterili e vuote garanzie formali, rappresentate dal pedissequo ossequio alla legge²¹.

sazione inammissibili – con il solo obiettivo di ottenere una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali)» (Cass., Sez. U, n. 155 del 29 settembre 2011 – dep. 10 gennaio 2012, Rossi e altri, Rv. 251496). Al riguardo, v. F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*, in Cass. pen., 2012, p. 2444 ss.; AA.VV., *Abuso del processo*, in Cass. pen., 2012, p. 3592 ss.

²¹ Si parla, non a caso, di «legalità dinamica, di tipo “teleologico”, il cui obiettivo sarebbe quello di giungere a un esito che, non insensibile alle circostanze del caso, e quindi parametrato su presupposti di idoneità, adeguatezza, proporzionalità, necessità per il raggiungimento di un determinato scopo,

L'errore di impostazione è evidente. Si invoca un parametro di giudizio europeo, pensato per una valutazione da compiersi *ex post* di un processo già concluso e solo in funzione della tutela minimale dei diritti umani in sede internazionale, ossia per le più vistose violazioni, con l'intento di consegnarlo nella mani del giudice procedente quale criterio di apprezzamento quotidiano dei singoli atti processuali che via via vanno compendosi. L'equità processuale complessiva è un criterio elastico e tipico della giurisdizione europea sulla cui base non si può governare lo svolgimento di un processo. Allo stesso modo, sono insoddisfacenti i criteri succedanei, o meglio i corollari, della proporzionalità, dell'adeguatezza e della effettività dietro i quali si nasconde non tanto una nuova legalità europea, quanto la negazione stessa della legalità in favore del *judge made law*.

Si potrebbero portare infiniti esempi al riguardo, ma può essere sufficiente citare una recente sentenza di Strasburgo in tema di diritto al silenzio²²: l'equità processuale complessiva non risulta compromessa quando la condanna non sia stata pronunciata sulla sola base delle dichiarazioni rese nel corso di un interrogatorio in cui l'accusato non è stato informato della facoltà di non rispondere, essendo stato sentito in qualità di testimone. Il parallelo con la prova di resistenza della Cassazione in tema di inutilizzabilità è davvero singolare e fa riflettere.

Del resto, il giudizio secondo equità è da sempre un giudizio senza regole legali, rimesso alla libera discrezionalità del giudice.

Se questo è l'approdo al quale siamo destinati, ritengo doveroso segnalare il rischio di una pericolosa deriva giurisprudenziale della procedura penale, peraltro già da tempo in atto, ma in futuro rivestita di forme nuove e giustificata dalla presunta esigenza di conformarsi a evanescenti principi europei. L'accusato potrà confidare solo nell'equità del giudice, non nei suoi diritti costituzionali attuati dalla legge formale e ordinaria.

Se questo è lo scenario, risvegliamo le nostre coscienze obnubilate dal predominio della giurisprudenza e apriamo una nuova stagione di garantismo classico e legalitario prima che sia troppo tardi.

produca in concreto una decisione giusta» (R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, Milano 2015, p. 71).

²² Corte eur. dir. uomo, sez. II, 16 giugno 2015, Schmid-Laffer c. Svizzera, § 39.

LUCIANO VIOLANTE

LA PRODUZIONE DEL PENALE
TRA GOVERNO E PARLAMENTO MAGGIORITARIO

1. Il mondo del penale, con il suo seguito di norme incriminatrici, disposizioni processuali, spettacolarizzazione delle vicende, sussiegose conferenze stampa, ha conquistato una immeritata centralità nella sfera sociale e nell'immaginario collettivo come strumento di risanamento sociale, mezzo per acquisire consenso elettorale, terreno di legittimazione propria e delegittimazione dell'avversario politico.

Alcuni esempi.

Il governo si è rifiutato di depenalizzare la inutile e costosa norma incriminatrice dell'immigrazione clandestina "perché la gente non avrebbe capito". Si è ceduto alla preoccupazione di perdere consenso e si è rinunciato all'esercizio di un dovere fondamentale per una classe dirigente: dire la verità e spiegare che quella incriminazione non serve allo scopo e danneggia il sistema giudiziario

Quando nel corso della discussione alla Camera delle disposizioni sul cosiddetto omicidio stradale è stato approvato un emendamento delle opposizioni che giustamente impediva l'arresto in flagranza nel caso in cui l'investitore si fosse fermato a soccorrere la vittima, in Parlamento e sui mezzi di comunicazione si sono moltiplicate le reazioni negative, quando in realtà quella norma potrà probabilmente salvare qualche vita.

La magistratura penale si struttura come una sorta di esercito di riserva della politica stessa: sono magistrati provenienti dalle Procure della Repubblica il capo dell'autorità anticorruzione, l'assessore alla legalità del comune di Roma, dopo la scoperta delle corruzioni romane, il sindaco di Napoli, il Presidente della Regione Puglia. Il sindaco di Bari subodorando illeciti (il sospetto si è poi rilevato fondato) ha nominato un ex p.m. come presidente della Fondazione Petruzzelli. Il prefetto Tronca, commissario al comune di Roma, ha designato a capo di un suo delicato ufficio un magistrato della Corte d'Appello di Milano.

Dopo il cosiddetto scandalo di Quarto i responsabili del M5S hanno annunciato che avrebbero fatto verificare dalla Commissione Antimafia le liste dei loro candidati alle prossime elezioni amministrative. La stessa cosa ha annunciato qualche giorno fa uno dei candidati a sindaco nella Capitale. Ma la legge istitutiva non attribuisce alla Commissione Antimafia alcun potere di verifica della dignità

civile dei candidati. È l'occuparsi del crimine, sotto un'egida certamente rispettabile, che regala alla magistratura penale funzioni invasive delle competenze specifiche di alcuni partiti politici, su richiesta degli stessi partiti che evidentemente si considerano non all'altezza dei propri compiti istituzionali.

2. Strettamente connesso con il fenomeno della panpenalizzazione è la crescita abnorme del giudiziario nelle nostre vite. Il fenomeno non è solo italiano, come dimostra la vastissima bibliografia europea e nordamericana sul tema. La riflessione più recente, con specifico riferimento all'Europa, è probabilmente quella di Todd Huizinga, *The new totalitarian temptation*, 2016, che parla appunto di *Global Judicial Despotism*.

Questi fenomeni non nascono come erbe selvagge in campi ben coltivati. I campi sono prevalentemente incolti. In tutto l'occidente le democrazie attraversano gravi difficoltà; in Italia queste difficoltà assumono caratteri più intensi e a volte più drammatici.

3. Nei primi decenni di vita della Repubblica hanno dominato alcune grandi etiche pubbliche, cattolica, comunista, repubblicana, liberale. Le diverse etiche avevano alcuni comuni denominatori: la dignità delle istituzioni, la necessità del dialogo tra avversari, l'opportunità del compromesso, la necessità di regolare il conflitto politico per salvaguardare l'efficienza e la credibilità delle istituzioni. Esse derivavano non solo dall'impianto teorico delle diverse culture civili, ma da una storia comune, fortemente intrecciata alla storia dell'Italia repubblicana. Questo *idem sentire* consentiva, pur nella tensione del conflitto politico, la costruzione di una rete di principi e 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, indirettamente confermavano il primato dei principi etici che regolavano la sfera pubblica. Questi principi nascevano dalla proiezione nella sfera pubblica della vitalità dei partiti, dalla loro legittimazione, dalle idee, dagli impegni e dalle narrazioni che caratterizzavano ciascuno di essi. Erano formazioni della società costituite da comunità politiche sapienti che affrontavano i problemi nazionali e a volte anche internazionali, discutevano con metodo razionale le scelte di governo, costruivano ponti con il sistema delle istituzioni politiche. In questa fase era ancora chiaro il discrimine tra l'eticamente riprovevole e il penalmente rilevante.

Era molto importante la capacità di regolare il conflitto politico, che teneva il conflitto e le sue soluzioni all'interno dei principi propri della politica e non prevedeva in alcun modo la delega della soluzione a terzi. Oggi invece è molto frequente, anzi abituale, la giurisdizionalizzazione del conflitto politico, che affida al giudice la risoluzione del conflitto e rende quindi la politica subalterna alla giurisdizione.

4. A partire dalla fine degli anni Settanta, dopo l'assassinio di Aldo Moro (1978), i partiti cominciano a rattrappirsi. Si allontanano progressivamente dalla società, dove maturano movimenti come l'ambientalismo, il femminismo, il terrorismo, estranei alla loro tradizione e che essi non capiscono. E si insediano nel sistema pubblico. I partiti, da espressione delle società, diventano espressione del sistema pubblico: si avvia la statalizzazione dei partiti politici. La legge elettorale Calderoli (2006), che sostituisce la scelta dei parlamentari da parte dei cittadini con la cooptazione da parte dei gruppi dirigenti di ciascun partito, ha costituito il punto di massimo allontanamento dei partiti dalla società e di loro massima statalizzazione. Alla statalizzazione si è accompagnata la personalizzazione perché la statalizzazione segna la fine del partito come comunità politica e il trionfo del partito come strumento di potere personale e aggregazione di persone attorno a un leader. Questo tipo di partito non è in grado di rispondere alle domande proprie dell'etica pubblica sul buono e sul giusto, sul degno e sull'indegno, sui fini e sui doveri. L'etica infatti non può esaurirsi nella volontà di un singolo chiunque esso sia; ha un senso se è il patrimonio di valori che identifica una comunità alla quale il singolo accede con la propria storia e portando il contributo dei propri valori che vanno mediati con quelli di coloro che della comunità fanno parte.

5. Appannata l'etica politica, il complesso di valori idonei a costituire parametri per dare giudizi di ammissibilità o inammissibilità, di liceità o offensività dei comportamenti politici è rimasto quello desumibile dal codice penale, l'unico complesso di regole frutto di giudizi di valore e capace di produrre l'agognata punizione. L'appannamento dell'etica politica è uno degli effetti del partito del leader. Se il partito è una comunità politica che esprime il proprio leader, l'etica del partito è dato dai valori complessivi degli appartenenti a quella comunità politica. Così è accaduto per Moro, Berlinguer, Fanfani, Spadolini, Saragat, Almirante che erano leader scelti dai partiti ai quali appartenevano e che avevano propri valori etici. Il partito del leader non è una comunità politica, è una catena di comandi e di obbedienze che partono dal leader verso il basso; l'etica non è quella della comunità, che non esiste; è quella del leader che, proprio perché espressione di una sola persona, e non passata attraverso il vaglio della molteplicità del-

le esperienze e delle sensibilità, non si presta ad essere assunta dal complesso di coloro che si riconoscono in quel partito. È a questo punto che viene in soccorso il codice penale come unico depositario di un complesso di valori sentiti come tali dalla intera comunità nazionale. Ma il codice penale, incentrato sulla punizione, fa nascere l'immagine erronea del carattere salvifico della punizione con la conseguente equazione: più minaccia di punizione, più eticità. A questo punto il codice penale tiene in piedi la politica come la corda tiene in piedi l'impiccato.

L'inchiesta penale, le conferenze stampa che ne conseguono, il pilotaggio delle cosiddette fughe di notizie, il rito del pubblico dibattimento, l'abuso di motivazione con giudizi morali sui protagonisti del processo, ma a volte anche nei confronti di soggetti estranei, sembrano rispettare doverosamente le regole della spettacolarizzazione delle indagini, della distruzione voyeuristica della reputazione dei singoli, di un moralismo privo eticità.

6. Il primato del penale come terreno del risanamento sociale, proposto dalla politica, ha scatenato una sorta di inseguimento della sanzione più severa, del trattamento penale più rigoroso, della norma incriminatrice più indeterminata al fine di aumentare le possibilità dell'intervento penale. Il cittadino comune, stimolato da queste tendenze, pensa a sua volta che invocare più pena costituisca la soluzione e tende a valutare il comportamento dei politici sulla base della loro volontà di penalizzazione. Il mondo politico sembra aver trovato nel diritto penale non un'*ultima ratio*, ma una facile terreno di (apparente) soluzione di alcuni problemi del Paese, non costoso, legittimante e rispondente alle domande che vengono dai cittadini.

7. Per effetto di tutti questi fattori comincia a trovare un proprio spazio tra la società civile e la società politica una società di mezzo, che possiamo chiamare *società giudiziaria*. La società giudiziaria si avvale di criteri di valutazione e di metodi di confronto basati essenzialmente sulla centralità del diritto penale nella vita economica, sociale e politica della nazione; conseguentemente ha come decisivo punto di riferimento la magistratura ordinaria, in particolare quella parte rappresentata dalle Procure della Repubblica. Della società giudiziaria fanno parte cittadini comuni, mezzi di comunicazione, forze sociali, parlamentari e interi partiti. Essa attinge tanto dalla società civile quanto dalla società politica, ma si presenta solo come rappresentante della società civile, disdegnando qualunque relazione con la società politica, anche se alcune sue componenti ne fanno parte a pieno titolo. La società giudiziaria non chiede il processo, chiede la punizione di chi considera colpevole perché toccato dalla mano di una Procura della Repubblica op-

pure perché appartenente a quelle classi dirigenti ritenute responsabili del malaffare o titolari di privilegi ingiustificabili. Ciò che punisce risana, sembra ritenere la società giudiziaria.

In un ordinamento che ha perso la certezza della legge, la fonte della legittimazione della magistratura non può più derivare dalla soggezione alla legge; in misura sempre più preoccupante la legittimazione del giudice, specie del magistrato penale, deriva dalla rispondenza delle sue scelte ai desiderata della società giudiziaria.

A volte la società giudiziaria si presenta minacciosamente come una sorta di compagnia della santa punizione, che a ogni piè sospinto chiede la pena, il processo, le dimissioni, come strumento di globale salvezza della società e dei singoli. Viene inevitabilmente alla memoria una strofa di Eustache Deschamps (1346-1406), poeta francese che visse nel medioevo:

*Larrons a Dieu, qui faingnez divers maux/Trainez soyez a queues de chevaux/Et puis apres panduz a un gibet!/Advisez y, baillis et seneschaulx/prenez, pandez, et ce sera bien fait*¹.

8. Si è soliti attribuire alla magistratura la totale responsabilità dello stato delle cose. In realtà questa interpretazione banalizza il tema e ha il difetto di ignorare la natura del problema italiano, che riguarda le difficoltà della democrazia e la tentazione di aggirare gli ostacoli con semplificazioni autoritarie. Di queste semplificazioni fanno parte le culture salvifiche della pena e della giustizia penale.

¹ “Ladri contro Dio che commettete diversi peccati/Siate trascinati legati alle code di cavalli/ E dopo appesi ad una forca/ Siano avvertiti i baglivi e i siniscalchi/Prendeteli, impiccateli e tutto sarà ben fatto”. È chiaro l'intento irridente nei confronti dei poteri dei baglivi e dei siniscalchi.

Antologia

LUIGI CORNACCHIA

*LEX IMPERFECTA: CIÒ CHE SOPRAVVIVE DELLA NORMENTHEORIE
DI BINDING NELLA DOMMATICIA PENALE*

SOMMARIO: 1. Introduzione: una (polverosa) architettura del passato. – 2. Il modello binario di Binding. – 3. Ciò che è morto nella teoria delle norme bindinghiana. – 4. “*Lex est actus imperii*”? Critica alla concezione imperativa: eterogeneità funzionale di norma e divieto/comando. – 5. ‘*Satz des ungesetzten Rechts*’: il significato della norma primaria. – 6. Antigiuridicità come *locus* pre-penale di delimitazione delle libertà nelle reciproche relazioni intersoggettive. – 7. *Lebendiges, totes und überlebendiges*: la distinzione tra norma e fattispecie. – 8. Critica alla concezione sanzionatoria della norma secondaria. – 9. Il carattere frammentario del diritto penale.

1. *Introduzione: una (polverosa) architettura del passato*

Nell’età dell’europeismo giudiziario, della sovrapposizione e talora contrapposizione tra legalità costituzionale e convenzionale, degli intrecci spesso indecifrabili tra diritto legislativo compulsivo e *law in action*, del diritto globale senza stato fondato sulla *Grundnorm* della *suprema lex mercatoria*, ha ancora un senso interrogarsi sul significato delle strutture normative dell’ordinamento giuridico-penale? Un’indagine normo-teoretica apparirà probabilmente al giurista contemporaneo una sorta di metafisica del diritto, inutile sul piano interpretativo e applicativo, inidonea a districare la trama dell’odierno sistema giuridico multistrato e priva di senso rispetto alla polimorfica dinamica ordinamentale.

Il dibattito sulla teoria di Karl Binding, ma più in generale sul concettualismo – inteso come ricerca dei nessi logici tra categorie giuridiche individuabili in via induttiva dal diritto positivo, allo scopo di conseguire deduttivamente nuove acquisizioni concettuali e di assegnare coerenza e completezza al sistema giuridico – interessò all’inizio del secolo scorso anche la dottrina italiana: in effetti, si situava nella medesima direttrice, al di là delle obiezioni e degli accenti fortemente polemici sulle singole soluzioni teoriche, l’indirizzo metodologico di Arturo Rocco, quantunque ancor più radicale nel rigetto di qualsiasi contaminazione della scienza giuridica con la filosofia e la sociologia. Ma si confrontarono con questo approccio e con l’enciclopedico disegno di ‘*Die Normen und ihre Übertretung*’, tra gli altri, Massari, Manzini, Grispigni e Delitala.

L’esumazione di reperti così lontani, e non solamente cronologicamente, dalla sensibilità dei giuristi penalisti contemporanei, ormai consegnati al più a qualche

appendice erudita di manuali per teorici, porta alla riscoperta di acquisizioni minimali che, se valorizzate adeguatamente, permetterebbero forse di reimpostare in maniera più soddisfacente una serie di altre questioni interpretative: nella storia della dommatica si ripropongono ciclicamente aporie concettuali frutto del deprezzamento di categorie fondamentali afferenti alla teoria del diritto e delle norme.

Una di queste “verità”, del tutto ovvia ma proprio per questo sostanzialmente caduta in oblio, è l’importanza, anche per il diritto penale, della dimensione (non precettiva, né sanzionatoria, ma) *vincolante* sul piano giuridico, e inoltre *costitutiva* sul piano sociale, della norma in quanto tale.

2. Il modello binario di Binding

Per norma non si intende la disposizione del codice penale o di altra legge che contiene la fattispecie incriminatrice: si fa invece riferimento alla tradizione di quella *Normentheorie* che ha appunto in Karl Binding il suo capostipite, nella quale la *Norm* viene considerata distinta dal *Rechtssatz*¹.

Secondo lo schema di Binding, innanzitutto, sottese a tutte le disposizioni penali si possono individuare delle norme primarie di condotta (*Rechtsnormen*) rivolte al cittadino in forma di comandi o divieti, di solito non positivamente formulate², e non necessariamente sanzionate (“*unbedingte Pflichten*”³): *norme extrapenali*, appartenenti al *diritto pubblico* (in quanto pretendono un diritto all’obbedienza da parte dei sudditi); primarie in quanto logicamente prevee rispetto alla legge penale, che trova in esse la sua *ratio*. Inoltre, la violazione della *Norm* produce anti giuridicità: ma solo una proposizione legislativa (“*Satz des positiven Rechts*”) rende anti giuridica la condotta contraria al divieto⁴.

¹ Esposta in BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtsmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Band I: *Normen und Strafgesetze*, 1. Ed., Leipzig, 1872, 2. Ed., Leipzig, 1890, 3. Ed. (invariata), Leipzig, 1916; 4. Ed., Leipzig 1922, Neudruck, Aalen, 1965, 1 ss.; ID., *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, 155 ss.

² BINDING, *Normen*, I, 45; “*Satz des ungesetzten Rechtes*”: *ibidem*, 6, 153 ss. Che la *Rechtsnorm* non debba necessariamente essere espressa, trattandosi in qualche modo del nucleo implicito in ogni disposizione, è in fondo proprio uno dei riflessi più evidenti della tradizione della *Normentheorie*: oltre che nei già citati passi di Binding, va ricordato come questa idea si rinvenga e si ponga al centro anche della concezione di Armin Kaufmann, per il quale la norma rappresenta la forma del pensiero sotteso alla *Rechtssatz* che ha effetto di *Verpflichtung* (Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, 48), ovvero *Denkform der rechtlichen Gebundenheit* (*ibidem*, 74 ss.), o meglio ancora *abstrakte Denkform der Verbindlichkeit des Rechts* (*ibidem*, 138), che unisce in maniera vincolativa i consociati (*ibidem*, 124 s.).

³ *Ibidem*, I, 40 ss.

⁴ *Ibidem*, 133.

Il dichiarato orientamento teleologico delle norme – quello di *assicurare l'esistenza della società*⁵ – ne evidenzia la vocazione prettamente generalpreventiva⁶.

La lezione positivista di Binding – un positivista del diritto, *non della legge* – sta nell'individuazione di un nucleo giuridico basale non consistente nella legge positiva: al di là del gioco di parole offerto dal lessico tedesco – tra “*Gesetz*” e “*gesetzes versus ungesetzes Recht*”, che non è possibile traslare in una lingua diversa –, il diritto, inteso alla stregua di determinazione autoritativa della regolamentazione teleologica (ossia, in vista degli scopi attesi dalla volontà generale della collettività) delle relazioni intersoggettive non è necessariamente diritto scritto, ma anche diritto ricavato “per fatti concludenti”⁷, quindi per consuetudine o “approvazione tacita”. Il ridimensionamento della *lex scripta* conduce poi Binding ad ammettere che ogni disposizione possa contenere anche implicitamente norme latenti⁸, aprendo così senza remore al diritto di matrice puramente interpretativa e persino al procedimento analogico.

La legge penale prevede invece regole secondarie a carattere sanzionatorio (*Rechtssätze*), deputate a comminare la pena per la violazione di una norma, o a dichiararla esente da pena, più esattamente: si tratta di *proposizioni autorizzatorie* dirette allo Stato, che sanciscono il diritto soggettivo di punire⁹.

Nella versione di Binding, tale “*bejahender Rechtssatz*” non è una norma rivolta al giudice, o ad altri organi dello Stato, dato che non impone a nessuno di questi un dovere immediato di comminare la pena¹⁰: la sua previsione rappresenta

⁵ *Normen*, I, 51 ss., 419 (norme in funzione della “*soziale Selbstbehauptung*”), in ptc. nt. 5.

⁶ Cfr., anche per i riferimenti alla *Normentheorie* di Binding, FROMMEL, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweck-Diskussion*, Berlin, 1987, 57 ss., 71 ss., 104 ss.

⁷ Secondo l'espressione di Binding, “*konkludent*”: *Handbuch*, 197 ss., in ptc. 198, 199.

⁸ BINDING, *Handbuch*, 201 s., 202, nonché 11; v. già ID., *Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zu einander*, ZStW, 1, 1881, 4 ss., 18.

⁹ La titolarità del diritto soggettivo di punire risiede secondo Binding nello Stato, ed è speculare al diritto di obbedienza che lo Stato può pretendere dai suoi sudditi: la ragion d'essere di questa titolarità statale sta nel fatto che lo Stato, le cui norme viola il delinquente, deve essere portatore del diritto all'obbedienza insieme al diritto di punire il trasgressore.

¹⁰ Per la differente, celebre tesi risalente del giudice come destinatario delle norme v. BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, Leipzig, 1912, 22 ss.: direttamente in polemica con Binding e con “*seine imaginäre Normen*”, per Binder la norma penale è un comando rivolto ai giudici (23 ss., in ptc. 26; così v. pure ID., *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, Leipzig, 1927, 53 ss.). Secondo l'Autore, le norme giuridiche sono norme procedurali e di decisione (*Verfahrens- und Entscheidungsnormen*), che rendono possibile la tutela del diritto (*Rechtsschutz*), e con esso il diritto può essere regola del vivere sociale (BINDER, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, 1 ss., 85 s.); il diritto vige solo per la connessione tra la legge e l'apparato di coercizione statale (*op. ult. cit.*, 62); e, in generale, le norme giuridiche non valgono per intrinseca meccanicistica necessità, né per la loro giustezza, ma unicamente per la loro prerogativa di imporsi (“*Durchsetzbarkeit*”); per cui il diritto è essenzialmente *Haftung*, non obbliga a nulla, mentre le norme che orientano il com-

solamente motivo per farlo nell'attuazione della legge penale¹¹. Le *Strafgesetze* contengono dunque la minaccia della pena per il reo che in base ad esse viene giudicato, ma il reato non viola la legge penale (che infatti non consiste in un imperativo), al contrario, *realizza* quanto da essa previsto: il reo fa esattamente quello che la disposizione legale descrive nella sua fattispecie, trasgredendo invece il comando contenuto nella *Rechtsnorm* (per tale ragione la legge penale incrimina una condotta già *antigiuridica* ai sensi della norma primaria di condotta rivolta al reo¹²).

Quindi la regola di comportamento contenuta nella norma primaria è preesistente rispetto al diritto penale, appartiene al diritto pubblico ed è concepita alla stregua di "imperativo categorico", che esplica effetti a prescindere dalla sanzione¹³; regola che confluisce poi in una norma secondaria non imperativa, ma che autorizza l'irrogazione della pena e garantisce così la norma primaria.

Ovviamente non è propria solo della teoria di Binding l'idea di una *struttura bidimensionale della norma*: la scissione tra dimensione normativa e sanzionatoria della disposizione di legge penale (*Rechtsnorm* vs. *Rechtssatz*; *lex imperfecta* o *praeceptum legis* vs. *lex perfecta* o *sanctio legis*), è sostanzialmente corrispondente a quella già benthamiana tra *principal law* o *subsidiary law*¹⁴, e ritorna in quella tra *primary rule* (o *rule of obligations*) e *secondary rule*¹⁵.

Questa dicotomia così netta, che sembra disegnare due sistemi eterogenei – quello del precetto implicito nella norma primaria, ma di diritto pubblico (non penale); e quello del diritto punitivo legittimato dalla norma secondaria penale – che si incontrano solo sul piano strumentale, in quanto la norma secondaria è il mezzo per imporre coattivamente l'osservanza della norma primaria, fu oggetto di critiche da parte della dottrina italiana: si sottolineò infatti l'impossibilità di scindere nettamente imperativo/regola e sanzione/coazione, concetti che invece si integrano e si implicano necessariamente a vicenda e rappresentano "accezioni in-

portamento non sono giuridiche, non derivano dal diritto, ma dall'etica (BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 46 ss., in accordo con la tesi di Max Ernst Mayer, su cui v. *infra*).

¹¹ BINDING, *Normen*, I, 24.

¹² *Ibidem*, 134.

¹³ MASSARI, *La norma penale*, S. Maria in Capua Vetere, 1913, 60.

¹⁴ BENTHAM, *Of Laws in General*, 139 ss.

¹⁵ HART, *The Concept of Law*, 77 ss., 97 s. Secondo Hart le norme secondarie si collocano in un ambito non necessariamente coincidente con quello penale e contengono determinazioni sulle norme primarie: sono in particolare regole di riconoscimento del diritto (*rule of recognition*), di mutamento del diritto (*rule of change*), regole di competenza e procedurali per il conferimento del potere di risoluzione autoritativa sulle violazioni di norme primarie (*rule of adjudication*), comunque tutte quelle determinazioni normative che "attribuiscono agli individui dei mezzi per realizzare i loro desideri, conferendo loro i poteri giuridici di creare, mediante certe procedure specifiche, strutture di diritti e doveri nella cornice coattiva del diritto". Inoltre, la *primary rule* (regola coercitiva sostenuta da minaccia) è strutturata in termini di *dovere*, la *secondary rule* in termini di *potere*.

separabili del dovere giuridico”, dal momento che la norma giuridica è “un poliedro, di cui una faccia è il dovere giuridico e le altre facce riassumono tutte le facoltà, le autorizzazioni, le possibilità soggettive defluenti in forma di attività lecite”¹⁶.

Osservazione non priva di sviluppi anche nella prospettiva normologica che si proporrà.

La norma primaria di Binding coniuga tanto la prospettiva imperativa¹⁷, quanto quella valutativa¹⁸: proprio la dimensione “paradigmatica” delle *Normen* il loro orientamento a proporre modelli cogenti di comportamento (*vorgestellte Handlungsweise*) rappresenta in qualche modo la prospettiva *ex ante* di quanto la *Bewertungsnorm* costituisce *ex post*: è funzionalmente distinta ma costituisce presupposto del profilo valutativo.

Ma che senso e che utilità può avere l'individuazione di un imperativo paradigmatico pre-legale (davvero una norma?) che obbliga a certi standard comportamentali e al tempo stesso è privo di sanzione, solitamente inespresso e ricavabile solo in via interpretativa dalle proposizioni legislative?

¹⁶ MASSARI, *La norma penale*, 60 s.; v. anche 64.

¹⁷ BINDING, *Normen*, I, § 15 ss., 101 ss.

¹⁸ Infatti, per Karl Binding nella *Norm* (norma primaria, concettualmente eterogenea dallo *Strafgesetz*) si individua sia il momento del *Werturteil* (ciò che è considerato intollerabile da un punto di vista valorativo dall'ordinamento) sia quello del *Befehl*: BINDING, *Normen*, IV, 363. Eberhard Schmidt, in una celebre polemica con James Goldschmidt, riteneva che la norma assolve alla *Bewertungsfunktion* rispetto al comportamento “esterno” dell'agente, alla *Bestimmungsfunktion* invece nel momento in cui si rivolge al comportamento “interno”: v. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 25. Ed., Berlin-Leipzig, 1927, § 36; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 237 parlano di doppio carattere delle norme; v. anche: JESCHECK, *LK*, 1985, vor § 13 Rdnr. 39; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht. AT*, Teilband 1. *Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch*, 8. Ed., 1992, Rdnr 24/16; LENCKNER in SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem §§ 13/49, 51, 52 e 54; nonché GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, Bockelmann-FS, München, 1979, 158 (trad. it. a cura di ANGIONI, *La struttura del concetto di illecito penale*, RIDPP, 1982, 447); LAMPE, *Unrecht und Schuld, Sühne und Reue*, Jürgen Baumann-FS, Bielefeld, 1992, 24 ss. Cfr. SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen*, Hamburg, 1934, 96 ss.; DONINI, *Illecito e colpevolezza*, Milano, 1991, 49 s.; ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996. 162, che in particolare contrassegna la dimensione valutativa come momento della ‘razionalità’ e della ‘moralità’ del diritto, quella di indirizzo come momento della sua ‘forza’ e della sua ‘legalità’ (ID., *Illecito e colpevolezza*, 50 nt. 81: cfr. anche la bibliografia tedesca e italiana ivi citata). Pagliaro, in prospettiva critica rispetto alla distinzione, nega la possibilità di rinvenire un minimo comun denominatore, trattandosi di due funzioni affatto eterogenee: quella della valutazione degli accadimenti esprime il rapporto con la norma nei termini “emozionali” dell'approvazione o disapprovazione; quella della determinazione della volontà riguarda invece il modo (meglio ancora, la modalità tecnica) di operare della norma rispetto all'agire umano (PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 124).

Sono noti i dubbi che da sempre hanno sollevato le c.d. *leges imperfectae*¹⁹ – norme prive di sanzione – e che le hanno fatte accostare ai meri *consilia*, propri dell’etica piuttosto che del diritto²⁰.

Nella prospettiva bindinghiana la natura di norma giuridica non dipende da un particolare assetto sanzionatorio (che riguarda solo le conseguenze): la vincolatività o capacità di imporre i comportamenti stessi è assicurata appunto dalla *Rechtssatz* secondaria.

Tanto quello che manca nella teoria di Binding – che siano *Kulturnormen* alla maniera di Mayer²¹ (secondo il quale il loro ingresso nella disposizione giuridica positiva avviene “*mit gefälschten Papieren*”²²), o standard di rischio non consentito, o divieti di offese a beni giuridici – quanto quello che vi si trova – ad esempio la possibilità di ricorrere a regole consuetudinarie “*über die Größe des statthaften Risikos*”²³, e in generale il rilievo del “*maassvolles Risiko*”²⁴ almeno sul piano dell’esclusione dell’antigiuridicità – dischiudono parimenti orizzonti di discussione che impegneranno la dommatica penalistica del secolo ventesimo.

Vero è che, come si è giustamente osservato, la *Normentheorie* da Binding²⁵ in poi ha rappresentato il “ponte tra la dommatica penalistica e la teoria generale del diritto”²⁶. L’evoluzione delle strutture dommatiche può essere riletta infatti anche come la storia del tentativo di coniugare la “logica formale” del sistema con le dinamiche dell’adattamento alla società: il momento “sintetico” della ricostruzione degli istituti presuppone quello “analitico” dato dalla considerazione della morfologia delle norme che ne compongono il tessuto e delle loro reciproche interrelazioni²⁷. E sia pure con la riserva mentale per cui, probabilmente, non

¹⁹ Già dall’epoca di THOMASIUS, *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium*, 4. Ed., 1718, Rist. 1979, Pr. IX; I Cap. V § 34.

²⁰ Lo affermava del resto lo stesso BINDING, *Normen*, Bd. 1, 43.

²¹ M.E. MAYER, *Rechtsnormen*, 14 ss., 17, 49; ID., *Rechtsphilosophie*, 3. Ed., 1933, 37 ss.; ID., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. Ed., 1923, 37 ss., 44 s.; come noto, secondo l’Autore le norme positive di diritto non sono dirette ai cittadini, ma agli organi che le devono applicare (*Rechtsnormen*, 30 ss., 130 ss. e *passim*).

²² M.E. MAYER, *Strafrecht*, 177.

²³ BINDING, *Normen*, Bd. 4, 438.

²⁴ BINDING, *Normen*, Bd. 4, 432.

²⁵ BINDING, *Normen*, 19, 28 ss.; nonché ID., *Handbuch*, 155, 162 ss., 181.

²⁶ Riprendiamo l’espressione dal titolo di un contributo: RENZIOWSKI, *Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre*, ARSP, 87, 2001, 110.

²⁷ Lo schema binario di *teoria delle norme quale base formale del diritto e dommatica quale sistematica della scienza penale* si riflette, ad esempio, in quella fusione tra *momento categoriale* – teoria del dovere giuridico – e *momento teleologico* – tipicità come riflesso della funzione della pena – che ha costituito in passato già lo scheletro della *Systematik* di RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin, 1904; ID., *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, in Frank-FG, I, Tübingen, 1930, 160. Il modello radbruchiano si struttura peraltro, come noto, sul (ritenuto) *Oberbegriff* di tutti gli illeciti, ossia l’azione: un dato naturalistico, quello della *Handlung*, profondamente

c'è nessun concetto più equivoco e polisemantico di quello di norma²⁸: a seconda dell'accento posto su una dimensione piuttosto che un'altra, ne discendono conseguenze in termini di inquadramento dommatico degli istituti normologicamente fondati (colpa, concorso di persone, tentativo, etc.).

Di questa poliedricità è del resto ben consapevole lo stesso Karl Binding nel momento in cui assegna alla norma primaria tanto valenza imperativa, quanto paradigmatica; e, soprattutto, pone in stretta correlazione di presupposizione gli obblighi di agire o omettere contenuti nella *Norm*²⁹ con contrapposti speculari diritti soggettivi³⁰: è la corrispondenza biunivoca tra obbligo di obbedire del suddito e speculare diritto soggettivo dello Stato alla sovranità e all'obbedienza (*Herrscherrecht auf Gehorsam oder Botmässigkeit*)³¹ che giustifica l'appartenenza delle *Normen* stesse al *diritto pubblico generale*³².

3. Ciò che è morto nella teoria delle norme bindinghiana

Ora, di questa complessiva concezione alcuni postulati sono oggi improponibili.

Innanzitutto, com'è ovvio, l'ultima assunzione menzionata, quella della relazione praticamente sinallagmatica tra dovere civico di obbedienza e diritto soggettivo statale, appare espressiva di una precisa visione ideologica, la soggezione dei sudditi al potere sovrano³³, incompatibile sul piano prescrittivo con l'odierno

“vivisezionato” e da tempo dissolto dalla migliore dottrina (in Italia almeno a far data dalla critica serata di Giorgio Marinucci in *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 68 ss., 123 ss.).

²⁸ Sul poliedrico significato di *norma* – come *relazione* tra prescrizione generale e comportamento (tra modello astratto e situazione concreta); come *criterio* o standard di comportamento (in questo senso peraltro pare più consono, anche etimologicamente, il concetto di *regola*); come *giudizio* (ipotetico o categorico); infine come imperativo (comando o divieto, termine che, in ragione di un pregiudizio inveterato, ha spesso fagocitato le altre prospettive) – rimandiamo, con precipuo riferimento alla teoria di Binding e ai suoi sviluppi, alle pagine di Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 36 ss.

²⁹ Che, come noto, nella sua concezione è la regola primaria di condotta.

³⁰ BINDING, *Normen*, I, 96 s.

³¹ La lesione di questo diritto soggettivo alla sovranità, concettualmente precedente il dovere, è secondo Binding l'unica lesione giuridica comune a tutti i delitti (BINDING, *Normen*, I, 98).

³² BINDING, *Normen*, I, 97.

³³ La denuncia di una larvata matrice dispotica dell'imperativismo non è certo nuova: v. già anche LOENING, *Über Wurzel und Wesen des Rechts*, Jena, 1907, 16; GOLDSCHMIDT W., *Der Aufbau der juristischen Welt. Theorie der Austeilung, ihrer Gerechtigkeit und ihre Normierung*, Wiesbaden, 1963, 34 s.; KRÜGER, *Der Adressat des Rechtsgesetzes*, 48. Se non altro, l'imperativismo presuppone per forza un potere, da cui il *Sollen* trae il suo fondamento: un potere che, a sua volta, viene rivisto come cosa “reale”, come coercizione psichica o fisica, e non meramente normativo. Il nesso tra *Macht* e *Sollen* emerge all'interno di tale universo precomprensivo come biunivoco: la “relazione di ritorno” dal suddito al sovrano legittima il potere di quest'ultimo: “*Oboedentia facit imperatorem*” (RADBRUCH, *Rechts-*

assetto di rapporti tra Stato e cittadini; oltre che profondamente ingenua e semplificatoria a livello descrittivo, laddove si adagi sugli stilemi di una comunicazione di tipo familistico o tribale: in una società complessa le relazioni giuridiche non si riducono a collezioni di comandi o divieti corredati di sanzioni. E in generale, molto rudimentale appare l'idea del diritto penale come puro sistema di coercizione all'interno dell'ordinamento giuridico, come meccanismo di repressione della disobbedienza, quindi, di fatto, come mero apparato istituzionale di violenza³⁴. Così pure la visione dell'ordinamento come meccanismo di imposizione di comportamenti.

In realtà, una norma giuridica, prima di comandare o vietare alcunché, si rivolge ai suoi destinatari come interlocutori: detto in altre parole, «riconosce» i suoi destinatari – i cittadini – prendendo sul serio le loro condotte e rendendoli responsabili delle stesse. La relazione tra norma e destinatario non va descritta come quella tra superiore e subordinato, o tra genitore e figlio minore, o tra padrone e schiavo: non è un imperativo rivolto a un soggetto che deve attenervisi ciecamente. Piuttosto, va intesa come relazione di riconoscimento tra «adulti»³⁵.

philosophie, 5. Ed., Stuttgart, 1956, 177). In realtà, la stessa germinazione semantica del *Sollen* dal potere coercitivo è frutto di una ingenua sovrapposizione teorica (semmai dal *Macht* deriva il “*Müssen*”). In maniera inequivocabile il collegamento tra diritto, imperativo e soggezione al potere contrassegna la polemica anti-giusnaturalista e in particolare nell'ambito della *analytical jurisprudence*, le concezioni di Jeremy Bentham e John Austin. Cfr. in ptc. BENTHAM, *Of Laws in General*, edited by H.L.A. HART, University of London, 1970, 1: come noto, si tratta di opera inedita, il cui manoscritto è da ricondursi al 1782, come desunto di solito dalla lettera inviata dall'Autore a Lord Ashburton e da alcuni riferimenti rinvenibili nel testo: v. “*Introduction*”, XXXI, nt. 2), che così inizia: “*A law may be defined as an assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted by the sovereign in a state, concerning the conduct to be observed in a certain case by a certain person or a class of persons, who in the case in question are or are supposed to be subject to his power*”. Cfr. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence determined*, in ID., *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive law*, Vol. I, 5. Ed. (Revised and edited by CAMPBELL), London, 1885, 88 ss., in ptc. 91, ove sottolinea l'idea dell'obbligo giuridico come imposizione, coercizione, quindi, come una realtà caratterizzata dalla minaccia di un male per il caso di disobbedienza. Sarà peraltro lo stesso Hart, nella sua celebre critica al pensiero di Jeremy Bentham e John Austin, a rimarcare come il concetto di obbedienza dei sudditi rispetto al sovrano posseda un angolo prospettico piuttosto ristretto, nella misura in cui permette di apprezzare soltanto l'aspetto esterno, behavioristico, della descrizione del comportamento ma non sia in grado di spiegare il profilo propriamente normativo del diritto, che si estende fino a ricomprendere una ricca gamma di “regole generali, standard e principi”: HART H.L.A., *The Concept of Law*, 2. Ed., Oxford, 1994 (1. Ed., 1961), 22 ss., 83 ss., e in ptc. 173, 345. Un punto di vista estremamente interessante rispetto a quanto si dirà.

³⁴ Per tale assunto, in polemica con Kelsen, LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1. Ed., 1960; 6. Ed., Berlin-Heidelberg-New York-Tokio-Hong Kong-Barcelona-Budapest, 1991, 73 ss.

³⁵ Cfr. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 56 ss.

Ma va altresì smontata quella sorta di “patto d'acciaio” tra connotazione imperativa e c.d. norma primaria, secondo cui il nucleo della teoria normologica consisterebbe nell'essere le norme primarie degli imperativi rivolti ai cittadini³⁶.

È noto come i sostenitori della concezione in oggetto³⁷ ricavano la forma di imperativo della norma non certo da una analisi logico-formale, ma “attraverso uno sguardo immediato alle esigenze della realtà giuridica”³⁸. La natura imperativa della norma, lungi dall'essere fondata a livello argomentativo, è così postulata come un dato in sé auto-evidente, quasi una ovvietà, ad onta di qualsiasi differente indicazione proveniente dal tessuto ordinamentale. Incontestabile l'affermazione della non cogenza dei dati lessicali iscritti nelle disposizioni di legge, in realtà il dogma della norma come comando non sembra affatto lapalissiano³⁹.

4. “Lex est actus imperii”? Critica alla concezione imperativa: eterogeneità funzionale di norma e divieto/comando

³⁶ Ravvisano (diversamente da Binding) un'essenza normativa anche nelle norme secondarie, intese alla stregua di comandi rivolti ai giudici di comminare sanzioni, ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München, 1971, 43; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, 360.

³⁷ Tra i sostenitori della concezione imperativa è d'obbligo citare THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, *passim*, in ptc. 8, 397 ss., che intende il diritto di una comunità come complesso di imperativi reciprocamente connessi, un reticolato nel quale la mancata osservanza dell'uno costituisce spesso presupposto dell'attivazione dell'altro: gli stessi diritti soggettivi sono prodotti da comandi o divieti posti a garanzia di interessi (dello stesso autore v. anche THON, *Der Normadressat*, in *Jebrings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Bd. 50, 1906, 1 ss.); v. inoltre BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, Bd.1, Freiburg i.B.-Leipzig-Tübingen, 1894, 7, 30 ss.; DEL VECCHIO, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 2. Ed., Basel, 1951, 392 s.; TAMMELO, *Contemporary Developments of the Imperative Theory of Law: A Survey and Appraisal*, ARSP, 1963, 255 ss.. Nell'ambito della letteratura penalistica v. HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*, Bd. I: *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, Jena, 1903, 80 (“Pflicht ist sozialpsychischer Zwang durch Drohung”). In tempi più recenti, tra gli imperativisti, ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 19 ss.; GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, 49 ss.; ID., *Zur Struktur der strafrechtlichen Unrechtsbegriff*, 156 ss.; ARM. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, 123 ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Ed., München, 1997, 268; WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 85; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 25 ss. Per un quadro generale v. RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 228 ss.

³⁸ “Durch unmittelbaren Einblick in die Erfordernisse der Rechtswirklichkeit”: ARM. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, 66 s.

³⁹ Per un'approfondita disamina critica dell'opinione che ravvisa nella norma un imperativo, anche rispetto ad altri profili “classici” (*ignorantia iuris*, responsabilità oggettiva), rimandiamo alle pagine di PAGLIARO, *Il fatto di reato*, 13 ss.; MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, 101 ss.

Lineare nelle sue premesse logiche, la concezione imperativa nasconde in realtà un equivoco: è di tutta evidenza come in ogni norma penale sia implicitamente contenuto il divieto di commettere il reato ivi previsto; una verità addirittura lapalissiana, trattandosi del precipitato del principio di non contraddizione, che tuttavia rimane “esterna”, per così dire, al contenuto reale della norma stessa, nulla specificando a riguardo e non pregiudicandone l’interpretazione. La trasformazione di tale precetto in quello, ulteriore, di tenere o non tenere un dato comportamento (secondo modulazione imperativista)⁴⁰ rappresenta un indebito salto logico: che la norma primaria contenga un simile, *diverso*, precetto è del tutto indimostrato.

Inoltre, non va confusa l’eventuale *espressione precettiva* (norma contenente un divieto o un comando) con il suo carattere *necessariamente vincolante* (pretesa di cogenza della norma) e idoneo a *determinare* conseguenze giuridiche (capacità regolativa della norma)⁴¹.

L’assunto fondamentale in cui si compendiano tutte le critiche alla concezione imperativa è che comando e norma appartengono a universi differenti: la norma è un fenomeno complesso, che non si lascia ridurre a mero imperativo.

Non a caso, gli stessi sostenitori odierni dell’imperativismo rimarcano l’esigenza di una interpretazione definitivamente affrancata da residui naturalistici, psicologici o empirico-sociologici: non rileverebbero infatti gli effetti psicosociali dei comandi assunti all’interno delle norme giuridiche, ma piuttosto la loro obbligatorietà⁴². Tuttavia, tale argomento, anziché legittimare l’istanza imperativista secondo l’intento dei suoi fautori, sembra certificarne inesorabilmente la

⁴⁰ Cfr. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979, Unveränderte Nachdruck, Wien, 1990, 235, nt. 19.

⁴¹ Si deve a Karl Larenz la corretta distinzione tra comando (“*Befehl*”), che si rivolge al comportamento di un soggetto destinatario, e determinazione (“*Bestimmung*”), che non si rivolge necessariamente al comportamento di una persona per orientarlo, ma può anche determinare condizioni giuridiche, ossia, in generale, stabilire semplicemente che “qualcosa deve essere”: LARENZ, *Der Rechtssatz als Bestimmungssatz*, Engisch-FS, Frankfurt a.M., 1969, 155 ss. (rifacendosi espressamente alla teoria di REINACH, *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, Neuauflage, München, 1953, 165 ss.). In questa prospettiva, tutti gli enunciati giuridici consistono appunto (non già in imperativi, ma) in *Bestimmungen*, in quanto sanciscono la “pretesa di vigenza” di determinate conseguenze giuridiche, stabilendo “*etwas als sein sollend gesetzt*” (LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 257, ove l’Autore segnala oltretutto come la confusione tra *Bestimmungsnormen* e imperativi sia diffusa non solo tra i giuristi, ma anche tra i logici e i filosofi morali). Il concetto di “determinazione” così inteso permette di far emergere la dimensione propriamente “normativa” delle proposizioni giuridiche: il cui significato è di stabilire che “quanto disposto sia accettato per l’avvenire come regolativo” (LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 256 s.). Proprio l’individuazione di tale carattere regolativo vincolante come tratto fondamentale della norma – la *Verbindlichkeit* come impronta del *Sollen* – sancisce il superamento dell’imperativismo stesso.

⁴² RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 208.

morte: occorre ragionare non in termini di comando, ma di vigenza e vincolatività della norma.

Del resto, la stessa connotazione del precetto come traduzione del nesso tra comando (del legislatore) e correlativa subordinazione (del cittadino destinatario) palesa in fondo una maternità ingenuamente “naturalistica”: il modello viene tratto dall’osservazione dei fenomeni giuridici visti nella loro fattualità (es. rapporti tra organi dello Stato; relazione di comando tra preposti e sottoposti; o, in modo ancor più evidente, la relazione di subordinazione militare)⁴³.

Ma che si tratti di una indebita sovrapposizione di piani eterogenei risulta ancor più evidente se si riflette sul fatto che, semmai, il comando costituisce lo *strumento* (di ordine pratico, non normativo!) della comunicazione e eventuale realizzazione del significato della norma⁴⁴.

La segnalata dicotomia corrisponde, notoriamente, a quella propria del neokantismo tra *Sollen* e *Sein*, tra mondo della normatività e mondo della causalità (e della psicologia, rispetto agli effetti di motivazione che i comandi esercitano sui destinatari), di cui si riconosce in Hans Kelsen – e nel suo programma di “depurazione” della teoria del diritto dalla fallacia naturalistico-psicologizzante – il capostipite: il diritto non si riduce a una somma di imperativi, diretti a destinatari che li devono riconoscere e accettare, ma si caratterizza essenzialmente per la “*Objektivität der Geltung*”, fondamento della sua autonomia (*Rechtsgesetzlichkeit*)⁴⁵. Con estromissione, dunque, dalla dottrina pura del diritto di ogni rilievo degli effetti psico-sociali, dell’obbedienza a comandi, del potere di motivazione della legge: tutti problemi di ordine fattuale, non normativo⁴⁶.

⁴³ Per tali osservazioni v. KRÜGER, *Der Adressat des Rechtsgesetzes*, Berlin, 1969, 47 s., che oltretutto segnala la “polarità”, il rapporto dialettico, di tensione tra legislatore e destinatario evidenziato da tale modo di pensare (*op. cit.*, 61).

⁴⁴ V. già MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, in *Der Gerichtssaal*, 89, 1924, 242 ss.; analogamente anche RADBRUCH, *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, DREIER-PAULSON (Hrsgg.), Heidelberg, 1999, 46.

⁴⁵ Dunque, “*objektives Urteil, nicht subjektiver Imperativ*”: un programma già definito con estrema lucidità in quello che può essere definito il “manifesto” del pensiero normativista, la “*Vorrede zur zweiten Auflage*” di *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Ed., Tübingen, 1923, VII. Per una chiara separazione tra “*Pflicht*” e “*Befehl*”, tra gli epigoni di Kelsen, v. ad esempio KUBEŠ, *Die Rechtspflicht*, Wien-New York, 1981, 101 ss., 117.

⁴⁶ Conta solo la condotta umana in quanto concreta i presupposti cui la norma ricollega la volontà statale di punire (KELSEN, *Hauptprobleme*, 226).

In generale, secondo la “lezione viennese” (anche non necessariamente kelseniana: v. es. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1923, 311; NOWAKOWSKI, *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, ZStW, 63, 1951, 288), la norma giuridica non consiste in un comando, ma in un *giudizio ipotetico*, espressione della specifica connessione tra una fattispecie come condizione e una conseguenza da essa condizionata (KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1. Ed., Leipzig-Wien, 21 ss.; *Hauptprobleme*, 189 ss., 201 ss.).

L'esito più radicale di tale percorso è rinvenibile nelle moderne letture normative che si incanalano nel solco delle teorie sistemiche: per Günther Jakobs la vincolatività delle norme non è data dalla loro natura imperativa, ma dal significato "simbolico-comunicativo" all'interno del gruppo sociale di riferimento; mentre la volontà dello Stato di imporre dei comandi attraverso il legislatore rimane un mero fatto psichico-naturalistico, inidoneo a spiegare la ragione della obbligatorietà (così come pure un contratto non vincola per il semplice fatto della sussistenza della volontà dei contraenti). La "norma" – estranea, come detto, all'idea di comando o di divieto – è qualcosa di incommensurabile anche ai singoli enunciati giuridici rinvenibili nei testi normativi: si tratta invece di uno *schema di interpretazione*, forgiato sulle *aspettative* di un determinato assetto sociale, formalmente garantite⁴⁷.

La "*Verbindlichkeit*" rampolla dalle attese di comportamento ingenerate dal ruolo ricoperto dalla persona (a prescindere dalla costituzione fisica della persona, dai suoi gusti, interessi individuali, dalle sue disposizioni e dalla sua volontà) che esprimono la ragione del *Sollen*⁴⁸: questo, lungi dall'aver a che fare con comandi o divieti coattivamente imposti, costituisce uno schema di ordinamento del sistema di relazioni⁴⁹. Breve: la "*Verbindlichkeit*" non è il prodotto di coazione, di un atto sovrano di forza, ma la caratteristica propria della norma stessa di dirigere la comunicazione⁵⁰.

In questa accezione, la norma non va vista in un'ottica prospettica di determinazione di comportamenti (*Verhaltensforderung*), ma retrospettiva, di riaffermazione dell'identità del sistema, ovvero delle aspettative in cui si struttura tale identità. Pertanto, sussiste un obbligo giuridicamente vincolante in quanto questo corrisponda a un ruolo riconosciuto dalla società: tale presupposto – di natura

L'adesione di Kelsen, nei suoi ultimi anni (quelli della c.d. fase scettica), e della scuola di Vienna in generale, alla teoria imperativista, più che come ripensamento, va visto come la coerente soluzione al problema della effettiva vigenza della norma, che necessariamente presuppone un atto di volontà positivo perché possa considerarsi esistente: coerente, in particolare, con la indeducibilità del "*Sein*" reale dal "*Sollen*" (KELSEN, *Allgemeine Theorie*, 195; ma già KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Ed., Wien, 1960, 73 ss., ove delinea la fondamentale distinzione strutturale tra "*Rechtsnormen*", che possono contenere imperativi, autorizzazioni, aree di liceità, etc., e "*Rechtssätze*", che sono invece giudizi ipotetici). Su tale questione con lucidità BRAUN, *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Die Rückkehr der Gerechtigkeit*, München, 2001, 63 s.).

⁴⁷ Uno schema che esplica un dato comportamento come appartenente o estraneo a un sistema: JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Berlin, 1999, 54.

⁴⁸ JAKOBS, *Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit*, in HÖVER (Hrsg.) *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, Hamburg, 1999, 5 ss., 6.

⁴⁹ "Deshalb ist das Sollen (und die Pflicht), anders als die Lust, ein Ordnungsschema einer gemeinsamen Welt": JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 39.

⁵⁰ JAKOBS, *Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit*, 36.

eminentemente “normativa” – rende possibile la continuità di contatti anonimi fondata sull'affidamento nella costanza dei ruoli rivestiti dai soggetti e riconosciuti dagli altri consociati all'interno del processo comunicativo che fonda la società⁵¹.

A mo' di silloge: l'imperativo non produce necessariamente un “*Sollen*”, ma piuttosto un “*Müssen*”⁵². Ossia, l'imperativismo, a causa della sua originaria tabe “naturalistica”, riduce il sistema giuridico a un puro meccanismo coercitivo, in cui l'unica ragione per cui “si deve osservare il comando” è il comando stesso, l'autorità, il potere dispotico: il comando si giustifica come “*Müssen*”, come pura relazione, di tipo naturalistico-causale, di coercizione/costrizione, ma non spiega la *dimensione propriamente normativa del dovere giuridico*. Al contrario il “*Sollen*” non è costrizione effetto di coercizione, ma *responsabilità*⁵³, ovvero: essere responsabilizzato. Il concetto di dovere in senso giuridico ricade nella categoria della *normatività*, mentre l'imperativo in quello della *causalità*.

E solo in questa prospettiva, come si espliciterà nel prosieguo, la norma può assumere, senza cesure concettuali, anche la funzione di parametro per la valutazione (“normativa”) di concrete fattispecie; mentre l'imperativo non può assolvere a tale funzione, non possedendo significato paradigmatico-valutativo⁵⁴.

L'obiezione classica addotta in generale contro la teoria imperativa, peraltro, è che l'universo normativo è molto più variegato della semplice alternativa divieti/comandi: esistono infatti norme autorizzatorie, permissive, delimitative, di organizzazione, di competenza, procedurali, programmatiche, esplicative⁵⁵; norme che sanciscono zone di liceità, costituiscono o garantiscono diritti soggettivi e libertà, dichiarano, interpretano, fondano poteri giuridici o sfere di competenza, o

⁵¹ JAKOBS, *Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit*, 32.

⁵² Così ad es. KUBEŠ, *Die Rechtspflicht*, 115; RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 1999, 47. Segnala la tradizionale sovrapposizione tra l'idea della vincolatività (*Verbindlichkeit*) della norma nel senso di “essere costretto” e in quello di “essere tenuto” (*verpflichtet*) ad agire secondo una determinata regola HRUSCHKA, *Zum Problem der Verbindlichkeit von Rechtsnormen*, ARSP, 54, 1968, 159. Per la distinzione tra necessità normativa (caratterizzata dal “*Sollen*”) e teleologico-causale (caratterizzata dal “*Müssen*”) v. KELSEN, *Hauptprobleme*, 5 ss., 48 ss., 57 ss.; *Reine Rechtslehre*, 1. Ed., 22 ss.; *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979, 7 ss., 12. Per la distinzione tra “*ought*” e “*shall*” che permette di smascherare la *imperative fallacy*, v. nell'ambito del neoistituzionalismo MACCORMICK, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, in *Oxford Essays in Jurisprudence (second series)*, a cura di Simpson, Oxford, 1973, 100 ss.; nonché, in senso critico rispetto all'idea di coercizione come carattere definitorio del diritto ID., *Coercion and Law*, in ID., *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, 1982, 244.

⁵³ In questa sede si fa *epoké* da suggestioni giusnaturalistiche: si tratta di responsabilità da norme positive, anche se la loro positività non significa necessariamente stretta corrispondenza alla struttura lessicale degli enunciati normativi.

⁵⁴ Cfr. KUBEŠ, *Die Rechtspflicht*, 115.

⁵⁵ RÜTHERS, *Rechtstheorie Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München, 1999, 71.

che riconoscono “status” a persone, fisiche o giuridiche⁵⁶; norme “performative”, relative alle vicende di posizioni e qualità giuridiche⁵⁷.

Quanto alle norme penali, i reati non sono affatto descritti in termini di violazione di comandi o divieti, la tipicità del fatto non ha struttura imperativa⁵⁸.

Peraltro, se dalla pura analisi normologica non si ricava alcuna indicazione in tale senso (almeno in via generale), è anche vero che nell’ambito della responsabilità penale tale sviluppo sembra la necessaria conseguenza dell’esigenza di soddisfare il canone della determinatezza della fattispecie: dato che può essere oggetto di incriminazione solo ciò che è espressamente previsto da una norma di legge, sembra giocoforza richiedere che la disposizione di legge stessa prescriva (in positivo o in negativo) e circoscriva specifici comportamenti, in modo da permettere di considerare assolutamente leciti tutti quelli che da essa non siano vietati o comandati e apprestare così un tassativo criterio di orientamento per i consociati⁵⁹. Il che spiega non solo il successo della lettura imperativista presso i cultori di diritto penale, ma anche la ragione per la quale la stessa viene spesso presentata come la logica esplicitazione del principio di legalità nel suo corollario della determinatezza: in quanto “più coerente con l’attribuzione al diritto penale di una missione preventiva e al tempo stesso garantistica”⁶⁰.

Il lodevole *background* liberale di tale impostazione, che collega all’esigenza politico-criminale derivante dai principi costituzionali una specifica strutturazio-

⁵⁶ LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 253 ss., 255. E quantunque l’imperativismo dequalifichi tali norme a mere “*Hilfesätze*”, la cui natura ancillare non sarebbe data tanto dalla loro collocazione periferica rispetto a quelle che impongono obblighi, ma dalla stessa loro assimilabilità agli imperativi, da cui si differenzierebbero solo nella forma, imponendo pur sempre di rispettare diritti e libertà, di assumere una interpretazione e non un’altra, etc., ossia, dietro la forma, assertiva o dichiarativa, si celerebbe latente sempre l’imperativo: in questo senso, anche le norme che garantiscono diritti e libertà non si limitano a predicarne l’esistenza reale, ma l’obbligatorietà, quindi sono riflesso di norme imperative (v. BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 18 ss.). L’imperativismo palesa così il proprio intrinseco riduttivismo.

⁵⁷ Sugli “*imperatives of existences*” (perché si riferiscono al venire ad esistenza di diritti o qualità giuridiche), o meglio “*performatory*” o “*performative*” (si riferiscono a qualcosa che deve accadere: un diritto deve essere creato, trasferito, etc.), v. OLIVECRONA, *Law as Fact*, 2. Ed., London, 1971, 133 s., 134, richiamando il lessico di AUSTIN, *How to Do Things with Words*, London-Oxford-New York, 1961 (2. Ed., 1976), 6, nt. 3.

⁵⁸ V. SCHILD, *Täterschaft als Tatberrschaft*, Berlin-New York, 1994, 27: il *Tatbestand* è sempre relazionato alla valutazione di un accadimento da parte degli organi giudiziari; pertanto va inteso come *Rechtssatz*, e non come *Rechtsnorm* in senso imperativista (così anche in SCHILD, *Die “Merkmale” der Straftat und ihres Begriffs*, Ebelsbach, 1979, 39 ss., 124 ss.); è lo stesso Autore a rammentare come la differenziazione tra *Rechtsnorm* e *Rechtssatz* costituisca il fondamento della scienza penalistica propriamente detta da Beling in poi (SCHILD, *Die Aktualität Ernst Beling*, JBl, 1975, 281ss.).

⁵⁹ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 42.

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 352, nonché 318, 340 s.

ne della norma penale, palesa *defaillances* insuperabili di fronte alla realtà del tessuto normativo: le disposizioni incriminatrici solo raramente prevedono (*rectius*, solo raramente possono prevedere) in via tassativa proibizioni di condotte; di conformità a tale modello si può parlare solo rispetto ad alcune fattispecie, quelle a forma vincolata (e non sempre); soprattutto, rispetto a settori nevralgici dell'intervento penale (ad es. la previsione della fattispecie concorsuale), sembra irrinunciabile il ricorso a clausole generali⁶¹. Cosicché l'istanza garantistica che si suppone implicita nella struttura imperativa delle norme giuridico-penali diviene evanescente: non semplicemente per ragioni di cattiva tecnica normativa, o di inadempienza da parte del legislatore al compito di rispetto dei principi costituzionali; ma prima ancora, perché si esige dalla lezione imperativista una prestazione "supererogatoria", che la stessa non è in grado di assicurare. Si assiste così al perenne tentativo di compensare le carenze della norma sul piano interpretativo.

5. 'Satz des ungesetzten Rechts': la norma primaria come regola costitutiva di posizioni giuridiche soggettive

Quanto osservato induce a ritenere che la dimensione propriamente "normativa" di cui si è fatta menzione con riguardo alla norma primaria bindinghiana (in contrapposizione a quella che si è denominata convenzionalmente "paradigmatica") non necessariamente coincida con una espressione precettiva (*Befehlsausdruck*): la forza cogente non è un fatto reale empirico afferrabile, né emerge come efficacia psicologica (la norma è cogente anche per chi non rispetta la legge), non è coercizione interiore, ma, primariamente, "dovere oggettivo"⁶². In altre parole, la *Verbindlichkeit* non è data da elementi di carattere psichico, ma prettamente normativo: il *Sollen*, il significato normativo inteso in senso stretto non si identifica con la contingente manifestazione di volontà di chi pone la norma o con l'effetto psichico che si vuole indurre nei destinatari (la norma resta obbligatoria anche qualora nessuno dei destinatari recepisce tale significato, o nessuno si sentisse da esso motivato).

⁶¹ Sul tema cfr. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, 170 ss., 545 ss.; CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli, 2013, 477; PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, BUP, Bologna, 2013.

⁶² In questi termini OLIVECRONA, *Der Imperativ des Gesetzes*, Kopenhagen, 1942, 32 (citando l'introduzione di un suo lavoro, intitolato "Gesetz und Staat", del 1940).

In breve: non necessariamente la norma penale prescrive un comportamento⁶³.

Certamente però la norma contiene un *dovere giuridico*: concetto che troppo affrettatamente viene di solito fatto coincidere con l'effetto di un comando o divieto, o direttamente con esso.

Ora, il concetto di dovere giuridico non può certo dirsi meno "poliedrico" di quello di norma. Tra le tante concezioni che si sono cimentate con il problema della sua determinazione, si sono schematicamente individuati tre filoni fondamentali.

Secondo la tesi imperativista, dovere giuridico significa imposizione coattiva di un comportamento: dire che c'è il dovere equivale a dire che *c'è un comando o un divieto*.

La concezione che in via del tutto approssimativa possiamo contrassegnare come kelseniana afferma che c'è il dovere dove *c'è una sanzione*⁶⁴. Il nesso formale, se esprime correttamente sul piano analitico la struttura essenziale (*rein*) della norma, non permette peraltro di apprezzare la ragione e il contenuto del dovere giuridico.

La tesi eclettica di stampo funzionalista intravede nei doveri giuridici delle aspettative che si stabilizzano normativamente a un doppio livello: *prima* (in senso analitico, non cronologico) della loro violazione, attraverso istituzionalizzazione in una norma (assolvendo a una funzione preventiva); *dopo* la loro violazione e frustrazione, attraverso ristabilizzazione con la pena⁶⁵. Non convince appieno il concetto di aspettativa, non solo per la sua appartenenza a una dimensione prettamente sociologica, ma perché in effetti, almeno come *input*, rimanda a meccanismi psicologici di elaborazione dell'esistente (fiducia nei comportamenti altrui, credenza nelle regolarità di azioni di un certo contesto, attesa di certe risposte di altri su cui conformare il proprio modo di agire, soddisfazione, frustrazione, etc.) di per sé estranei al perimetro normologico. E in effetti, in tal senso, con molta acutezza fa notare lo stesso Silva Sánchez come le aspettative divengano normati-

⁶³ Se lo fa (es., reati a forma vincolata), ciò avviene per ragioni particolari, di solito di tecnica legislativa (in specie, di conformità al canone della determinatezza).

⁶⁴ Nella letteratura penalistica v. KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 29 ss., 92 ss., 184 ss., 231 ss. Secondo Andreas Hoyer addirittura non esistono norme di condotta, ossia, le norme giuridiche non vanno intese come *Sollensätze*, non sono enunciati deontici, ma "regolari enunciati descrittivi" (HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie*, Berlin, 1996, 79 s.): la loro funzione è di apporre un "prezzo" alla condotta, assoggettandola a vere e proprie condizioni contrattuali, "informandone" il destinatario (*ibidem*, 47 s.).

⁶⁵ Così SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas*, in *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, 559 ss., 573.

ve nel momento in cui vengono *istituzionalizzate attraverso incorporazione in una norma*: a questo livello, per norma bisogna intendere la stabilizzazione dell'aspettativa, cioè, ciò che la rende "normale" o "normativizzata"⁶⁶.

Facilmente si potrebbe obiettare che in realtà il legislatore non fa certo menzione di doveri giuridici più frequentemente che di divieti o comandi. Ancora una volta, tuttavia, occorre tenere presente che non si tratta di nozioni derivanti dall'analisi linguistica di testi di legge. Di solito, anzi, il legislatore si limita a descrivere, più o meno sommariamente, un fatto che è sottoposto a pena: è incriminato l'omicidio, ma non si dice in alcun luogo che è vietato uccidere (e semmai, proprio dalle parole del legislatore è più facile indurre che è punito chi organizza la propria sfera di libertà in modo tale da cagionare la morte di altri)⁶⁷.

Ma già da questo modello stereotipo di tipizzazione, alla luce del reale significato del c.d. *Involvierungsprinzip* di bindinghiana enunciazione – liberato dalla sua connotazione imperativista, e inteso come puro obbligo implicito di eliminare le potenziali cause di lesione poste in essere dalla propria attività – si può cogliere la principale dimensione semantica del dovere in oggetto: la responsabilità di chi si muove liberamente nei traffici della vita quotidiana per le conseguenze della propria sfera di libertà dannose per altri comporta l'obbligo giuridicamente rilevante di corretta gestione della sfera stessa; ergo, dovere giuridico come *competenza sui rischi derivanti da gestione non adeguata e delimitazione del rischio consentito*⁶⁸. Questo il portato di più immediata attingibilità: impregiudicata la possibilità di rinvenire in via ermeneutica ulteriori sfaccettature del dovere giuridico medesimo, anche dal raffronto con il contesto sociale.

Vale richiamare a riguardo quanto detto.

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?*, 568.

⁶⁷ Secondo John M. Finnis le leggi di solito non sono redatte in forma di imperativi, da un lato, perché il legislatore ha in mente il modello di un futuro ordine sociale, cui i consociati dovranno conformarsi (secondo paradigma della *commedia stilizzata e modellabile*: uno schema in fondo non lontano dalle *Bewertungsnormen*, norme di valutazione, che suppongono l'obbligo di conformarsi al modello sociale prescritto); dall'altro, perché l'ordinamento non si limita a comandare o vietare, ma collega a ciascun "atto irragionevole" una sanzione, penale o extrapenale (es. misura interdittiva), o una conseguenza giuridica (es. un atto che assicuratori e funzionari pubblici possono prendere in considerazione, invalidando un contratto, sospendendo una licenza o una concessione, etc.). Pertanto lo schema del mero divieto di compiere un atto o produrre una conseguenza è imperfetto (FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1992, trad. it. di Viola, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, 1996, X.7, 306 ss.). Soprattutto alla luce della seconda ragione, lo schema della norma giuridica intesa come costituzione o riconoscimento di status o posizioni giuridicamente rilevanti, cui l'ordinamento ricollega conseguenze le più varie, sembra più coerente e spiega anche la ragione della conseguenza.

⁶⁸ Il tema dell'imputazione rispetto a sfere di competenza è stato sviluppato in CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, 343 ss., cui ci permettiamo di rinviare.

La funzione essenziale della norma primaria consiste nel *riconoscere in capo al destinatario una serie di prerogative*: diritti, libertà, facoltà, potestà, doveri, oneri, etc. A fronte di questo caleidoscopio di posizioni, il diritto della responsabilità è riguardato fondamentalmente dalla posizione di *dovere giuridico*⁶⁹.

Le norme primarie che stanno alla base del rimprovero penale possono essere classificate come *regole costitutive* nel senso della concezione di Searle⁷⁰, in particolare *costitutive di posizioni giuridiche di soggetti*⁷¹, ovvero *di status giuridici*: sono dette regole ad assegnare un significato normativamente rilevante alle condotte umane, operandone la traduzione nel codice del sistema⁷².

La 'Norm' che Binding concepisce come sottesa e concettualmente presupposta dalla proposizione legislativa ('*Rechtssatz*') può dunque essere riletta come norma primaria pre-tipica, che delimita l'ambito – potenzialmente illimitato – del socialmente adeguato dall'illecito (per l'intero ordinamento, prima della tipizzazione di singoli comportamenti delittuosi o giustificati): ciò che è lecito, in sé, non è contrario alla norma, non è antiggiuridico.

⁶⁹ Fondamentalmente, cioè, rispetto all'illiceità dei comportamenti: la diversa questione del rilievo delle cause di giustificazione e delle altre cause di non punibilità esula dalla materia oggetto di questa trattazione.

⁷⁰ Secondo Searle vanno distinte le "*regolative rules*", dirette a comportamenti – che peraltro anche senza le regole stesse possono essere intrapresi o omissi, ma soprattutto, che hanno un significato proprio autonomo rispetto ad esse – e le *regole costitutive*, che stabiliscono le forme sotto cui un comportamento assume senso (es. le regole del gioco; la Costituzione rispetto alle leggi): queste ultime di fatto sono norme di competenza, di organizzazione, procedurali (SEARLE, *Speech Acts*, Cambridge, 1969, consultato nella traduzione tedesca *Sprechakte: ein sprachphilosophischer Essay*, Frankfurt a. M., 1971, 54 ss.).

⁷¹ Per l'utilizzo del concetto di *soggetto di diritto*, in senso lato, come destinatario della norma, quindi *Rechtssubjekt* ma anche *Pflichtssubjekt*, v. SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 2. Ed., Leipzig, 1927, 515.

⁷² L'idea della norma come assegnazione di un significato comunicativo a comportamenti umani è da ascrivere al c.d. neoistituzionalismo: cfr. WEINBERGER, *Intersubjektive Kommunikation, Normenlogik und Normendynamik*, in *Rechtstheorie*, 1977, 21 ss.; nonché WEINBERGER C.-WEINBERGER O., *Logik, Semantik, Hermeneutik*, München, 1979, 111, ove si espone il c.d. "*Kommunikationsargument*", ai sensi del quale la norma, come *Sinngebilde*, richiederebbe la medesima rappresentazione tanto nell'emittente (legislatore) quanto nel destinatario (per una critica, nel senso che la comunicazione è data, in senso positivisticco, dagli enunciati particolari contenuti nella norma, v. LIPPOLD, *Reine Rechtslehre und Strafrecht doktrin*, Wien-New York, 1989, 130 ss.); v. inoltre WEINBERGER, *Recht, Institution und Rechtspolitik*, 1987, 30 ss., 143 ss., 150 ss., 159 ss., 169 ss.; ID., *Struktur des Rechts*, in WEINBERGER Ota-MACCORMICK, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, 1985, 30 ss.; nonché MACCORMICK, *Recht als institutionelle Tatsache*, *ibidem*, 76 ss. In questa prospettiva, la norma può essere riletta come relazione di identità comunicativa tra società (*civitas*) e soggetti di diritto. Ciò che conta tuttavia non è tanto la "recezione del messaggio" (momento naturalistico-psicologico), ma il significato obiettivo – a prescindere dalle operazioni che compie l'emittente e dagli effetti psico-sociali sul destinatario – quale effetto del "riconoscimento": la norma individua il soggetto destinatario (il *civis*), nel senso che lo riconosce come soggetto della norma stessa.

La norma primaria di per sé non comanda né proibisce, ma *delimita sfere di competenze* stabilendo chi deve rispondere per un eventuale decorso lesivo.

I doveri giuridici non sono espressamente formulati dalle norme incriminatrici⁷³, ma desumibili dalla loro analisi⁷⁴: in linea con la teoria bindinghiana per cui la *Norm* andrebbe evinta dalla prima parte della legge penale⁷⁵. Ma detta analisi è possibile solo alla luce dei principi sovraordinati alle disposizioni che li tipizzano: ciò in quanto, lungi dal costituire regole definite di comportamento, i doveri giuridici individuano solamente lo spazio socialmente adeguata e lo delimitano da quanto rientra nella sfera di competenza del soggetto di diritto⁷⁶.

In sostanza, i doveri giuridici sono ricavabili, *per anamorfosi*, dalla legge quale struttura normativa della tipicità, pertanto soltanto attraverso un *procedimento di decostruzione della fattispecie*⁷⁷.

⁷³ Sulla non necessaria positività delle stesse norme di condotta e di autorizzazione, ricavabili anche “dal *background* teleologico dell’ordinamento giuridico, dalle finalità del sistema, dai postulati di giustizia istituzionalizzati e dalla stessa dottrina, nella misura in cui questi elementi siano dimostrabili e possano valere come parti delle istituzioni sociali”, cfr. WEINBERGER, *Einleitung: Ausgangspunkt des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, in MACCORMICK-WEINBERGER, *Grundlagen*, 1985, 33.

⁷⁴ Ossia, i doveri giuridici “pre-esistenti” sono ricavabili “in concreto” dalla stessa *norma tipizzante* che seleziona qualcosa appunto – non metafisicamente, né soltanto pre-positivamente, ma “istituzionalmente” – preesistente ad essa. Ad esempio, la norma sull’omicidio (art. 575 c.p.) codifica il dovere giuridico di gestire la propria sfera di libertà in maniera tale da non dismettere pericoli che si realizzino come aggressioni mortali della sfera altrui: ad onta della formulazione – “chiunque cagiona la morte di un uomo è punito...” – non si tratta di una mera asserzione (nonostante la forma indicativa: v. ad es. GIANNIDIS, *Theorie der Rechtsnorm auf der Grundlage der Strafrechtsdogmatik*, Ebelsback a.M., 1979, 33), e neppure di un imperativo (v. cap. I), bensì della cristallizzazione di un dovere giuridico di rispetto dell’altrui vita e incolumità individuale che discende normativamente dalla compartimentazione della comunità dei consociati in sfere di libertà reciprocamente delimitantesi (secondo il canone del *nemini laedere*); ove invece una lettura prettamente causalistica della disposizione condurrebbe a incriminare anche gli antecedenti eziologici remoti del fatto (v., *infra*, nt. 77).

⁷⁵ BINDING, *Normen*, I, 42 ss.

⁷⁶ I doveri giuridici sono quindi sono mera esplicitazione di un principio, quello di responsabilità personale (sul punto sia consentito rinviare a CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, 109 ss., 357 ss. e *passim*).

⁷⁷ L’immagine distorta – derivante da una pura ricognizione degli elementi descrittivi di fattispecie – per la quale ad esempio, dato che chiunque cagiona la morte di un uomo è punito ai sensi dell’omicidio (art. 575 c.p.), potrebbe essere punito il genitore dell’assassino, nonché il venditore di coltelli da cucina che ha procurato il mezzo materiale per attuare il piano, il tassista pur ignaro che l’ha condotto sul luogo del delitto, e così via, va corretta decostruendo appunto la fattispecie e rileggendola sulla falsariga dei doveri giuridici che costituiscono la ragione della chiamata in causa di diversi soggetti come responsabili: così il medico che prescrive con ricetta un ricostituente al paziente non risponde del fatto che questi, recuperate le forze, si metta al volante e per desuetudine alla guida provochi un incidente mortale; all’opposto però se il medico stesso firma un certificato di buona salute da presentare alla commissione che deve decidere sul rinnovo della patente, pur avendo dubbi sul completo ristabilimento del paziente da un precedente malanno. Cagionare la morte

In questo modo viene riassunto anche il punto di vista valutativo di matrice mezgeriana⁷⁸: il giudizio di valore normativo concerne (in astratto) la conformità o difformità del comportamento rispetto a quei modelli che tipizzano i doveri giuridici astratti spettanti a ciascuna persona in quanto soggetto di diritto. E se è vero che in questa prospettiva la norma primaria si sostanzierebbe in un dover essere impersonale, a destinatario indeterminato⁷⁹, che non vincola a nulla, ma si pone semplicemente come paradigma, come una sorta di schema di riferimento per l'agire, di cui però non si spiega la cogenza, questa viene però garantita, secondo la lezione bindinghiana, dall'assorbimento del dovere giuridico stesso all'interno delle svariate previsioni legali dell'intero ordinamento giuridico, tra cui le disposizioni penali.

In estrema sintesi, la violazione dei doveri giuridici fonda il giudizio di anti-giuridicità (illecito, in generale); ma è di matrice bindinghiana anche l'idea secondo cui solo quella violazione degli stessi nelle particolari modalità previste dalle norme di legge penale (a livello di fattispecie incriminatrici, clausole generali di incriminazione, standard comportamentali codificati, etc.), che selezionano la tipicità del fatto penalmente rilevante, integra l'illecito penale, il reato.

Se dal punto di vista genetico la dimensione dei doveri giuridici è antecedente rispetto alle norme tipizzanti che li contengono, d'altro canto la sede in cui gli stessi sorgono è, appunto, previa rispetto alla tipicità penale: si tratta dell'ambito dell'antigiuridicità generale, extrapenale, o meglio, nella prospettiva oggetto di interesse, pre-penale⁸⁰.

di un uomo sottende sempre la violazione di un dovere giuridico. Solo concetti idonei a inglobare la struttura normativa della società possono assumere rilievo rispetto alla determinazione dei comportamenti rilevanti, altrimenti richiedono sempre un'integrazione normativa: in questo senso "uccidere" ha il significato sociale di "produrre la morte in modo che questa possa essere oggetto di imputazione a lui", ovvero "diventare competente per il decorso letale" (JAKOBS, *Bindings Normen und die Gesellschaft*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, coord. por Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Vol. 1, Coimbra, 2009, 387 ss., 396 s.; recentemente ID., *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, 2012, trad.it. di Cornacchia, *Sistema dell'imputazione penale*, Napoli, 2017, 15 ss., 21 ss. e *passim*).

⁷⁸ Si fa riferimento, ovviamente, alla già cennata *concezione valutativa*, secondo cui la norma giuridico-penale non sarebbe orientata a determinare i comportamenti dei destinatari, ma semplicemente a esprimere un giudizio su determinati accadimenti e circostanze dal punto di vista del diritto: MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., Berlin – München, 1949, 163 ss. Per un efficace e sintetico *excursus* v. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 334 ss.

⁷⁹ MEZGER, 166, nt. 7: la determinazione dei concreti destinatari sarebbe invece rimessa a "*subjektive Bestimmungsnormen*" o "*Pflichtnormen*", la cui violazione riguarda il giudizio di colpevolezza (sulla norma come "*unpersönliches Soll*" v. già MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, in *Der Gerichtssaal*, 89, 1924, 241 ss., 245). Per una rivalutazione di tale concezione v. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 49 ss.

⁸⁰ La posizione giuridica costituita dalla norma di per sé non contempla solo il dovere giuridico, ma, eventualmente, anche il diritto, o la posizione facoltizzante: il primo in particolare insedia il

6. Antigiuridicità come locus pre-penale di delimitazione delle libertà nelle reciproche relazioni intersoggettive

L'antigiuridicità andrebbe intesa allora quale *giudizio pre-penale sulla violazione di quei doveri giuridici generali che appartengono alla posizione giuridica di ciascun soggetto di diritto* (in particolare, doveri di corretta gestione della propria sfera di competenza)⁸¹. Mentre la tipicità rappresenterebbe una fase successiva, ossia quella della *verifica dell'avvenuta violazione dei doveri medesimi, selezionati e tipizzati dalla disposizione di legge incriminatrice nella fattispecie*: non si risponde (penalmente) di qualsiasi trasgressione di qualsiasi dovere giuridico, ma solo di quelle trasgressioni che integrino gli elementi del fatto tipico come descritto dalla norma di fattispecie⁸².

giudizio di responsabilità, astraendo dalle altre situazioni (che peraltro riemergono ad esempio come cause di giustificazione).

L'idea di antigiuridicità come contrarietà a norme preesistenti rispetto alla tipicità caratterizza la celebre teoria delle c.d. *Kulturnormen* di Max Ernst Mayer: secondo l'Autore sarebbero queste ultime non già norme penali e nemmeno giuridiche, ma norme culturali e sociali (istanze morali, religiose, convenzionali, del traffico o della professione) che si dirigono direttamente al cittadino imponendogli determinate condotte (MAYER M.E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903, 17; ID., *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2. Ed., Heidelberg, 1923, 37 ss.; per l'esattezza, le *Kulturnormen*, non essendo propriamente proposizioni giuridiche, non pretendono l'obbedienza del popolo allo Stato, ma condotte conformi agli obblighi socialmente diffusi: ID., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 130); mentre sarebbero penali le direttive di decisione rivolte agli organi dello Stato chiamati ad applicare la legge, norme che affermano la pretesa punitiva (ID., *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 33 ss.). Una concezione pre-gna di reminiscenze giusnaturalistiche ed eticizzanti, il cui sostrato pre-positivo peraltro può essere tradotto nel paradigma dei principi delle Costituzioni vigenti: sono le "norme di cultura" assunte a fondamento costituzionale di un determinato assetto sociale, appunto, i "principi", a fornire il materiale su cui modellare il contenuto di antidoverosità dei comportamenti tipizzati come penalmente illeciti dal legislatore.

Per un concetto di antigiuridicità, pur come giudizio non penale, tuttavia dipendente dal momento valutativo della norma penale *precedente* quello, di essa proprio, imperativo v. già DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Milano, 1930, 13 ss., secondo il quale verrebbe vietata la condotta (norma di determinazione) *previamente valutata* come lesiva (norma di valutazione).

⁸¹ Questa affermazione è del tutto estranea alla *vexata quaestio* dell'ammissibilità di un'antigiuridicità materiale: qui non si tratta di fondare cause di giustificazione non codificate, ma di ammettere uno spazio pre-penale, ma normativo, nel quale emergono posizioni riconosciute dall'ordinamento generale (*rectius*, uno spazio che rappresenta la sede dell'evidenza normativa del rapporto e talora del conflitto tra tali posizioni, mentre la positivizzazione della soluzione di quest'ultimo viene realizzata successivamente attraverso contemperamento reciproco, nei modi prescelti e adottati dal sistema).

⁸² In un certo senso analogamente ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle, 1905, 26: non è antigiuridico qualcosa per il fatto di essere vietato, ma al contrario, è vietato dall'ordinamento ciò che viene rinvenuto come antigiuridico.

In sostanza, l'antigiuridicità emerge come dimensione pre-tipica e *ratio* normativa della selezione operata per concretizzazione dalla fattispecie legale in sede di tipicità.

Come detto, mentre l'antigiuridicità consiste nel fare qualcosa di *difforme* dai doveri giuridici (afferenti alla norma primaria), la tipicità è un fare qualcosa di *conforme* a quanto descritto dalla disposizione incriminatrice (norma di fattispecie, la cui integrazione comporta la "tipicità")⁸³.

In estrema sintesi, la violazione dei doveri delle norme primarie fonda il giudizio di antigiuridicità (illecito, in generale); ma solo quella violazione degli stessi nelle particolari modalità previste dalle norme di legge penale, che selezionano la tipicità del fatto penalmente rilevante, integra l'illecito penale, il reato⁸⁴.

Sul piano normologico l'antigiuridicità corrisponde dunque al livello di operatività della norma primaria: il livello nel quale l'ordinamento compone il conflitto tra posizioni da esso riconosciute individuando soggetti competenti in via istituzionale per la soluzione dello stesso nella situazione concreta.

⁸³ L'idea di una dimensione antigiuridica pre-tipica affiora spesso con riguardo all'omissione (sotto il profilo particolare della fondazione dell'obbligo giuridico di garanzia): per l'idea che i "*Vorakte*" sono già materialmente antigiuridici, ma non concretano ancora il *Tatbestand* v. ad es. SAUER, *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, Frank-FG, Tübingen, 1930, 216.

⁸⁴ Già per BINDING, *Normen*, I, 225 la punibilità si limita a "*qualifizierte Normübertretungen*", mentre un grande gruppo di condotte antigiuridiche rimane non soggetto a sanzione penale, salva la possibilità di reazione civilistica (o di altri rami dell'ordinamento).

In termini non dissimili sembra illustrare la scansione *genetica* tra antigiuridicità e tipicità DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 157 s.: laddove – con dichiarate reminiscenze dalle concezioni ulteriormente sanzionatorie (*ibidem*, 158, nt. 81) – propone di costruire *prima* il diritto extrapenale, "la cui violazione realizza quell'"antigiuridicità" all'interno della quale occorre selezionare le forme di aggressione più gravi e pericolose che vanno tipizzate secondo i principi di *extrema ratio*, riserva di legge e sufficiente determinatezza". Un meccanismo che viene poi logicamente ribaltato in sede *analitica* (si parte dall'accertamento del fatto tipico per valutare in un secondo momento se alla luce delle norme dell'ordinamento questo vada considerato effettivamente antigiuridico).

In tal senso, è vero che, come affermato da longeva tradizione, la tipicità "indizia" l'antigiuridicità: ma ciò va correttamente inteso nel senso che nell'universo dell'antigiuridico – che si definisce, come riconoscimento di sfere di libertà e di limiti che le contrassegnano all'interno dell'ordinamento generale – la tipicità ritaglia una sezione, quella appunto del penalmente rilevante. Per l'antigiuridicità come "punto di riferimento pre-codificatorio dell'attività legislativa di penalizzazione" v. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, Pre-art. 39/52, 320.

Per l'inquadramento dell'antigiuridicità come elemento del reato, pur *escludendo il carattere penale* del giudizio su di essa, dato che non penali sono le norme cui rinviano le leggi penali, v. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 127 ss. (un giudizio pertanto di tipo esclusivamente *formale*: *ibidem*, 136 s.; in Italia v. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, 4. Ed., Padova, 1966, 87 ss.; e comunque oggettivo, indipendente dall'atteggiamento psicologico dell'agente: BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 139 ss.; DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, 13 ss.).

La categoria della *giustificazione*, concernente cause che escludono direttamente l'illiceità del fatto pur lasciando impregiudicata la sua dimensione offensiva, va dunque correttamente ricondotta proprio all'antigiuridicità normologicamente intesa, quale *locus* del riconoscimento delle libertà *lato sensu* intese e della loro composizione con le norme incriminatrici⁸⁵. Il tema richiede ovviamente ulteriori approfondimenti, che esulano dai confini di questo contributo.

7. Lebendiges, totes und überlebendiges: *la distinzione tra norma e fattispecie*

A distanza di oltre un secolo, ciò che vive, *rectius* sopravvive nella teoria di Binding è la distinzione tra una dimensione propria in quanto appunto “normativa” – che peraltro non va confusa con la supposta connotazione imperativa della norma – e una dimensione descrittiva o tipizzante

Depurando la lezione bindinghiana dalle necrosi imperativiste e sanzionatorie, ammettendo l'esistenza di doveri giuridici, che però non nascono dalla posizione di sottomissione del cittadino al potere sovrano, ma all'opposto *dal suo riconoscimento come soggetto di diritto*, appare coerente affermare effettivamente una reale corrispondenza tra dovere giuridico e diritto, non già come diritto dello Stato all'obbedienza, ma degli altri soggetti di diritto – compresa la comunità nel suo assieme – a vedere rispettate le loro posizioni.

⁸⁵ In una prospettiva diversa da quella qui illustrata, si è ritenuto che le giustificazioni possano essere assimilate ai diritti di agire nella misura in cui incidono “sul *peso* relativo dell'incriminazione rispetto a situazioni, posizioni, interessi in conflitto con quelli soggiacenti all'incriminazione stessa”; ma che per il resto le due categorie presentino tratti del tutto eterogenei, in quanto i diritti hanno ad oggetto la realizzazione di una certa condotta e mirano a garantire spazi di autonomia giuridicamente protetti, mentre le giustificazioni sono strumentali (come mezzi “giusti”) al conseguimento di un risultato valutato positivamente dall'ordinamento (secondo una logica eminentemente consequenzialista); i primi rendono lecite condotte specificamente indicate, mentre le seconde “si limitano piuttosto ad indicare un insieme di condizioni che rendono lecito fare *qualsiasi cosa* che pure sarebbe altrimenti illecito fare, e che però costituisce risposta adeguata alle circostanze”; inoltre, e soprattutto, la logica della giustificazione consisterebbe nel saldo favorevole del bilanciamento delle buoni ragioni per porre in essere il fatto giustificato, quantunque in sé offensivo. Una netta distinzione intercorre dunque tra “fare ciò che si ha il diritto di fare” (a prescindere dal fatto che sia la cosa giusta) e “fare ciò che è giusto”. E mentre i diritti interagiscono con le incriminazioni secondo il paradigma del *conflitto tra norme*, le giustificazioni convergono nel definire i confini tra penalmente lecito e illecito come “frammenti di norme” (A. SPENA, *Diritti e giustificazioni come cause di esclusione dell'illecito penale*, in BRUNELLI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 315 ss., 317, 320, 323 ss., 326 s., 337 ss.; v. già ID., *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, 313 ss.).

Il dovere giuridico costituisce il vero e proprio “punto archimedeo” di fondazione (e giustificazione) della responsabilità⁸⁶: preesiste alla legge nella norma che costituisce la posizione giuridica del soggetto, individuandone la sfera di competenza; in una fase logicamente successiva, in quanto selezionato all’interno della norma di fattispecie e concretizzato, è oggetto di quella violazione che integra gli estremi della tipicità e comporta l’addebito di responsabilità. La priorità del dovere giuridico (afferente alla norma primaria) rispetto all’obbligo concreto (contenuto nella norma secondaria, di fattispecie: ad es. un obbligo a contenuto cautelare nella colpa; o relativo alla condotta di contributo penalmente rilevante nel concorso di persone; etc.) è appunto una priorità logica, non già cronologica⁸⁷.

Rectius, mentre il dovere giuridico viene violato, la norma che lo tipizza non può essere violata, ma piuttosto, in termini bindinghiani, integrata⁸⁸: la *violazione concreta del dovere giuridico* avviene *attraverso integrazione di tutti i requisiti della disposizione che lo tipizza*.

È dunque il dovere giuridico a fornire lo schema di selezione (*Auswahlprinzip*) dei fatti giuridicamente rilevanti ai fini del giudizio di responsabilità, schema attraverso cui gli accadimenti del mondo esterno assumono significato per il sistema “diritto”⁸⁹.

8. Critica alla concezione sanzionatoria della norma secondaria

Quanto osservato con riguardo alla funzione tipizzante – a livello di singoli settori ordinamentali – della norma secondaria ci rimanda a una delle classiche

⁸⁶ Per l’idea secondo cui *ogni tentativo di determinare concettualmente questo Sollen resta indoneo, dato che non esiste alcuna categoria più generale sotto cui sussumerlo* v. già LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht. Eine Kritik der kriminalistischen Grundbegriffe*, Berlin, 1900, 130. Sul concetto di obbligo in senso giuridico SCHUPPE, *Der Begriff des subjektiven Rechts*, Breslau, 1887, 22-24 e *passim*; nonché HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, § 8, 80 ss., § 13, 164 ss.; talora assunto espressamente come “*Grundlage des Rechts*”: v. ad es. HEERWAGEN, *Die Pflichten als Grundlage des Rechts. Ein Beitrag zur Lehre von den Grundbegriffen des Rechts zu gleicher Zeit eine Widerlegung der herrschenden Lehren über das Eigentum und die juristische Person*, Berlin, 1912, 311.

Per una ricostruzione storica della genesi del concetto di *Pflicht* nel pensiero filosofico v. SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudien zu seiner Geschichte*, (Vorwort von WELZEL), Berlin, 1966, *passim*, secondo il quale dal concetto di dovere giuridico deriverebbe quello di diritto (*ibidem*, 42 s.); nonché KUBEŠ, *Die Rechtspflicht*, Wien-New York, 1981, 7 ss.

⁸⁷ Così rispetto alla *Rechtsnorm* già BINDING, *Normen*, I, 4: “*begrifflich und regelmässig, aber nicht notwendig auch zeitlich*”.

⁸⁸ V. BINDING, *Normen*, I, 4; ID., *Handbuch*, 155; KELSEN, *Hauptprobleme*, 272 s.

⁸⁹ Eguale che questi siano eventi positivi o mancata realizzazione di eventi: ciò che conta è che siano “*rechtsbezogene*” (HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, 1957, 108).

obiezioni addotte contro la *Normentheorie* di Binding: quella di ridurre il diritto penale a mero apparato sanzionatorio di norme (di diritto pubblico) vigenti in altri settori dell'ordinamento giuridico (c.d. concezione sanzionatoria), con quel che ne consegue rispetto ai principi di legalità, divisione dei poteri, sovranità del legislativo; e a strumento di pura coercizione in funzione dell'obbedienza e fedeltà allo Stato, coerentemente del resto con la già segnalata matrice rigorosamente generalpreventiva di cui si è detto⁹⁰.

L'errore di tutte le concezioni di tipo sanzionatorio⁹¹ è di denegare le esigenze funzionali e assiologiche proprie di ogni settore giuridico: per tale ordine di ragioni, non è detto che ogni illecito penale sia per forza anche civile, o amministrativo, ma la legge penale tipizza doveri giuridici preesistenti che possono essere presi in considerazione anche da altri rami dell'ordinamento⁹² (specie quelli in cui si tratta di responsabilità da fatto illecito)⁹³.

⁹⁰ La concezione sanzionatoria, nel collegare pene a infrazioni di norme del diritto pubblico generale, rinuncia a qualsiasi funzione di orientazione sociale, assolvendo a ragioni di pura repressione, senza riguardo a garanzie individuali: il delinquente è un mero oggetto di fronte alla coazione statale, e non una controparte autorizzata o riconosciuta (in effetti, così *expressis verbis* e senza particolari remore BINDING, *Normen*, I, 174): v. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 318.

⁹¹ Cfr. BINDING, *Normen*, I, 35 ss., 55 ss., 78 ss., 81 ss.; ID., *Handbuch des Strafrechts*, 9, 155 ss., 499 ss. Contro la teoria sanzionatoria, che concepisce il diritto penale “come pura sanzione di obblighi giuridici e quindi di diritti soggettivi prestabiliti da altre norme giuridiche” v. già Art. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano-Torino-Roma, 1913, 59 ss., secondo il quale “essa conduce logicamente alla distruzione del diritto penale come ramo del diritto a sé, distinto dagli altri, riducendolo ad essere nulla più che una sanzione di tutte le norme giuridiche che penali non sono, nulla più che una determinazione delle conseguenze giuridiche penali nascenti dalla violazione di tutte le altre norme giuridiche, pubbliche o private” (*ibidem*, 63); nonché DELITALA, “Diritto penale”, ED, XII, 1964, 1097 ss.; BRICOLA, “Teoria generale del reato”, in *Nss.DI*, 1973 (estratto), 13 ss., 27, 47 ss., 50 ss., 60 ss.; per un'efficace sintesi critica v. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, 127 ss., 168 ss.; ID., *Teoria del reato*, 218 ss.

⁹² Che non vale, ad esempio, per la responsabilità civile, ove l'obbligo giuridico costituisce mera “tecnica di struttura”: DONINI, “Teoria del reato”, in *DDP*, XIV, 1999 (estratto) 27 ss.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, 276 ss.

Stesse considerazioni valgono anche rispetto alla tipicità: che pure in diritto civile (specialmente con riguardo alle forme contrattuali) rappresenta storicamente il punto di partenza, ma che nel corso dello sviluppo della scienza giusciviltistica viene superata dall'autonomia privata, finendo con l'assumere soltanto una residuale funzione classificatoria (v. già BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 23, che invece, notoriamente, vedeva nella scoperta del “*Typus*” l'evento capitale della storia della scienza del diritto penale, per la sua portata di espressione del principio liberale del *nullum crimen sine lege*).

⁹³ I risultati teorici sviluppati in questo contributo sono ben lontani in particolare anche dalla concezione c.d. ulteriormente sanzionatoria (v. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 115 ss.; GOLDSCHMIDT, *Die Deliktobligationen des Verwaltungsrechts*, Berlin, 1905; GRISPIGNI, *Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, RIDPP, 1920, in ptc. 235 ss.; ID., *Diritto penale italiano*, I, Mila-

In tal senso va intesa dunque, come detto, la bindinghiana “Norm”: norma costitutiva di posizione giuridiche. Mentre la “tipicità penale” non è mera predisposizione di un peculiare meccanismo sanzionatorio, ma selezione dei doveri giuridici che originano dalle norme primarie⁹⁴: la legge penale, che ne prende in considerazione alcuni profili e ne sanziona alcune modalità di violazione⁹⁵, caratterizza il rimprovero penale per la sua intrinseca *sussidiarietà*, già evidente a livello normologico.

9. Il carattere frammentario del diritto penale

Tra le “paternità” che si ascrivono a Binding, non può essere pretermessa quella della c.d. frammentarietà del diritto penale⁹⁶.

L’immagine celeberrima del “legislatore pigro”, sensibile solo alle “forme più grossolanamente intollerabili” di condotte delittuose e refrattario a cogliere ciò che è “più sofisticato e raro”, quantunque non di rado dal “contenuto illecito più

no, 1947, 235 ss.; sul dibattito dell’epoca Art. ROCCO, *Sul cosiddetto carattere sanzionatorio del diritto penale*, *Giurisprudenza italiana*, 1910, IV, 72 ss.): la tipicità penale non presuppone l’illiceità del medesimo fatto ai sensi di altri rami dell’ordinamento giuridico, sì invece la pre-esistenza di doveri giuridici attinenti agli status garantiti e costituiti dalle norme primarie. Non si sanziona un fatto già illecito: piuttosto, l’antigiuridicità come contrarietà al dovere giuridico pretipico assume rilevanza penale soltanto con riguardo a quei *Pflichte* che sono selezionati dalla norma di fattispecie (e unicamente rispetto alle specifiche modalità di violazione previste e incriminate).

⁹⁴ Il rapporto tra doveri giuridici come implementazione di principi e regole di tipicità quali loro concretizzazioni è in stretta analogia con la distinzione normoteoretica di Felix Somló tra “*juristische Grundbegriffe*” – che costituiscono presupposto delle categorie giuridiche stesse, sorta di forme pure *a priori* del pensiero giuridico, che prescindono dalle peculiarità contenutistiche dei singoli particolari ordinamenti giuridici e presiedono all’attività di determinazione della norma da parte del suo creatore – e i contenuti medesimi (*Rechtsinhaltsbegriffe*): SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 26 ss.; analogamente STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 3 s.; nonché LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2. Ed., Berlin, 1935, 27. In particolare, espressamente KUBEŠ riconduce il concetto di dovere giuridico – che intende come fulcro essenziale della norma – alla prima categoria, come “*juristischer Grundbegriff*” o “*reiner Rechtsbegriff*”, *a priori*, che non può essere eliminato dal pensiero giuridico se non a costo di errori metodologici irreparabili: KUBEŠ, *Die Rechtspflicht*, 119 ss. (che già dall’*incipit* dell’opera pone come fondamentale la domanda su “chi sia giuridicamente obbligato e a cosa”: *op. ult. cit.*, 1).

⁹⁵ Secondo V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 22. Ed., Berlin, 1919, 111, la tipicità costituirebbe il tratto differenziale tra le varie forme di illecito, altrimenti accomunate dal nucleo della *Rechtswidrigkeit* e della *Schuld* (*einheitlicher Deliktsbegriff*).

⁹⁶ Il collegamento tra carattere frammentario del diritto penale e *Nomentheorie* di Binding è stato rimarcato da KÖLBEL, *Über die Wirkung außerstrafrechtlicher Normen auf die Strafrechtsauslegung*, *GA*, 2002, 403.

grave di quanto è già stato sanzionato⁹⁷ lascia trasparire in maniera nitida la connotazione negativa che Binding attribuiva alla frammentarietà del diritto penale⁹⁸.

Il *nesso puramente esterno* tra precetto imperativo di diritto comune contenuto nella norma primaria e coazione derivante dal diritto dello Stato all'obbedienza dei precetti penali di cui il reato costituisce violazione⁹⁹, quindi dalle norme secondarie, quelle che autorizzano l'irrogazione della pena, dà ragione di questa lettura della frammentarietà: le lacune di incriminazione sono per Binding l'effetto della indeterminatezza del diritto dello Stato all'obbedienza da parte dei cittadini.

Superando questa prospettiva di giustapposizione meramente esteriore e riqualificando, da un lato, la *'Rechtsnorm'*, nella sua dimensione propriamente normativa, come norma costitutiva di posizioni giuridiche, tra cui doveri giuridici, dall'altro, la *'Rechtssatz'* come fattispecie contenente i presupposti di tipicità, la frammentarietà e soprattutto la sussidiarietà o *extrema ratio* (di cui la prima rappresenta espressione e conseguenza) potrebbero trovare una solida fondazione normologica. Ciò a prescindere dallo scarso apprezzamento che Binding nutriva per l'assetto valoriale e garantista sotteso a questi due grandi caratteri del diritto penale: la distanza cronologica, che significa più di un secolo di riflessioni sui principi fondamentali maturate in rapporto dialettico con il "laboratorio della storia" e segna pertanto anche una profonda distanza ideologica, è motivo ulteriore per riprendere invece il tema e continuare ad esplorarne i fecondi risvolti.

⁹⁷ BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, B.T., Bd. 1, II Ed., Leipzig, 1902, 10, 20 ss.

⁹⁸ Sul punto VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dommatica*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2015, 51 ss.; NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di DONINI-PAVARINI, Bologna, 2011, 79 ss.; da ultimo riprende tali considerazioni DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2016, 14.

⁹⁹ BINDING, *Handbuch*, § 37, 183 ss.

CRISTINA DE MAGLIE

ALLA RICERCA DI UN “EFFECTIVE COMPLIANCE PROGRAM”:
VENTICINQUE ANNI DI ESPERIENZA STATUNITENSE ^(*)

SOMMARIO: 1. Premessa. Tecniche di controllo del *corporate crime*. L'intuizione di Federico Stella. – 2. *Compliance programs* e *carrot-stick approach*. – 3. La crisi del 2001. – 4. (*segue*): *A perfect storm of scandals*. – 5. L'illusione della *compliance*? – 6. *Corporate prosecution agreements* (DPAs) e *non-prosecution agreements* (NPAs). I vantaggi degli accordi. – 7. (*segue*): I costi. – 8. La mutazione genetica dei *compliance programs*. – 9. Quale futuro per i *compliance programs*? – 9.1. (*segue*): A. Il modello *estrinseco*. – 9.2. (*segue*): B. Il modello *intrinseco*. – 10. Conclusioni. Verso un capitalismo etico?

1. *Premessa. Tecniche di controllo del corporate crime.*
L'intuizione di Federico Stella

Nel 1998 la *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* pubblica un articolo sulle tecniche di controllo dei reati commessi dalle persone giuridiche che farà epoca. L'Autore è Federico Stella e il titolo del saggio è curioso e accattivante: “*Criminalità d'impresa: Lotta di sumo e lotta di judo*”¹.

Stella affronta il problema dei *corporate crimes*: gli effetti della criminalità delle *corporations* sono ormai così drammatici che non appare più sufficiente una reazione dell'ordinamento focalizzata esclusivamente sulla fase *successiva* alla commissione del reato; è necessario monitorare l'attività dell'impresa e individuare i problemi *prima* che divengano catastrofici. Ma quando si parla di “effetti catastrofici” non si allude solo ai danni *esterni* che la persona giuridica può arrecare con la commissione del reato: gli effetti di una condanna possono infatti riflettersi pesantemente anche all'*interno* di una impresa. Infatti, l'applicazione di una sanzione di rilevante entità nei confronti dell'ente può risultare soddisfacente per le vittime in senso lato del reato, ma con un effetto *boomerang* può risultare distruttiva per gli equilibri interni e la tenuta della persona giuridica sul mercato².

^(*) Testo della relazione al convegno di studi “*Ripensare il diritto penale. In ricordo di Federico Stella*”, Milano, 12 dicembre 2016.

¹ STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 459 ss.

² DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 88 ss.

La domanda è allora la seguente: sono ipotizzabili delle tecniche di controllo della criminalità delle imprese più efficaci di quelle fino a quel momento utilizzate nel sistema italiano?

L'ordinamento statunitense – osserva Federico Stella – fornisce indicazioni fondamentali sul punto. In particolare le *Federal Sentencing Guidelines* del 1991 destinate alle *organizations* indicano la soluzione: l'adozione da parte dell'impresa di un "modello organizzativo effettivo" ("*effective compliance program*")³.

I requisiti-base affinché un programma possa aspirare al grado di effettività sono elencati espressamente nel commentario allegato alle *Guidelines*: alla *corporation* viene richiesto di usare il dovere di "diligenza" (*due diligence*) nel predisporre ed applicare un *compliance program*: tra i criteri di selezione degli impiegati sono previste anche indagini speciali, dirette ad accertare "l'inclinazione a violare le leggi" da parte dei candidati; i dirigenti sono ritenuti responsabili quando abbiano dimostrato "negligenza" nell'accertamento dei reati. Si inaugura così una nuova tendenza nel controllo delle attività delle imprese: d'ora in poi le persone giuridiche saranno giudicate in relazione alla *due diligence* dimostrata nella predisposizione e nell'applicazione di misure adatte a prevenire la commissione dei reati. Ed i *compliance programs* rappresentano il metro da utilizzare per valutare questo dovere di diligenza⁴.

È a questo punto che Federico Stella evoca, per illustrare questa rivoluzionaria tecnica di controllo del *corporate crime*, la strategia del lottatore di judo.

"(...) per dissuadere il *manager* dal compimento di atti illeciti bisogna analizzare e capire la forza della società per usarla contro i *managers* che agiscono illegalmente, e prima che agiscano illegalmente.

(...) la forza della società deve spingersi ad operare, predisponendo misure fondate su un codice di condotta "personalizzato", su un sistema di controllo pervasivo attraverso l'introduzione di unità di *compliance*, sulla previsione di canali di informazione che rendano certa la scoperta degli illeciti, sulla applicazione di severe sanzioni interne e sulla attribuzione di responsabilità all'intero consiglio di amministrazione quando non abbia provveduto ad una autoregolamentazione interna provvista di effettività. (...)

In altre parole, la vecchia organizzazione aziendale basata sulla fiducia dovrebbe essere sostituita, proprio ad opera della società e della sua forza, da un'organizzazione aziendale basata sulla fiducia controllata, e controllata non solo ai livelli più bassi, ma anche a quelli più alti e a quelli intermedi.

³ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, *passim*, spec. p. 102 ss.

⁴ Sul punto cfr. in generale SIGLER-MURPHY (a cura di), *Corporate Lawbreaking and Interactive Compliance*, Westport, CT, 1991.

(...) Tirando le somme, l'esperienza nordamericana sta a indicare che il diritto penale può esercitare una efficace azione deterrente e di prevenzione, nei confronti dei reati commessi all'interno delle società e dei gruppi *solo* se imbecca la strada di una reale ed efficace regolamentazione dell'impresa"⁵.

2. Compliance programs e carrot-stick approach

Con queste parole, Federico Stella va al cuore della questione. Dopo la constatazione del fallimento degli *ethical codes* nel contrastare la *corporate criminality*⁶, negli anni Novanta del secolo scorso nasce negli Stati Uniti l'esigenza di modificare radicalmente le tecniche di controllo dei reati commessi dalle persone giuridiche.

L'obiettivo – ambizioso – è quello di conciliare la *souplesse* di un intervento meramente moralizzatore, qual è quello di un tradizionale codice etico, con le esigenze di una tutela forte, reclamata dall'importanza dei beni giuridici in gioco.

La soluzione va così trovata in un intreccio armonioso tra le varie esigenze strategiche: una soluzione, certamente difficile ma senz'altro vantaggiosa sul terreno dell'interazione e dell'integrazione dei due modelli di tutela: punitivo penalistico e persuasivo deontologico.

Vengono perciò individuate nuove forme di prevenzione più invasive e penetranti, in grado di "aumentare i lacci e i laccioli dell'impresa"⁷. La finalità di prevenzione generale dei reati assume così una valenza ed una coloritura particolare, eccentrica rispetto alla definizione ed al contenuto tradizionali: il modello più evoluto di prevenzione generale del *corporate crime* si sostanzia alla fine degli anni Novanta nell'introduzione nel sistema di moderni "programmi di adeguamento" – i *compliance programs* della legislazione statunitense: una serie di regole dettagliate e formulate in modo chiaro che la persona giuridica si dà allo scopo di prevenire, scoprire e denunciare i reati commessi dai suoi dipendenti⁸. Regole messe a punto dall'impresa stessa con l'ausilio di specialisti, ma che – a differenza dei codici etici – trovano la loro fonte nella legge dello Stato che conferisce autorità, obbligatorietà e dignità alla loro attuazione; regole provviste di un apparato di sanzioni pronte a scattare in caso di violazione: la sanzione rende dunque credibili e dà legittimazione a questi programmi di autoregolamentazione.

⁵ STELLA, *Criminalità d'impresa*, cit., p. 471 s.

⁶ Sulla natura e sulla struttura degli *ethical codes* cfr. CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2013, p. 101 ss.

⁷ STELLA, *Criminalità d'impresa*, cit., p. 477; ID., *Criminalità d'impresa, nuovi modelli d'intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1254.

⁸ Cfr. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 111 ss.

Nella situazione esemplificata, questi modelli di autodisciplina penetrano nell'impresa con forza plasmatrice e ristrutturano l'organizzazione interna allo scopo di soffocare i focolai criminosi prima che esplodano con aggressività irrimediabile.

Solo una *presenza ingombrante* di protocolli formativi della cultura della persona giuridica è in grado di eliminare o, quantomeno, di ridurre i fenomeni criminosi, perché riesce ad imbrigliare le fonti generatrici di reato, che in caso contrario si esprimerebbero liberamente concretizzandosi in condotte delittuose⁹.

In altre parole, questo *nuovo* modello di *prevenzione* si realizza introducendo all'interno dell'azienda un apparato di controllo preventivo che funge da filtro e da raccordo tra impresa e giustizia penale. Si tratta di una struttura intermedia che riempie il vuoto tra organizzazione e giudice penale ed è in grado di rendere meno traumatico e improvviso l'intervento dell'autorità giudiziaria. In questo schema, i dirigenti della società assumono la qualità di *garanti* del rispetto dei programmi di adeguamento. Il ruolo ufficiale dei *managers* si giustifica pienamente: solo i dirigenti dell'impresa sono in grado – nel sostanziale isolamento che caratterizza le organizzazioni postmoderne – di districarsi con facilità (e comunque con maggior disinvoltura di un eventuale esperto esterno) nei meandri della struttura societaria; solo i dirigenti interni possono, con maggiore celerità degli organismi di controllo esterno, percepire le patologie dell'impresa al loro insorgere e aggredirle con maggior risolutezza.

Il dovere in cui si sostanzia questa posizione di garanzia che investe i dirigenti è dunque *duplice* e consiste sia nella cooperazione con la pubblica Autorità nella prevenzione dei reati, che nella collaborazione all'attività investigativa una volta che il reato è stato commesso¹⁰.

Quanto agli effetti di questi programmi di collaborazione, la presenza di un sistema intermedio di controllo extra-penale attutisce l'invadenza e l'afflittività della giustizia penale, perché penetrando in modo pervasivo nella struttura dell'impresa riesce a disattivare e a rimuovere le fonti di rischio di commissione di reato. La sanzione penale interverrà solo in termine di residualità: quando – per inosservanza delle regole di *compliance* – siano falliti i meccanismi preventivi intermedi.

Una volta dimostrato che il delitto si è realizzato nonostante l'effettiva, completa e diligente osservanza dei precetti di autoregolamentazione, la persona giuridica otterrà ampi benefici: da uno sconto notevole sulla pena da infliggersi all'esclusione di invasive procedure di supervisione *post delictum*; anche i dirigenti che hanno rispettato le regole fondanti la posizione di garanzia saranno premiati andando esenti da sanzioni penali.

⁹ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 285 ss.

¹⁰ Cfr. per tutti GRUNER, *Corporate Crime and Sentencing*, Charlottesville, VA, 1994, p. 498 ss.

Se invece si accerta che il reato si è verificato a causa della mancata ottemperanza dei programmi di adeguamento, l'invadenza della giustizia penale si manifesterà in modo deflagrante: saranno imposte pene altissime sia nei confronti delle società che per dei manager-garanti che hanno omesso di esercitare i controlli necessari a far rispettare i *compliance programs*¹¹.

La strategia del *carrot-stick-approach* incarnata nei *compliance programs* delineati nelle *Guidelines* del 1991 vive così il suo momento di gloria nell'ultimo scorcio del secolo scorso: è al centro del dibattito internazionale sulla criminalità economica e costituisce un punto di riferimento anche per il nostro sistema, perché si presenta senza dubbio come il modello maggiormente promettente oltre che "più prestigioso" nel panorama comparatistico¹². Si tratta dunque di una fonte di ispirazione e discussione fortemente suggestiva, anche perché costituisce un assai significativo banco di prova della trasformazione dei fini e dei mezzi della scienza penale della tarda modernità, che ha spostato definitivamente il baricentro degli obiettivi che caratterizzavano il diritto penale moderno: la parola d'ordine è ora, infatti, "prevenzione" a tutto campo¹³.

Sono dunque anni di entusiasmo e di rinnovamento delle scelte di politica criminale nel settore dei reati d'impresa.

Ma i problemi non mancano: proprio quando i *compliance programs* diventano "il modello cui ispirarsi" nell'esperienza comparatistica, cominciano ad emergere nella prassi statunitense i dubbi sull'interpretazione e sull'applicazione della loro disciplina normativa¹⁴.

3. La crisi del 2001

Il *carrot-stick approach* introdotto nel 1991 era considerato una sorta di ambizioso esperimento alla luce dei suoi forti elementi innovativi¹⁵. Al giro di boa dei primi dieci anni delle *Guidelines for Organizations*, la questione più dibattuta riguarda però l'inconsistenza del concetto di "effectiveness" che dovrebbe caratte-

¹¹ *Ibidem*.

¹² Sul "prestigio" quale causa di circolazione dei modelli giuridici cfr. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.

¹³ Cfr. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1247 ss.

¹⁴ Per un quadro aggiornato dei problemi connessi alla *corporate criminal liability* cfr. BUELL, *Capital Offenses Business Crime and Punishment in American's Corporate Age*, New York, NY, 2016.

¹⁵ KAPLAN, *Sentencing Guidelines: The First Ten Years*, in *Ethikos*, Nov./Dec. 2001, <http://www.singerpubs.com/ethikos/html/guidelines10years.html>.

rizzare un *compliance program* valido¹⁶. Nonostante l'indicazione, nelle *Organizational Guidelines*, dei sette requisiti indispensabili per ottenere la qualifica di effettività¹⁷, la letteratura dominante manifesta forti preoccupazioni sull'"assenza di valutazioni rigorose" della caratteristica in esame¹⁸.

L'efficienza dei meccanismi preventivi – si afferma – non dipende soltanto "dalle caratteristiche della persona giuridica autrice del reato e dal tipo di reato commesso ma anche, in modo fondamentale, dal *contesto* in cui il reato si realizza"¹⁹. Un contesto che può subire consistenti variazioni, che dipendono dalla grandezza della compagnia, dal tipo di attività svolta, dal patrimonio della società, dalla complessità della *governance*, da come si svolgono le relazioni interne ma soprattutto dall'"insieme dei valori che costituiscono la cultura dell'organizzazione"²⁰. Inoltre, tutti i fattori che caratterizzano il brodo di coltura in cui vive e opera l'impresa influiscono sulla percezione e sul rispetto delle regole da parte dei *managers*, condizionando in modo decisivo "il sentimento di vulnerabilità dei dirigenti di fronte alle sanzioni previste dalla legge"²¹.

In conclusione, i soli elementi elencati dalle *Guidelines* del 1991 al fine di valutare l'efficacia di un *compliance program*, ed in particolare tutto il sistema di *audit* e *monitoring* fissato per controllare la reale messa in pratica dei protocolli, *non* bastano da soli per dimostrare l'*effectiveness* della funzione preventiva: sono metodi di valutazione che guardano più al passato che al futuro; sono criteri che tracciano "l'attività svolta per mettere in atto i programmi e non il loro impatto concreto, dimostrando così che l'attività di *compliance* è intensa, ma non necessariamente effettiva"²².

Sean Griffith registra così il disagio di un alto dirigente di un'importante istituzione finanziaria: "Abbiamo messo in atto le disposizioni sulla sorveglianza e sui controlli, ma che ne sappiamo se il *compliance program* è effettivo? (...) Sappiamo che c'è un programma in funzione. Non sappiamo se funziona"²³. La conclusione è

¹⁶ Cfr. per tutti LAUFER, *Illusions of Compliance and Governance*, in 6 *Corporate Governance: the International Journal of Business in Society*, 3/2006, p. 242 ss.; KRAWIEC, *Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, in 81 *Wash. U. L. Q.*, 2003, p. 487 ss.

¹⁷ Cfr. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 116 ss.

¹⁸ LAUFER, *Illusions*, cit., p. 243.

¹⁹ YEAGER, *The Elusive Deterrence of Corporate Crime*, in 15 *Criminology & Pub. Pol'y*, 2016, p. 440, *corsivi nostri*.

²⁰ CLINARD-YEAGER, *Corporate Crime*, New Brunswick, NJ, 2006, *passim*.

²¹ YEAGER, *The Elusive Deterrence*, cit., p. 440.

²² GRIFFITH, *Corporate Governance in an Era of Compliance*, in 57 *Wm & Mary L. Rev.*, 2016, p. 2105.

²³ GRIFFITH, *Corporate Governance*, cit., p. 2106.

allora amara: la semplice osservazione della 'metrica' concernente i modelli organizzativi 'non dà una risposta alla cruciale questione dell'effettività'"²⁴.

In dottrina emergono critiche anche più dure. Molte società, si sostiene, avrebbero sviluppato *compliance programs* meramente simbolici limitandosi ad adottare protocolli poco più che formali anziché dare concreta attuazione ai requisiti indicati dalle *Guidelines*²⁵. Le voci maggiormente negative rispetto all'implementazione dei modelli affermano che fino a quel momento le strutture di *compliance* endosocietaria hanno svolto quasi esclusivamente una mera funzione di *window dressing* volta ad assicurare all'impresa "sia una legittimazione sul mercato che una ridotta responsabilità giuridica"²⁶. Ciò ha condotto a due problemi in particolare: una *under-deterrence* degli illeciti d'impresa, e una proliferazione di costose ma ineffettive strutture interne di prevenzione dei reati²⁷.

4. (segue): A perfect storm of scandals

È questo lo scenario che fa da sfondo agli eventi del 2001: "*a perfect storm of scandals*"²⁸. Il più noto, il caso Enron, dimostra impietosamente che incidenti del genere non sono opera esclusiva di pochi uomini d'affari senza scrupoli, ma sono piuttosto il risultato di una complessa rete di relazioni esistenti tra le imprese e gli esponenti delle varie Pubbliche Amministrazioni, che hanno prodotto effetti disastrosi su tutto il sistema economico e sociale americano²⁹. Come afferma Hank Brightman, "è l'inestricabile groviglio di rapporti tra Enron, i suoi massimi dirigenti e gli ufficiali governativi che dimostra l'esistenza di un ponte tra i livelli micro (individuali) e macro (imprenditoriali e societari) della criminalità economica"³⁰.

La risposta istituzionale a queste vicende è durissima e si concretizza con il famoso *Sarbanes Oxley Act* del 2002, che prevede nuove invasive "misure dirette a prevenire e reprimere i comportamenti fraudolenti e gli episodi di corruzione,

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ FIORELLI, *Will U.S. Sentencing Commission Amendments Encourage a new Ethical Culture Within Organizations?*, in 39 *Wake Forest L. Rev.*, 2004, p. 567.

²⁶ Così KRAWIEC, *Cosmetic Compliance*, cit., p. 487.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ HAUGH, *The Criminalization of Compliance*, in *Notre Dame L. Rev.*, in corso di pubblicazione.

²⁹ COFFEE, *Gatekeeper Failure and Reform: the Challenge of Fashioning Relevant Reforms*, in 84 *Boston Uni. L. Rev.*, 2004, p. 301 ss.; IDEM, *What caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990s*, in 89 *Cornell L. Rev.*, 2004, p. 269 ss.

³⁰ BRIGHTMAN, *White-collar Crimes*, voce in *The Encycl. Criminology and Crim. J.*, 2014, p. 3.

assicurare alla giustizia i colpevoli e proteggere gli interessi dei lavoratori e degli azionisti”³¹.

Il provvedimento mira a migliorare la qualità e la trasparenza dei rapporti finanziari, dei controlli esterni sulle società e sui bilanci delle *public companies*; ma l’anima dell’*Act* è costituita da un richiamo *espreso* al rispetto delle regole di diligenza: le società – da ora in poi – *dovranno* munirsi di codici di condotta³². In base alla *Sec. 406*, infatti, la SEC ordina che i mediatori, i consulenti d’investimento, le compagnie investitrici e le banche indaghino sull’esistenza di un *corporate code* dall’interno delle imprese. Siamo dunque ad un punto di svolta nelle tecniche di controllo del *corporate crime*: l’adozione di un *compliance program* solo *caldeggiata* dalla riforma del 1991, diviene ora *obbligatoria*³³.

In particolare, la *Section 805* della nuova legge dà indicazioni alla *Sentencing Commission* affinché proceda ad una revisione delle *Organizational Guidelines* per assicurare che esse siano “in grado di prevenire e punire i comportamenti illeciti delle persone giuridiche”³⁴.

Si arriva così alla riforma del 2004, meritevole di essere ricordata per le significative innovazioni nella materia dei protocolli di autodisciplina³⁵. Con le nuove disposizioni, i modelli di collaborazione cambiano nome: non si chiamano più “*compliance programs*”, bensì “*compliance and ethics programs*”: una nuova etichetta che dà, quindi, forte enfasi anche formale all’aspetto *etico* dei protocolli. Non solo: la loro disciplina non è più relegata – come nelle *Guidelines* del 1991 – alle *application notes*, ma viene inserita in una specifica e numerata *guideline*. Una collocazione nuova da non sottovalutare, evidentemente voluta per sottolineare l’importanza delle regole di *compliance* nella *governance* delle società.

In particolare, il §8B2.1 stabilisce che, allo scopo di ottenere un *compliance and ethics program* che sia dotato di effettività, l’organizzazione dovrà “(1) esercitare il dovere di diligenza per prevenire e scoprire le condotte penalmente rilevanti e dovrà (2) altrimenti promuovere una cultura d’impresa che incoraggi i comportamenti eticamente rilevanti e l’impegno ad uniformarsi alla legge”. Una formula importante, che vuole saldare in modo trionfale l’etica al concetto di cultura d’impresa³⁶.

³¹ DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, cit., p. 6. Cfr. anche BUCY, “*Carrots and Sticks*”: *Post-Enron Regulatory Initiatives*, in *Buffalo Crim. Law Rev.*, 2004, p. 277 ss.

³² RAKOFF-SACK, *Federal Corporate Sentencing: Compliance and Mitigation*, 2012, §5.02 [1] [f]

³³ *Ibidem*.

³⁴ *United States Sentencing Guidelines Manual*, 2014, §B2.1

³⁵ Cfr. BLEUSTEIN-KELLEHER-ZEITZ WINSTON, *Corporate Criminal Liability*, in 52 *Am. Crim. L. Rev.*, 2015, p. 871; HESS-MCWHORTER-FORT, *The 2004 Amendments to the Federal Sentencing Guidelines and Their Implicit Call for a Symbiotic Integration of Business Ethics*, in 11 *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, 2006, p. 725 ss.

³⁶ Cfr. sul punto CAPUTO, *La mano visibile*, cit., p. 108.

Siamo quindi di fronte ad una coraggiosa ed inequivocabile presa di posizione politico-criminale. Il richiamo a costruire una cultura d'impresa rispettosa dell'etica è una richiesta esplicita alle organizzazioni affinché si oppongano all'ideologia egoistica e impietosamente opportunistica della classe dell'alta finanza e dei *robber barons*³⁷: è un invito a disattivare i comportamenti devianti ed anti-giuridici grazie anche ad un'opera di rinnovamento culturale interno alla *corporation*, teso a recuperare i perduti valori della solidarietà sociale.

5. L'illusione della compliance?

Gli auspici della riforma del 2004 cadono però nel vuoto. La letteratura è molto critica sul punto e parla di una trasformazione drammatica e inaspettata delle tecniche di *enforcement* del *corporate crime* negli ultimi dieci anni: un vero e proprio ribaltamento delle prospettive di politica del diritto che ha indotto la dottrina più disincantata a parlare senza mezzi termini di "*illusions of compliance*"³⁸.

Vale la pena di ricostruire la vicenda nel dettaglio.

Secondo Todd Haugh lo spettacolo a cui oggi giorno dobbiamo assistere è tristemente monotono. La storia è sempre la stessa: prima ci sono gli scandali finanziari seguiti dallo sdegno e dalla disapprovazione pubblica, seguiti da provvedimenti legislativi penali o quasi penali, seguiti e culminanti con nuove misure di *compliance* ... un vero e proprio circolo vizioso – insomma – che si ripete con regolarità ma che – monotonia a parte – ha portato ad un risultato preoccupante: la *corporate compliance* ha cambiato pelle, è diventata "una creatura del diritto penale federale"³⁹.

Si parla insomma di "*criminalization of compliance*", di un nuovo ruolo determinante del diritto penale nella *compliance*⁴⁰.

Per capire questo fenomeno è molto utile partire dalla lucida analisi condotta da William Stuntz nel 2001, rivelatasi lungimirante⁴¹. È in questo periodo, dice lo studioso, che ha inizio, in concomitanza con i grandi scandali, una esuberante produzione di leggi penali federali sulla *corporate criminality*: leggi che si susseguono a ritmo incalzante e che coprono e ricoprono i medesimi settori e le medesime aree da disciplinare, con l'effetto di sovrapporsi in modo schizofrenico. Il

³⁷ Cfr. in tema CORDA, *La forza espansiva della matrice. Intese restrittive della concorrenza e strumento penale nella politica criminale contemporanea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, pp. 809-811.

³⁸ LAUFER, *Illusions*, cit.

³⁹ HAUGH, *The Criminalization*, cit.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ STUNTZ, *The Pathological Politics of Criminal Law*, in 100 *Mich. L. Rev.*, 2001, p. 505.

risultato finale è il seguente: “un singolo comportamento criminoso può essere trattato come se l'imputato avesse realizzato una pluralità di reati”⁴².

Una stratificazione che non può non ribaltare i suoi effetti sul potere discrezionale del *prosecutor* e dei *government agents*, che si trovano di fronte ad un numero impressionante di incriminazioni che disciplinano gli stessi ambiti. Ma, come spiega Stuntz, visto che negli U.S.A. *non* esiste il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, sono gli stessi *prosecutors* che decidono liberamente “se” e “quale” reato perseguire senza che tali scelte siano soggette ad alcun tipo di controllo.

Essi possono dunque ritenere di procedere nei confronti dell'ente contestando l'*offense* che appare più facile da provare oppure quella che è sanzionata con la pena più elevata, etc.⁴³. La grande varietà delle fattispecie a disposizione dei *prosecutors* aumenta notevolmente i loro poteri, accrescendo allo stesso tempo la vulnerabilità delle imprese. La conclusione è allora evidente: i *prosecutors*, messi nella condizione di agire ad ampio spettro e senza particolari vincoli, si trovano *di fatto* a poter forzare le *corporations* ad accettare accordi di *non-prosecution* o di *deferred prosecution*⁴⁴.

L'effetto finale è preoccupante: Brandon Garrett parla di “*structural-reform-prosecution*”⁴⁵ per indicare l'infiltrazione pervasiva dei *prosecutors* nelle imprese: “invece di concentrarsi sulle condanne, i *prosecutors* ed i loro funzionari usano i *deferred* e i *non-prosecution agreements* per “ristrutturare la *governance* delle *corporations*”⁴⁶.

6. Corporate deferred prosecution agreements (DPAs) e non-prosecution agreements (NPAs). *I vantaggi degli accordi*

È soprattutto dopo il disastroso epilogo del processo contro la Arthur Andersen nel 2002 che, per timore che le condanne nei confronti delle *organizations* si tramutino in vere e proprie “*corporate death penalty*”⁴⁷, comincia a diffondersi nel

⁴² STUNTZ, *The Pathological*, cit., p. 519.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. PAULSEN, *Imposing Limits on Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements*, in 82 N.Y.U. L. Rev., 2007, 1456-1457. V. anche REILLY, *Justice Deferred is Justice Denied: We Must End Our Failed Experiment in Deferring Corporate Criminal Prosecutions*, in BYU L. Rev., 2015, p. 333 ss.; THOMPSON, *Keynote Speech: The Reality of Overcriminalization*, in 7 J.L. Econ. & Pol'y, 2011, p. 582.

⁴⁵ GARRETT, *Structural Reform Prosecution*, in 93 Va. L. Rev., 2007, p. 854.

⁴⁶ HAUGH, *The Criminalization*, cit.

⁴⁷ MARKOFF, *Arthur Andersen and the Myth of Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century*, in 15 U. Pa. Jour. Bus. L., 2013, p. 800; AINSLIE, *Indicting*

Department of Justice (DOJ) l'uso di due diverse forme di *pretrial diversion agreements* (PDAs), *corporate deferred prosecution agreements* (DPAs) e *non-prosecution agreements* (NPAs), come "alternative alla condanna penale"⁴⁸.

Per capire la struttura e la natura di questi accordi⁴⁹, è bene partire dai *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* del *U.S. Attorneys Manual*, in cui sono elencati i nove fattori che i *prosecutors* devono considerare quando procedono nei confronti di una persona giuridica. Essi sono: "(1) la natura e la gravità del reato; (2) la pervasività dell'attività illecita all'interno dell'impresa; (3) l'aver commesso in passato reati dello stesso genere; (4) la pronta e volontaria rivelazione dell'illecito da parte della società e la sua volontà di cooperare nelle indagini a carico dei suoi agenti; (5) l'esistenza e l'efficacia di un preesistente *compliance program* all'interno dell'organizzazione; (6) i comportamenti riparatori della società; (7) le conseguenze collaterali; (8) l'adeguatezza del perseguimento degli individui responsabili del reato d'impresa; (9) l'adeguatezza dei rimedi come le azioni civili o i provvedimenti di '*regulatory enforcement*'"⁵⁰. Un elenco da cui sarebbe evidente – secondo un settore della letteratura – una notevole *disparity* tra *prosecutor* e *corporate defendant* e che produrrebbe di fatto un'esagerata discrezionalità giudiziale. Ed è in risposta a queste critiche che vengono promulgate nuove *Guidelines* in cui assumono consistenza i DPAs e i NPAs⁵¹.

Come funzionano questi *agreements*⁵²?

Corporations Revisited: Lessons of the Arthur Andersen Prosecution, in 43 *Am. Crim. L. Rev.*, 2006, p. 109.

⁴⁸ BLEUSTEIN-KELLEHER-ZEITZ WINSTON, *Corporate Criminal Liability*, cit., p. 864. Cfr. anche UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in 72 *Md. L. Rev.*, 2013, p. 1295 ss.; ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in 8 *J. Legal Analysis*, 2016, p. 191 ss.; ARLEN-KAHAN, *Corporate Regulation through Non-Prosecution*, in *Univ. Chic. L. Rev.*, 2017, in corso di pubblicazione.

⁴⁹ Cfr. ALEXANDER-COHEN, *Trends in the Use of Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements in the Settlement of Alleged Corporate Criminal Wrongdoing*, 2015. Nella letteratura italiana cfr. F. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. pen.*, 2013, p. 737 ss.

⁵⁰ Cfr. U.S. DEP'T OF JUSTICE, *U.S. Attorney's Manual* §§ 9.28000, 1997, riportato da BLEUSTEIN-KELLEHER-ZEITZ WINSTON, *Corporate Criminal Liability*, cit., p. 864.

⁵¹ *Ibidem*. Cfr. anche GARRETT, *The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions*, in 101 *Va. L. Rev.*, 2016, p. 60 ss. Per un quadro dell'evoluzione storica di DPAs ed NPAs dal c.d. "Holder Memorandum" del 1999 dal titolo "*Bringing Criminal Charges Against Corporations*" fino al "Filip Memorandum" del 2008 cfr. KAAL-LACINE, *The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993-2013*, 70 *Bus. Law.*, 2014, pp. 71-78.

⁵² ALEXANDER-COHEN, *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution and Plea Agreements*, in 52 *Am. Crim. L. Rev.*, 2015, p. 537 ss.

Vi è un *prosecutor* che formula l'accusa nei confronti della *corporation*, ma che si accorda con la stessa nel senso di non procedere contro l'organizzazione qualora questa si impegni a rispettare i requisiti dell'*agreement* per un periodo di tempo che viene determinato. In sostanza "i *DPA*s operano come un *probation* prima della condanna"⁵³. In altre parole, lo Stato formula l'accusa ma si accorda con la *corporation* per sospenderla se la controparte rispetterà con successo i termini dell'accordo⁵⁴.

I *NPA*s funzionano nello stesso modo, tranne che per il fatto che in questi meccanismi *non* vi sono imputazioni formulate pubblicamente e non vi è alcuna supervisione della Corte sull'esecuzione dell'accordo⁵⁵.

In conclusione, la compagnia ammette di aver realizzato l'illecito, paga una *fine*, si impegna con il *prosecutor* a rispettare le condizioni imposte ed a collaborare con le indagini in atto. È sottoscritta una lettera che normalmente formalizza l'accordo, senza che però ci sia alcuna ammissione di colpevolezza da parte della *corporation* o condanna della medesima. Sia in caso di *DPA*s che di *NPA*s, se l'organizzazione adempie compiutamente i contenuti dell'accordo alla scadenza del periodo di tempo stabilito, lo Stato lascia cadere ogni imputazione pendente nell'*agreement* e dispone che l'accusa non verrà proseguita.

In caso di inadempimento, qualora cioè la compagnia commetta un reato dello stesso tipo di quello oggetto dell'accordo, oppure ometta di collaborare all'interno di questo programma, il giudice si riserva il diritto di annullare l'*agreement*⁵⁶.

È allora chiara la differenza tra *DPA*s e *NPA*s e *plea agreement*.

Come il tradizionale *plea agreement*, i *DPA*s e i *NPA*s sono accordi pre-processuali tramite i quali lo Stato e l'organizzazione evitano tutti i costi di un processo. Con la differenza non trascurabile che, mentre in entrambe le situazioni le *organizations* possono accordarsi sui medesimi fatti oggetto del classico *plea agreement*, le persone giuridiche che siglano un *non-plea-agreement-settlement*, "non" sono obbligate a compiere una dichiarazione formale (di colpevolezza o di rinuncia alla difesa), "con l'effetto di evitare tutti i costi collaterali della condanna penale che necessariamente derivano da questi *pleas*"⁵⁷.

⁵³ BLEUSTEIN-KELLEHER-ZEITH WINSTON, *Corporate Criminal Liability*, cit., p. 865.

⁵⁴ Non è mancato chi abbia sottolineato con tono allarmistico come questi potenti strumenti processuali in mano ai *prosecutors*, consegnando loro eccessivi poteri, siano capaci di erodere anche le più elementari garanzie proprie del sistema di giustizia penale. V., in part., EPSTEIN, *The Deferred Prosecution Racket*, in *Wall Street J.*, 28 novembre 2006, p. A14, il quale sottolinea come il *prosecutor* diverrebbe a tutti gli effetti anche giudice.

⁵⁵ WEISSMANN-NEWMAN, *Rethinking Criminal Corporate Liability*, in *82 Ind. L. Jour.*, 2007, p. 413.

⁵⁶ BLEUSTEIN-KELLEHER-ZEITH WINSTON, *Corporate Criminal Liability*, cit., p. 865.

⁵⁷ ALEXANDER-COHEN, *The Evolution of Corporate Criminal Settlements*, cit., p. 544.

Va sottolineato inoltre che le *Guidelines* stabiliscono che il *prosecutor* ha la piena discrezionalità nel valutare “le conseguenze collaterali” di una possibile condanna della società, determinando “se” imputare del reato la compagnia o risolvere “con altri mezzi” la questione⁵⁸.

In conclusione con i *DPA*s ed i *NPA*s le società possono di fatto evitare “perdite di denaro, rischi, stigma e tutte le conseguenze collaterali di un’accusa, un processo, una condanna”⁵⁹.

Le cifre parlano chiaro sulla convenienza e l’opportunità di questi accordi. Dal 2000 il *DOJ* ha concluso 283 *agreements* resi pubblici: di questi, più della metà sono stati adempiuti entro il gennaio 2010. Nel 2013 il *DOJ* ha stilato ventisette accordi, 12 dei quali erano *NPA*s e 15 *DPA*s⁶⁰.

7. (segue): I costi

Accanto a questi vantaggi, i *DPA*s e i *NPA*s comportano però dei costi altissimi, che la letteratura più garantista non ha esitato ad evidenziare.

Con questi accordi – come ho già accennato – i *prosecutors* si infiltrano nelle *corporations* e la loro presenza non si concretizza in una semplice attività di osservazione e di controllo: è invece una presenza ingombrante, perché essi condizionano in concreto la forma e la struttura dei *compliance programs*, con l’obiettivo (o la scusa) di “cambiare in meglio la cultura dell’impresa”⁶¹. In sostanza i *DPA*s e i *NPA*s sono dei veri e propri “cavalli di Troia” che permettono ai pubblici ministeri americani di interferire pesantemente nella redazione dei programmi di collaborazione.

I *prosecutors* diventano così, in questo contesto dei “*super-regulators*”, come detto capaci di cambiare il volto della *governance* di società di primo piano e, di riflesso, di interi settori industriali⁶²; con la loro ingerenza sfondano i limiti delle tradizionali strategie di *compliance* tese a disattivare le fonti di rischio di reato degli enti, dando vita ad un “nuovo” sistema di controllo del *corporate crime* che in concreto si manifesta come un intreccio inquietante tra attività di *compliance* e giustizia penale.

Come spiegano bene Anthony Barkow e Rachel Barkow, questi accordi consentono infatti ai *prosecutors* di “imporre alle compagnie obblighi di introdurre

⁵⁸ BLEUSTEIN-KELLEHER-ZEITH WINSTON, *Corporate Criminal Liability*, cit., p. 865.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ ALEXANDER-COHEN, *The Evolution*, cit., p. 562 ss.; BLEUSTEIN-KELLEHER-ZEITH WINSTON, *Corporate Criminal Liability*, cit., p. 865.

⁶¹ HAUGH, *The Criminalization*, cit.

⁶² KAAL-LACINE, *The Effect*, cit., 62.

cambiamenti nel personale, riconsiderare le loro prassi commerciali, e adottare nuovi modelli di *corporate governance*⁶³. È così che si comprende il profondo disagio, registrato dalla letteratura, con cui le *organizations* tollerano questi “infiltrati”: oltre alla preoccupazione – sempre sullo sfondo – di un fallimento possibile dell’*agreement* – con conseguenze disastrose finanziarie, giudiziarie e sulla reputazione, in grado di pregiudicare in modo irrimediabile il futuro economico della compagnia⁶⁴, vale la pena di mettere in evidenza tutti gli altri “costi” che derivano sempre e comunque da questa intrusione indipendentemente dal successo degli *agreements*.

Sono innanzitutto costi *diretti*, che includono le spese da affrontare per compensare gli illeciti, per mettere a punto la difesa contro le accuse civili e penali, per svolgere investigazioni interne a conclusione di una indagine.

È significativo sul punto uno studio di Todd Haugh, che riporta come nel 2011 le imprese multinazionali statunitensi abbiano speso in un anno circa 3,5 milioni di dollari per i programmi di *compliance*⁶⁵!

Ci sono, però, anche enormi costi *indiretti*, perché le compagnie che formulano questi accordi con il DOJ vanno comunque incontro a rischi di perdita di quote di mercato⁶⁶.

Si assiste così ad una concatenazione di effetti allarmanti, tutti convergenti in una prevedibile finale reazione delle *corporations*, che concentrano in modo ossessivo tutte le loro energie nella predisposizione dei *compliance programs* con l’obiettivo esclusivo di compiacere i *prosecutors*. È così che, come è stato cinicamente osservato, negli ultimi anni la *compliance* è diventata “*a real growth business*”⁶⁷: una vera e propria industria con un giro d’affari di 30 miliardi di dollari. La conclusione – inimmaginabile venti anni fa – è quella di una radicale mutazione genetica degli obiettivi e dell’essenza delle strategie di *organizational compliance*. Come osserva amaramente Sean Griffith, il settore della *compliance* si è trasformato, in molte imprese, nell’equivalente dell’ufficio legale⁶⁸.

Per ottenere l’approvazione dei *prosecutors*, le persone giuridiche non badano dunque a spese nella redazione dei programmi di autodisciplina: le compagnie più potenti arrivano ad ingaggiare 100 o addirittura 1000 *compliance officers* ogni volta che è necessario predisporre un *compliance programs*: uno stuolo di avvoca-

⁶³ S. BARKOW-E. BARKOW, *Introduction*, in IDEM (a cura di), *Prosecutors in the Boardroom*, New York, NY, 2011, p. 3.

⁶⁴ Sul punto HAUGH, *The Criminalization*, cit., p. 32.

⁶⁵ HAUGH, *The Criminalization*, cit.

⁶⁶ Cfr. BARNARD, *Corporate Therapeutics at the Securities and Exchange Commission*, in *Colum. Bus. L. Rev.*, 2008, p. 818.

⁶⁷ Sul punto HAUGH, *The Criminalization*, cit.

⁶⁸ GRIFFITH, *Corporate Governance*, cit., p. 2078 s.

ti, ex pubblici ministeri, *regulatory agents* ed altri esperti, tutti pagati profumatamente; al punto che negli ultimi anni negli U.S.A. la professione di *compliance officers* è diventata una *dream career*⁶⁹.

In definitiva, come Federico Stella aveva paventato: l'etica degli affari è diventata l'affare dell'etica⁷⁰.

8. La mutazione genetica dei compliance programs

Il problema più grande riguarda però la *trasformazione radicale* dell'essenza dei programmi. Un confronto pratico tra la struttura formale dei *compliance programs tradizionali* e quella dei modelli organizzativi attuali *in action* fornisce la dimostrazione tangibile della nuova tendenza.

Il *compliance program* stabilito dalle *Organizational Guidelines* è infatti formato da tre sezioni, che si sovrappongono ed interagiscono tra loro:

A. La sezione *pedagogica*, che include tutte le indicazioni su come costruire il programma e come spiegare a dirigenti e dipendenti le regole di autoregolamentazione affinché siano rispettate;

B. La seconda sezione, quella dei controlli diretti e indiretti sull'effettiva messa in opera dei *compliance programs*;

C. La terza sezione, quella dell'*enforcement*, che riguarda la scoperta delle infrazioni del programma ed il trattamento disciplinare riservato ai trasgressori.

Con l'avvento dei *DPA*s e dei *NPA*s i *prosecutors* sono entrati nella governance aziendale e si comportano come ufficiali di *probation* senza che vi sia stata una condanna. Tutto ciò ha prodotto nei fatti un impoverimento della prima sezione dei programmi, la sezione "ideologica", dedicata alla preparazione teorica degli *agents*, alla loro formazione specialistica, e alla costruzione della "cultura dell'impresa" rispettosa dei valori condivisi della solidarietà sociale.

Nella nuova versione diventano invece più importanti – anzi decisive – la sezione dei controlli e quella dell'*enforcement*.

In altre parole, l'obiettivo del *compliance program* non è più quello di formare un'etica d'impresa rispettosa della legalità: ora è quello di ottenere l'approvazione del *prosecutor-insider*, affinché questi non ponga veti alla realizzazione dell'*agreement*. Se le cose stanno così, ciò significa che l'attuale filosofia della *compliance treatment* è molto lontana dall'originario *carrot-stick approach*: essa si

⁶⁹ Così afferma HAUGH, *The Criminalization*, cit., che fornisce dati precisi sul fenomeno.

⁷⁰ STELLA, *Il mercato senza etica*, in DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. XII.

radica invece solidamente nei principi del diritto penale classico e nella concezione più tradizionale e negativa di *deterrence*⁷¹.

In conclusione, ai *compliance officers* non interessa più costruire dei sistemi interni di autoregolamentazione che, modellando l'*organization's character* secondo uno schema improntato al rispetto dell'etica degli affari, siano in grado di arginare le fonti di rischio di reato. Il problema è diventato molto più semplice: è quello di mettere a punto il *compliance program* che meglio soddisfi le esigenze del *prosecutor*. E la soluzione è ancora più semplice e *meramente* opportunistica: è sufficiente che i *compliance officers* trattino la strategia di *compliance* "come un problema che si risolve con gli schemi tradizionali del diritto penale"⁷².

Todd Haugh fornisce una serie di esempi concreti per spiegare questo *snaturamento* della funzione della *compliance*. Basta dare uno sguardo al protocollo di autoregolamentazione della *Intel Corporation*, un'importante multinazionale: "(...) la società, guidata dall'avvocato Tom Dunlap, ha sviluppato un *compliance program* che è stato modellato su una continua, e probabilmente ininterrotta, indagine penale. La tattica che è divenuta il punto centrale del programma, e che ultimamente ha consentito di scoprire ulteriori forme di illegalità all'interno della compagnia, ha rappresentato un paradigmatico esempio di una *compliance* condizionata dal diritto penale e basata sulle tecniche di deterrenza"⁷³.

Ancor più significativo è il *compliance program* della *J.P. Morgan Bank*. Per costruire un protocollo efficace, la banca "ha assunto 2.500 esperti di *compliance* e ha speso negli ultimi tre anni più di 730 milioni di dollari per migliorare le operazioni di *compliance*"⁷⁴. Non solo: ha adottato "un nuovo approccio estremamente aggressivo di controlli interni – un'unità di sorveglianza interna e un elaborato *software* diretto a controllare la posta elettronica e le comunicazioni telefoniche dei loro agenti. Gli sforzi della *J.P. Morgan* sono degni di nota, perché il software cerca di prevedere le condotte illecite prima che si verifichino"⁷⁵. La tecnica qui utilizzata per rendere più credibile agli occhi dei *prosecutor* il *compliance program* è ben nota: si chiama "*predictive monitoring*" ed è una strategia usata dalle unità investigative per tenere sotto controllo i sospettati ed i simpatizzanti di terrorismo internazionale⁷⁶!

⁷¹ Cfr. sul punto, diffusamente, HAUGH, *The Criminalization*, cit.

⁷² HAUGH, *The Criminalization*, cit.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ HAUGH, *The Criminalization*, cit. Più in generale, cfr. R. BARKOW, *The New Policing of Business Crime*, in 37 *Seattle U. L. Rev.*, 2014, p. 435 s.

⁷⁶ Sulle tecniche di "*corporate monitoring*" utilizzate negli ultimi anni cfr. KHANNA, *Reforming Corporate Monitor?*, in A. BARKOW-R. BARKOW, *Prosecutors in the Boardroom*, cit., p. 226 ss.

Le conseguenze di questa modificazione strutturale sono allora serie e paradossali. Siamo lontani anni luce dall'impostazione pedagogica che costituiva l'anima dei *compliance programs* originari. Nella filosofia delle *Organizational Federal Guidelines* del 1991 e soprattutto in quelle del 2004, il *compliance program* doveva svolgere una funzione di cuscinetto, doveva costituire un filtro, una zona protetta e neutra, che serviva a mantenere le distanze tra il diritto penale e l'impresa.

L'obiettivo era dunque duplice: *preventivo*, perché il programma doveva impedire la commissione dei *corporate-crimes*; *protettivo*, perché con la dimostrazione dell'esistenza di un *effective compliance and ethics program*, l'*organization* poteva ottenere, anche in caso di commissione del reato, sostanziosi benefici sanzionatori. In particolare, con la riforma del 2004 il "premio" per un effettivo *compliance program* era subordinato alla dimostrazione di una rinnovata etica dell'impresa, dimostrativa di una "cultura" pienamente acquisita rispettosa dei principi di un capitalismo moralmente orientato.

Questa impostazione ideologica non emerge più nei *compliance programs* elaborati dalle compagnie americane negli ultimi anni. Ora si vede solo la presenza autoritaria di un *prosecutor* che è entrato nell'impresa per orientare i *compliance officers* nell'elaborazione del contenuto dei protocolli.

Mentre nelle finalità della *carrot-stick philosophy* il diritto penale veniva tenuto lontano dalla *governance* dell'organizzazione ed era pronto ad entrare in azione, con la ferocia tradizionale, *solo* in caso di fallimento dei dispositivi di autoregolamentazione, ora *non è più vicino*, ma è proprio *dentro* la *governance* delle società fino a sovrapporsi perfettamente alle regole di autodisciplina.

Addirittura, secondo alcuni commentatori, questa coincidenza tra la *criminal law* e le regole di *compliance*, grazie all'intrusione dei *prosecutors* nelle imprese potrebbe condurre, secondo le previsioni più pessimistiche, ad una violazione del principio di uguaglianza da parte degli stessi *prosecutors*, che potrebbero arrivare a trattare in modo diverso situazioni equivalenti⁷⁷.

La conclusione è allora inevitabile, secondo alcuni: la perdita definitiva di legittimità e di credibilità dell'ideologia incarnata negli *organizational compliance and ethics programs*.

È evidente, infatti, che se il protocollo di autodisciplina non è altro che la mera imitazione o riproduzione delle norme del sistema penale con tutte le sue caratteristiche peggiori di aggressività e di pura minaccia, ciò significa che la sua

⁷⁷ Cfr. STUNTZ, *The Pathological Politics*, cit., p. 520 s.

esistenza non ha più alcun senso, perché il suo messaggio è identico a quello della legge penale. Come si suol dire: “segui le regole o sconti la pena”⁷⁸.

9. *Quale futuro per i compliance programs?*

Le ottimistiche previsioni della letteratura degli anni Novanta del secolo scorso, che parlava con entusiasmo del “*public good of corporate virtue*”⁷⁹ sembrano cadute nel vuoto. Non c’è da stupirsi, allora se alcuni studi recenti etichettino come “modesti” o addirittura “nulli” gli effetti delle strategie di controllo del *corporate crime*⁸⁰ e sia stata posta da parte del *Department of Justice* nuova enfasi sul perseguimento delle persone fisiche all’interno degli organigrammi societari⁸¹.

Il fatto è che, come giustamente afferma Peter Yeager, “per generare la *compliance* le regole giuridiche devono normalmente penetrare nella struttura della persona giuridica e nella sua cultura che si oppone a considerare prioritario ogni comportamento etico e rispettoso della legge”⁸². Ciò significa, in altre parole, che non basta una disposizione di legge che richieda l’esistenza di un “*compliance and ethics program*” perché l’etica degli affari entri automaticamente e miracolosamente nei meccanismi della *corporate governance*.

Vale la pena di riportare le osservazioni di Gabrio Forti sulla questione: l’etica non riuscirà mai a fondersi nel carattere dell’impresa e rimarrà solo un mero artificio retorico “finché non sia posta in grado di affrontare il problema del fine dell’autorealizzazione della persona. Non è possibile insomma discorrere di etica d’impresa senza riflettere sulle questioni di fondo che investono la persona e, dunque, sul ruolo che perfino all’interno di una realtà aziendale possono assumervi i ‘beni relazionali’ rispetto a quelli meramente ‘posizionali’”⁸³.

Sono queste le perplessità che hanno indotto una parte della letteratura a procedere ad un’analisi minuziosa e spietata di *compliance programs in action* presso

⁷⁸ HAUGH, *The Criminalization*, cit., fa proprie le note parole di KILLINGSWORTH, *Modeling the Message: Communicating Compliance through Organizational Values and Culture*, in 25 *Geo. J. Legal Ethics*, 2012, p. 966.

⁷⁹ Cfr. per tutti HAINES, *Corporate Regulation: Beyond “Punish or Persuade”*, 1997.

⁸⁰ SCHELL BUSEY-SIMPSON-RORIE-ALPER, *What Works? A Systematic Review of Corporate Crime Deterrence*, in 15 *Criminology & Pub. Po’y.*, 2016, p. 387 ss.

⁸¹ Cfr. il c.d. Yates Memorandum del U.S. Department of Justice del settembre 2015 riguardante la “*Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*”, in <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>. In dottrina v. GARRETT, *The Corporate Criminal as Scapegoat*, in 101 *Va. L. Rev.*, 2015, p. 1794.

⁸² YEAGER, *The Elusive Deterrence*, cit., p. 446.

⁸³ FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. “Doppio standard” e “doppio vincolo” nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, p. 214.

diverse *corporations*: l’obiettivo è stato quello di capire le ragioni di fondo che hanno portato all’insuccesso delle strategie di autodisciplina⁸⁴.

Così, negli ultimi dieci anni, alcuni specialisti di “*business ethics*”, che hanno avuto la possibilità di prendere in concreto visione di numerosi *compliance and ethics programs* adottati dai vari tipi di *organizations*, hanno individuato due modelli di programmi.

A. un modello cd. “estrinseco”, centrato sugli incentivi offerti alle persone giuridiche (cd. *incentive-based approach to compliance*);

B. un modello cd. “intrinseco”, basato sull’etica dell’impresa (cd. *ethic-based approach*)⁸⁵.

9.1. (segue): A. Il modello estrinseco

Maurice Stucke illustra con chiarezza i requisiti del primo modello. Un *compliance program* di tipo “estrinseco” spinge le imprese a calcolare i costi ed i benefici della strategia di *compliance*: ciò significa, in primo luogo, che l’organizzazione deve essere in grado di valutare i risultati dei suoi investimenti nell’attività di autoregolamentazione. In altre parole, “un’impresa deve riuscire a misurare qual è la probabilità di ottenere l’incentivo e qual è l’entità dell’incentivo”⁸⁶; in secondo luogo, per riuscire a stabilire i costi della *compliance*, l’*organization* deve sapere quali sono le attività ulteriori che deve intraprendere, per quanto tempo dovrà metterle in atto e a quanto ammonta il costo di tutte queste operazioni. Infine – ricorda Stucke – per incoraggiare le aziende a concentrare le loro energie sulla *compliance*, le *Guidelines* “implicano un accordo”: se una *firm* si impegna ad adottare un protocollo di autoregolamentazione e rispetta i sette requisiti stabiliti dalla legge, otterrà uno sconto di pena previsto⁸⁷.

In altre parole, in base all’*extrinsic-approach*, le persone giuridiche vorranno sapere chiaramente “che cosa ci si aspetta da loro per ricevere l’incentivo” e le Corti ed il *Department of Justice* dovranno essere in grado di rispondere con precisione a questa domanda⁸⁸.

È allora evidente come questo “modello estrinseco” sia centrato su un paradigma meramente utilitaristico. Qui la regola di *compliance* si rivolge alla “*societas-oeconomica*”, a cui interessa esclusivamente soppesare la convenienza della strategia di autoregolamentazione e che quindi si preoccupa di formulare una va-

⁸⁴ YEAGER, *The Elusive Deterrence*, cit., p. 447.

⁸⁵ Cfr. per tutti STUCKE, *In Search of Effective Ethics & Compliance Programs*, in 39 *Jour. Corp. L.*, 2014, p. 769 ss.

⁸⁶ STUCKE, *In Search*, cit., p. 800.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

lutazione orientata alla mera opportunità. Un'impostazione, questa, che si aggan-
cia in modo convincente alle teorie di *criminal law and economics*, in particolare a
quelle che considerano “la *persona giuridica* espressione per sé di *razionalità di sco-
po economico*”⁸⁹. In questo paradigma viene invece completamente frustrata ogni
aspirazione rivolta alla costruzione di una cultura d'impresa eticamente orientata.

Peraltro, non sembra dalle indagini svolte che l'*extrinsic model* abbia conse-
guito risultati apprezzabili⁹⁰.

9.2. (segue): B. Il modello intrinseco

La situazione cambia completamente, secondo gli specialisti, qualora la società
adotti un “*ethic based program*”⁹¹.

In questo caso, l'obiettivo non è tanto la deterrenza, cioè la minaccia di san-
zioni in caso di violazione delle specifiche regole di *compliance*; qui si cerca in-
vece di orientare tutte le forze interne della *corporation* allo scopo di sviluppare una
cultura dell'organizzazione rispettosa dei valori dell'etica degli affari. Il problema
non è più tanto quello di motivare la *societas* ad impegnarsi per riuscire ad acqui-
sire il *financial incentive*, ma è quello di indurre l'impresa a costruire ed a pro-
muovere una *corporate culture* che sia basata su una giustificazione morale
dell'agire economico⁹².

È una prospettiva nuova, questa, che coinvolge in prima persona gli alti diri-
genti dell'impresa, affinché si impegnino a fondo in un vero e proprio processo
rieducativo interno e motivino i dipendenti a “fare la cosa giusta perché è la cosa
giusta da fare”⁹³: l'acquisizione di una *organizational culture* eticamente orientata
diviene, in questo modello, l'obiettivo da raggiungere “fine a se stesso”, senza fi-
nalità ulteriori.

La differenza tra le due prospettive, come spiega Stucke, si può allora così sin-
tetizzare: il quesito alla base dell'*extrinsic approach* è quello che induce i vertici
dell'impresa a valutare “che cosa è possibile fare legalmente” e “quali sono i costi
ed i vantaggi della strategia di *compliance*”; l'*intrinsic approach* è quello invece che
mira a realizzare “qual è la cosa etica e giusta da compiere”⁹⁴.

⁸⁹ Cfr. sul punto, per tutti, PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in DOLCINI-
PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 595.

⁹⁰ YEAGER, *The Elusive Deterrence*, cit., p. 447.

⁹¹ HESS, *A Business Ethics Perspective on Sarbanes-Oxley and the Organizational Sentencing
Guidelines*, in 105 *Mich. L. Rev.*, 2007, p. 1791 ss.

⁹² KILLINGSWORTH, *Modeling the Message*, cit., p. 961 ss.

⁹³ STUCKE, *In Search*, cit., p. 826.

⁹⁴ *Ibidem*.

L'acquisizione di un "*ethical character*" costituisce allora un valore in sé da perseguire e da raggiungere: una virtù che, una volta acquisita dall'organizzazione, rappresenterà nel mondo degli affari una qualità competitiva vincente.

Le indicazioni fornite da questi studi meritano grande attenzione: è comunque opportuno sottolineare che i due modelli di *compliance* sopra indicati *non* sono *alternativi* e non si escludono a vicenda⁹⁵: la soluzione convincente sta nello studiare il giusto equilibrio tra le due impostazioni.

In altre parole, in un *compliance and ethics program* che si propone di essere *effective*, l'elemento opportunistico della "*carrot-stick philosophy*" *non scompare* ma diventa l'effetto collaterale che deriva dall'aver creato e applicato nell'azienda una *corporate culture* rispettosa dell'etica.

In definitiva, l'esperienza statunitense degli ultimi quindici anni ha dimostrato la difficoltà di trovare una *compliance program* che sia veramente effettivo in assenza di una componente etica⁹⁶.

10. Conclusioni. Verso un capitalismo etico?

Sembra perciò possibile una nuova era che rilanci i "*compliance and ethics programs*". Un'era in cui le persone giuridiche si devono impegnare a "definire una serie di valori aziendali, creare un ambiente capace di sostenere comportamenti eticamente retti e infondere tra i dipendenti dell'organizzazione un condiviso senso di responsabilità"⁹⁷.

Il problema è allora quello di capire *come* procedere per garantire questo risultato; si tratta infatti di un obiettivo ambizioso e difficile da perseguire.

Difficile perché la costruzione di un *compliance program* che sia finalmente credibile impone alle *corporations* di compiere un'operazione radicale di rinnovamento ideologico: la *disattivazione* di tutti i *meccanismi* di *razionalizzazione* del *corporate crime*⁹⁸.

La letteratura nordamericana sul punto è sterminata. Anche la migliore dottrina italiana, che ha gettato uno sguardo sul "brodo di coltura della criminalità

⁹⁵ Cfr. HESS, *A Business Ethics Perspective*, cit., p. 1793.

⁹⁶ MURPHY, *The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics*, in 87 *Iowa L. Rev.*, 2002, p. 716.

⁹⁷ CAPUTO, *La mano visibile*, cit., p. 117; TYLER-DIENHART-THOMAS, *The Ethical Commitment to Compliance: Building Value-Based Cultures*, in 50 *Cal. Manag. Rev.*, 2008, p. 33.

⁹⁸ Cfr. per tutti HAUGH, *The Criminalization*, cit., p. 63.

d'impresa", ha ribadito con impareggiabile lucidità l'esistenza dei già noti "risvolti criminogeni" che caratterizzano le società⁹⁹.

In particolare, studi importanti hanno messo in evidenza il ruolo decisivo assunto dagli "psicopatici aziendali" nei tracolli economici che hanno squassato il capitalismo degli ultimi decenni. Come illustra Marta Bertolino "(...) 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 sarebbero 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 perseguiti"¹⁰⁰.

È un quadro grave e inquietante che conferma le intuizioni di chi non ha esitato a parlare di "*toxic capitalism*"¹⁰¹ per descrivere l'ambivalenza dei fattori su cui si reggono e vivono le grandi società di capitali. Infatti, il fenomeno del *gruppo*, l'elemento della *segretezza* nell'organizzazione, gli *scopi* dell'organizzazione, il *contesto sociale* in cui si svolge l'attività d'impresa, insieme ad altri elementi, sono, ad un tempo, fattori fisiologici e criminogeni: fattori indispensabili per l'esistenza stessa dell'ente economico organizzato in forme d'impresa ma che – osservati nel loro rovescio – predispongono la società alla commissione di reati¹⁰².

Questa è l'"ambiguità tossica" che dovrà essere smascherata dai *compliance and ethics programs* del futuro e queste sono le indicazioni della letteratura specialistica per cogliere l'obiettivo.

La sezione didascalica disinvoltamente compressa con l'avvento dei *DPA*s e dei *NPA*s, dovrà essere trionfalmente ripristinata. Tra i compiti pedagogici dei *compliance officers* si sarà anche quello di comprendere e di studiare a fondo i meccanismi di razionalizzazione dei *white-collars* e dei *corporate crimes* per poi comunicarli in modo chiaro e preciso agli agenti della società. Inoltre dovrà essere selezionata e distribuita a tutti la letteratura criminologica essenziale sulle "*cor-*

⁹⁹ MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Impresa e Giustizia penale*, cit., p. 339 s.; FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, in *L'uomo e il denaro*, quaderno n. 15, 2006, p. 44.

¹⁰⁰ BERTOLINO, *Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità, una relazione da scoprire*, in *Criminalia*, 2014, p. 24. Per uno studio sui meccanismi psicologici che inducono i *white-collar criminals* a commettere i reati cfr. SOLTEZ, *Why they Do it: Inside the Mind of the White-collar Criminal*, New York, NY, 2016.

¹⁰¹ PIERCE-TOMBS, *Toxic Capitalism. Corporate Crime and the Chemical Industry*, Aldershot, 1998.

¹⁰² Sul punto cfr., tra gli altri, DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. 251 ss.

porations as criminals", perché si dissolva finalmente quell'aura di prestigio e di innocenza che ancora circonda questi tipi di autore. Anche film e documentari saranno utili per spiegare la genesi e gli effetti dei grandi scandali.

Consapevolezza, educazione, autocritica: queste sono le parole d'ordine per un rinnovamento della *corporate culture*: un rinnovamento anche imbarazzante e doloroso perché destinato inevitabilmente a mettere allo scoperto il lato brutale e avido dell'"*American dream*"¹⁰³ con tutto il suo carico drammatico di ingiustizie.

In conclusione, "il rilancio dell'etica come guida e spirito dell'attività d'impresa" costituisce la premessa su cui dovranno essere costruiti i "nuovi" *compliance programs*: come ha previsto Federico Stella, solo la morale individuale potrà ancora salvare il capitalismo¹⁰⁴.

¹⁰³ Sulle connessioni tra reato ed *American dream* cfr. MESSNER-ROSENFELD, *Crime and the American Dream*⁵, Belmont, CA, 2012.

¹⁰⁴ STELLA, *Il mercato senza etica*, prefazione a DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., p. XII, p. XV. Sul punto cfr. peraltro le perplessità di GARAPON, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, tr. it., Milano, 2012, p. 146 s.

GIUSEPPE DI VETTA

L'ABUSO DI UFFICIO: CRONACA DI UN «RITORNO»

SOMMARIO: 1. Il sindacato del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa nelle stagioni dell'abuso d'ufficio. – 2. La formalizzazione della matrice tipologica dell'abuso d'ufficio: lacune di tutela e contraddizioni della «nuova» fattispecie. – 3. Esperienze di «revanscismo» giurisprudenziale. L'illiceità della condotta: dalla violazione all'elusione della norma di legge. La riemersione dello sviamento di potere e la rilevanza dell'art. 97, comma 1°, Cost. – 4. I rapporti tra le due «illiceità»: dalla reciproca autonomia, in funzione di una duplice selettività, all'identificazione. – 5. Il «governo» dell'interesse pubblico in concreto attraverso l'accertamento dell'elemento soggettivo. – 6. Valutazioni di sintesi su un'esperienza di «diritto giurisprudenziale»: il recupero della dimensione identitaria della fattispecie di abuso d'ufficio e il perenne «falso problema» del sindacato del giudice penale sull'esercizio dell'azione amministrativa.

1. *Il sindacato del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa nelle stagioni dell'abuso d'ufficio*

Il tema del controllo del giudice penale sulla legalità dell'azione amministrativa attraversa in modo costante e pervasivo l'evoluzione legislativa e applicativa della fattispecie di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.

La questione del sindacato penalistico sull'attività della Pubblica amministrazione sottende la necessità di definire entro quali limiti e in che termini il giudice penale, in quanto organo giurisdizionale, possa esercitare un controllo sul concreto esplicarsi della funzione amministrativa. Ci si chiede, peraltro, se sia effettivamente enucleabile, nel contesto dell'esercizio del potere esecutivo-amministrativo, uno spazio vuoto dal diritto penale, ossia immune dalle pretese punitive espresse dalle singole figure incriminatrici che definiscono lo «statuto penale» della P.A., corrispondente – più esattamente – ad una sorta di «riserva di amministrazione»: uno spazio, per l'appunto, precluso all'organo giurisdizionale penale.

Così intimamente legato al persistente problema del controllo penale sull'esercizio (legale) dei poteri pubblici, il delitto di abuso d'ufficio è storicamente proiettato, nell'esperienza nazionale, al centro della dialettica, anche

aspramente conflittuale, tra ordine giudiziario (la magistratura, anzitutto inquirente) e il potere politico-amministrativo (gli amministratori)¹.

Sul versante della concreta applicazione giudiziaria della fattispecie in esame, le tensioni emergono, in modo paradigmatico, soprattutto negli anni '90², a seguito del radicale intervento di riforma (L. 86/1990) che ha investito il contesto sistematico dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.

L'abrogazione del reato di «interesse privato in atti d'ufficio» (art. 324 c.p.) e l'elisione dalla struttura del delitto di peculato (art. 314 c.p.) della «distrazione» come modalità di realizzazione della condotta tipica, ebbero come risultato di accreditare la fattispecie di abuso d'ufficio come il presidio penalistico più avanzato e vitale in materia di tutela dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione. In questo nuovo scenario sistematico, l'abuso d'ufficio, così come modificato dalla L. 86/1990, ereditava, in termini applicativi, le fattispecie concrete che erano dapprima ricondotte – non senza qualche distorsione ermeneutica – al reato di interesse privato in atti d'ufficio (ad es. le ipotesi di esercizio *venale* del potere amministrativo a vantaggio del p.u.) e al peculato per distrazione.

La fattispecie conservava l'originaria struttura finalistica³: alla condotta tipica, espressa nei termini tradizionali dell'*abuso dell'ufficio*, si affiancava la previsione del dolo specifico consistente nel fine di «*procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale*» (favoritismo) ovvero di «*arreare ad altri un danno ingiusto*» (prevaricazione).

Si differenziava il trattamento sanzionatorio in funzione della natura patrimoniale o meno del vantaggio perseguito dal p.u. o dall'incaricato di un pubblico servizio attraverso la condotta di strumentalizzazione della funzione corrispondente all'ufficio: al secondo comma dell'art. 323 c.p. era infatti descritta un'autonoma fattispecie incriminatrice, dedicata, per l'appunto, all'ipotesi in cui la distorsione funzionale del potere pubblico fosse rivolta a procurare un vantaggio patrimoniale.

La previsione di due distinte figure incriminatrici, fondata sulla differente consistenza del vantaggio perseguito dall'agente, era stata oggetto di acute e con-

¹ Per una lettura esaustiva sul tema, dall'ampio afflato culturale, L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, *passim*. In argomento, di recente, A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, Napoli, 2012, pp. 12 ss.

² Eppure, le prime avvisaglie di queste profonde tensioni si erano già percepite a seguito del ridimensionamento interpretativo della fattispecie di «Interesse privato in atti d'ufficio» (art. 324 c.p.): sul punto, tra gli altri, A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, in A. BONDI, A. DI MARTINO, G. FORNASARI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2004, pp. 237 ss.

³ *Amplius*, sulla struttura della fattispecie risultante dalla L. 86/1990, si consideri S. SEMINARA, *Art. 323 – Abuso d'ufficio*, in T. PADOVANI (coordinato da), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione*, Utet, Torino, 1996, pp. 236 ss.

divisibili obiezioni da parte della dottrina: il carattere patrimoniale del vantaggio, alla cui realizzazione era diretta la condotta abusiva, costituiva un criterio selettivo invero estremamente labile e foriero di paradossi applicativi, soprattutto perché incapace di cogliere, in modo rigoroso ed efficace, le variegate fenomenologie criminali, in cui, spesso, non è affatto agevole operare una distinzione tra più finalità concorrenti perseguite dal soggetto attivo⁴.

Nel contesto rinnovato dalla L. 86/1990, la questione dei limiti al sindacato del giudice penale sull'esercizio della funzione amministrativa si è subito imposta come cruciale.

La formulazione della condotta tipica come «abuso dell'ufficio» consentiva al giudice penale un penetrante sindacato sull'attività della pubblica amministrazione, finanche esteso ai profili adiacenti al c.d. merito amministrativo (ad es. la congruità e l'opportunità della decisione amministrativa)⁵. L'inconsistenza selettiva della nozione di «abuso», quale precipitato della sua intrinseca indeterminazione descrittiva, si traduceva in una gestione prasseologica della fattispecie a dir poco disinvolta, orientata a ricondurre all'art. 323 c.p. ogni ipotesi in cui l'esercizio del potere amministrativo si fosse concretamente risolto nel perseguimento di una finalità comunque diversa da quella istituzionale, definita dalla norma attributiva del potere, a prescindere dall'illegittimità amministrativa dell'atto in cui si fosse estrinsecato il comportamento penalmente rilevante.

In buona sostanza, la tipicità (legale) collassava nell'evanescente paradigma applicativo dell'eccesso (o sviamento) di potere⁶, identificato in ogni forma di strumentalizzazione dell'azione amministrativa per finalità estranee a quelle predeterminate dalla legge (c.d. distorsione teleologica o funzionale del potere amministrativo).

La dottrina denunciava le penetranti scorrerie del magistero punitivo nell'ambito della discrezionalità amministrativa: l'accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice imponeva al giudice penale di addentrarsi nelle concrete modalità di esercizio del potere amministrativo, al fine di verificare se il fine perseguito dal pubblico ufficiale (o dall'incaricato di un pubblico servizio) corrispondesse effettivamente alla finalità istituzionale per la cui attuazione il potere era stato attribuito. In quest'ambito, il vaglio giurisdizionale sulle modalità di esercizio del potere amministrativo e sulle finalità perseguite poteva agevol-

⁴ Così, T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., p. 571.

⁵ Sul punto M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 890.

⁶ In questi termini, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 2° ed., 1990, p. 241.

mente trasmodare in valutazioni afferenti alla stessa opportunità o congruità della scelta discrezionale compiuta dall'ufficio⁷.

L'attività discrezionale della P.A. soggiaceva, pertanto, alle pervasive interferenze di un controllo (penale) di legalità affatto limitato ai profili per così dire *estrinseci* di illegittimità dell'atto amministrativo in cui si concretava il comportamento penalmente rilevante, bensì in prevalenza rivolto ad accertare se l'esercizio in concreto del potere amministrativo fosse distorto dalla presenza di una finalità privata di vantaggio o di danno.

Le tensioni di ordine istituzionale erano d'altra parte aggravate da un approccio giudiziario alla fattispecie di abuso d'ufficio strumentale a soddisfare esigenze investigative o, in senso lato, processuali⁸: la contestazione del delitto di cui all'art. 323 c.p. era sovente «utilizzata» dalla magistratura inquirente per svolgere approfondite incursioni negli ambiti di discrezionalità della pubblica amministrazione, al fine di intercettare ipotesi di reato dalla consistenza criminologica (e sanzionatoria) ben più pregnante (ad es. corruzione propria o concussione per costrizione).

La strumentalizzazione a fini investigativi dell'art. 323 c.p. – una delle forme in cui si è espresso il paradigma emergenziale in materia di delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.⁹ – può certo rappresentare una delle spiegazioni di quel significativo scarto che intercorreva – e tuttora è presente – tra il numero di procedimenti penali instaurati e le condanne pronunciate a titolo di abuso d'ufficio¹⁰.

In tal senso, il tema del sindacato sull'attività amministrativa discrezionale e dei limiti entro i quali quest'ultimo può essere esercitato ora dal giudice penale (in sede di cognizione), ora, e soprattutto, dagli organi inquirenti, nelle fasi che precedono l'instaurazione in senso tecnico di un processo penale, non può che investire il più ampio orizzonte problematico delle modalità di attuazione della

⁷ Così M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 892-894.

⁸ È nota la funzione pratico-investigativa (c.d. *reato sentinella*) del delitto di abuso d'ufficio, anteriormente alla L. 234/1997, che ne ha fortemente ridimensionato le potenzialità: in argomento, A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in B. G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 44.

⁹ In tema, per tutti, T. PADOVANI, *Il problema Tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pp. 448 ss.

¹⁰ In tale prospettiva, T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., 93, propone una distinzione tuttora spendibile per descrivere l'*odierna* stagione applicativa del delitto di abuso d'ufficio, così come riformato dalla L. 234/1997: «[...] l'«invasione» giudiziale paventata dietro la formula del «sindacato del giudice penale» è in realtà di duplice natura: «primaria», in quanto si esprime con l'attivazione dei meccanismi processuali; «secondaria», in quanto si realizza mediante la condanna di comportamenti ritenuti abusivi, cui sia stato con ciò stesso negato il carattere di attività amministrativa».

legalità sostanziale nel contesto che gli è proprio, cioè il processo penale. Tale prospettiva d'indagine è d'altronde confermata dall'evidenza storica, che suggerisce la tendenziale subordinazione della fattispecie *sostanziale* ad esigenze di ordine spiccatamente processuale: uno dei molteplici sintomi dell'inversione, anche metodologica, dei rapporti tra diritto penale sostanziale e processo.

2. *La formalizzazione della matrice tipologica dell'abuso d'ufficio: lacune di tutela e contraddizioni della «nuova» fattispecie*

Le ingerenze giudiziali nell'esercizio della discrezionalità amministrativa e le insormontabili difficoltà, soprattutto di ordine processuale e, dunque, probatorio, di mantenere distinti i momenti dell'accertamento degli elementi costitutivi del reato (sul versante della condotta tipica di «abuso dell'ufficio») dall'apprezzamento invasivo negli ambiti riservati alla P.A. hanno indotto il legislatore, come noto, ad una radicale revisione della fisionomia tipica della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. In estrema sintesi, la modifica legislativa si è più che altro risolta in uno strenuo tentativo di sopprimere, attraverso l'adozione di un nuovo paradigma d'incriminazione, la matrice per così dire «ontologica» e, comunque, originaria dell'abuso d'ufficio, da sempre imperniato sulla strumentalizzazione del potere amministrativo per finalità private, come tali estranee a quelle istituzionali.

Si è optato, quindi, per una tecnica di tipizzazione orientata a «sterilizzare» i connotati tipologici dell'abuso, al fine, da un lato, di precludere al giudice penale (e agli organi inquirenti) un'indagine sulle modalità di esercizio della funzione amministrativa che esulasse da un mero controllo estrinseco di legalità (formale) e, dall'altro, di ridurre considerevolmente lo spettro applicativo della fattispecie, arginando in modo definitivo – almeno negli auspici – le tendenze espansive della giurisprudenza.

L'obiettivo, peraltro, è stato perseguito anche sul versante processuale: l'arricchimento dei connotati di tipicità del fatto (si pensi, ad esempio, alla doppia ingiustizia, che dovrebbe implicare una duplice valutazione, ora sulla condotta, ora sull'evento) e la selezione di un dolo generico intensamente qualificato, rispondono all'esigenza di rendere quanto meno arduo, in sede processuale, il percorso probatorio volto all'affermazione di una responsabilità penale a titolo di abuso d'ufficio¹¹.

¹¹ Sul significato eminentemente processuale che assume la riforma del '97, soprattutto nel senso di limitare la facoltà di ricorrere all'adozione di misure cautelari personali, A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 19.

La L. 234/1997 si propone di sanare le tensioni che avevano caratterizzato la precedente esperienza applicativa della norma incriminatrice, soprattutto a seguito della riforma degli anni '90: a tal fine, innovando alla radice il modello di incriminazione, si abbandona la struttura di un reato a consumazione anticipata, caratterizzato dal dolo specifico di vantaggio o di danno, in favore di una descrizione del fatto tipico nei termini di un comportamento eziologicamente efficiente nella produzione di un evento («*procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto*»), a sua volta qualificato sul piano modale attraverso la previsione di un requisito di illiceità espressa («*in violazione di norme di legge o di regolamento*») che, d'altra parte, si aggiunge all'ulteriore momento «deontologico» del reato, costituito dall'autonoma valutazione di ingiustizia del vantaggio o del danno conseguente alla condotta, già di per sé illegittima. Viene pertanto drasticamente superata la fisionomia originaria del fatto tipico, sostituendo alla nozione sostanziale di «*abuso dell'ufficio*» un requisito di tipicità – per l'appunto, la violazione di norme di legge o di regolamento – dal contenuto evidentemente formale.

Si è così ritenuto che l'inserzione nella struttura del fatto di un requisito di illiceità espressa, connotato nei termini anzidetti, fosse in grado, per un verso, di sottrarre all'ambito di previsione della fattispecie le forme di sviamento di potere e, per altro verso, di precludere al giudice penale ogni margine di indagine o di interferenza nell'ambito dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, che aveva invece costituito, anteriormente alla riforma, un fertile terreno per l'applicazione disinvolta e massiccia della norma incriminatrice.

Come acutamente osservato, con la L. 234/1997, si è consumato il passaggio dalla «logica dell'abuso di potere» a quella della «violazione del dovere»¹². Tuttavia, la conversione del paradigma di incriminazione e il tentativo di elidere la matrice sostanziale della fattispecie di abuso d'ufficio non sembra abbiano raggiunto fino in fondo i risultati auspicati: anzi, può ragionevolmente affermarsi, alla luce del formante giurisprudenziale più recente (v. *ultra*), che si è appunto verificata una progressiva riemersione della figura dello sviamento del potere amministrativo dalle finalità istituzionali cui è preordinato *ex lege*.

Ciò a conferma del fatto che la distorsione teleologica della funzione amministrativa continua a rappresentare, per così dire, un persistente sostrato «identitario» della fattispecie di abuso d'ufficio.

Non vi è dubbio alcuno che l'intento legislativo sia stato quello – invero dichiarato – di circoscrivere il fatto tipico ai soli vizi di illegittimità estrinseca dell'atto amministrativo (violazione di legge, incompetenza), negando rilievo

¹² In tal senso, G. A. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., p. 56.

all'eccesso di potere, percepito come l'anticamera di un giudice *supplente* della pubblica amministrazione nell'apprezzamento delle modalità di attuazione dell'interesse pubblico nei singoli casi concreti.

Sebbene improntata al recupero di un sufficiente grado di determinatezza attraverso l'arricchimento dei profili di tipicità della fattispecie oggettiva, la rinnovata configurazione strutturale dell'abuso d'ufficio rivela significative criticità sul duplice versante della razionalità politico-criminale dell'opzione legislativa e delle conseguenze applicative della radicale revisione dei contenuti «tipologici» della figura dell'abuso di ufficio. Taluno ha suggerito – in modo peraltro condivisibile – che la previsione del requisito formale della «violazione di norme di legge o di regolamento», che subordina la tipicità della condotta ad una previa qualificazione deontologica alla stregua delle norme giuridiche rilevanti nel caso concreto, si sia tradotta nella sostanziale *formalizzazione* dell'autonomia e, un tempo, riconoscibile dimensione offensiva dell'abuso d'ufficio, il cui disvalore tende ad esaurirsi, allo stato, nella mera violazione di un dovere giuridicamente rilevante¹³.

Il nuovo assetto della tipicità ha determinato uno spostamento del baricentro teleologico dell'incriminazione sul crinale scivoloso della «legalità formale», con la conseguenza di aggravare, anziché sanare, il rilevato *deficit* di determinatezza (o, più esattamente, di selettività oggettiva) che la dottrina era solita contestare all'originaria formulazione della condotta tipica di abuso.

D'altronde, se la tipicità riposa, allo stato, sulla conformità del comportamento posto in essere dal pubblico ufficiale ad una norma giuridica rilevante in sede penale, in quanto corrispondente alle fonti formali selezionate in astratto dal legislatore (legge o regolamento¹⁴), è consequenziale ritenere che i maggiori sforzi interpretativi (ed applicativi) si concentreranno sull'individuazione, in concreto, delle sole norme che siano idonee ad integrare il parametro di illiceità espressa, con il rischio «tutt'altro che teorico, che i processi per abuso d'ufficio divengano contenitori stralunati di squisite diatribe giuridiche sulla natura di un determinato atto, e di dotte disquisizioni sulla rilevanza della “forma” e la portata del “contenuto”»¹⁵.

¹³ Ancora G. A. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., p. 56; in senso adesivo, M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 901 ss.

¹⁴ Sull'identificazione delle *fonti* rilevanti come parametri «deontologici» alla stregua dei quali valutare l'integrazione del requisito di illiceità speciale della condotta, si considerino: C. BENUSSI, *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., pp. 933 ss.; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., pp. 246 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 261 ss. Si rinvia ai contributi citati per ulteriori ampi riferimenti bibliografici.

¹⁵ Così T. PADOVANI, *Commento all'art. 1, L. 16/7/1997 n. 234*, in *Legisl. pen.*, 1997, p. 745. Esprime le medesime perplessità sull'individuazione del criterio selettivo della tipicità nel requisito

Al di là di tale significativo inconveniente, frutto di un intervento di riforma tecnicamente maldestro, come non stenta a riconoscere larga parte della dottrina¹⁶, ad apparire più sconcertante è soprattutto l'esito paradossale che risulta dalla rinnovata fisionomia del fatto tipico, apprezzabile nei termini di un endemico difetto di corrispondenza con i referenti di tutela.

Lo scarto (o la carenza di realismo!) è evidente proprio con riferimento alle più gravi e significative «patologie» dell'esercizio della funzione amministrativa, ossia quelle striscianti e surrettizie forme di strumentalizzazione dell'ufficio per finalità che esulano da quelle pubbliche prefissate dalla legge, sovente celate – è questo l'aspetto rilevante – sotto una convincente parvenza di adesione alle norme che regolano, in quel dato contesto funzionale, l'esercizio dell'azione amministrativa.

La fattispecie di cui all'art. 323 c.p., se intesa, come autorevolmente sostenuto¹⁷, in aderenza all'intenzione (soggettiva) del legislatore e al tenore letterale della fattispecie, si accontenterebbe di una formale conformità alle regole giuridiche che presiedono l'ambito funzionale di esercizio del potere per escludere, anche nei casi di più evidente distorsione teleologica dell'azione amministrativa, l'integrazione del fatto tipico e, in definitiva, la punibilità. Si avrebbe così una fattispecie caratterizzata da un'insanabile miopia «criminologica», in cui la tenuta della legalità del tipo, così come compendiato nella nuova formulazione, si risolve in applicazioni evidentemente formalistiche, in quanto disancorate da una *effettiva* dimensione lesiva, per vero estranea alla fattispecie incriminatrice.

Pertanto, se, da un lato, la norma incriminatrice «ignora» quelle fenomenologie criminose più temibili e che, come tali, sarebbero meritevoli di un apprezzamento penale, sacrificando l'intervento repressivo *in questi casi* per l'attuazione del principio di determinatezza in modo incoerente al referente teleologico di tutela (art. 97, comma 1°, Cost.), in quanto più che altro ispirata all'affermazione di un rinnovato primato della politica¹⁸, dall'altro essa è destinata a trovare applicazione anche rispetto a fattispecie concrete che si sostanziano in mere *irregolarità formali*, cioè nella violazione di un complesso di «doveri» che scandiscono l'esercizio del potere amministrativo, senza tuttavia esprimere un contenuto offensivo a tal punto consistente e riconoscibile da giustificare l'irrogazione della sanzione penale. Si è così osservato che «enfaticizzando in via esclusiva la legalità

della «violazione di norme di legge o di regolamento» G. A. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., pp. 57 ss.

¹⁶ Tra gli altri, A. PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 110; C. F. GROSSO, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, p. 333; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 4° ed., pp. 251 ss.

¹⁷ È la tesi autorevolmente patrocinata da M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Artt. 314-335-bis cod. pen.*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 251.

¹⁸ Così S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium iuris*, 1997, p. 1251.

formale, il premio va al fariseo e la sanzione al pubblicano: una nuova, curiosa versione della "laicità" del diritto penale¹⁹.

Proprio nel tentativo di recuperare l'autentica dimensione teleologica del delitto di abuso d'ufficio, sì da prevenirne un'applicazione quanto meno estensiva, si è sostenuto come l'individuazione giudiziaria delle «norme di legge o di regolamento», rilevanti ai fini della qualificazione della condotta, non possa affatto esaurirsi nel verificare la natura sostanziale, procedimentale o formale della norma che si assume violata dal pubblico agente. Il giudizio che attiene all'ingiustizia della condotta esige, invece, in modo ben più significativo, che si accerti un nesso di implicazione logica (o «causale», ma in senso atecnico) tra la violazione contestata e la produzione di uno degli eventi tipici (vantaggio o danno ingiusti) della fattispecie incriminatrice²⁰.

La norma rilevante *ex art. 323 c.p.*, secondo tali condivisibili prospettazioni, dovrebbe esprimere un'efficacia «causale» rispetto all'evento, in quanto la sua violazione è obiettivamente strumentale alla realizzazione di un danno o di un vantaggio ingiusti.

In tal modo, le inosservanze a contenuto meramente formale, ad es. afferenti a norme di organizzazione interna, prive di riflessi esterni all'ufficio, non essendo «causalmente efficienti» (*strumentali*) alla produzione dei risultati sostanziali richiesti dalla fattispecie, non sarebbero peraltro idonee ad integrare il giudizio di illiceità della condotta.

3. Esperienze di «revanscismo» giurisprudenziale. L'illiceità della condotta: dalla violazione all'elusione della norma di legge. La riemersione dello sviamento di potere e la rilevanza dell'art. 97, comma 1°, Cost.

Di fronte ad un quadro di tipicità così apparentemente solido e, ciò nonostante, viziato da innegabili increspature, soprattutto per quanto attiene alla selezione prasseologica dei parametri normativi idonei ad integrare il requisito di illiceità speciale, la giurisprudenza, almeno in una prima fase, si è limitata a recepire pedissequamente l'opzione del legislatore, inaugurando un orientamento – per così dire «obbediente» – destinato presto a mutare in modo radicale (v. *ultra*). Emblematica, in tal senso, è la ben nota sentenza di legittimità nel caso *Tosches*²¹ che,

¹⁹ Testualmente, T. PADOVANI, *Commento all'art. 1, L. 16/7/1997 n. 234*, cit., p. 747.

²⁰ Si esprimono in tal senso, tra gli altri, A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Torino, 2002, pp. 199 ss.; A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 257, secondo il quale C. BENUSSI, *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., p. 910, ed ivi ulteriori riferimenti.

²¹ Cfr. Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, in *Foro it.*, 1998, II, pp. 258 ss., con nota di A. TESAURO, *La riforma dell'art. 323 c.p. al collaudo della Cassazione*; altresì pubblicata in *Cass. pen.*,

nell'affrontare il *novum* legislativo, ha senza esitazione riconosciuto la sopravvenuta irrilevanza dell'eccesso di potere ai fini dell'integrazione della fattispecie, così come rimodulata, nei suoi contenuti tipici, dall'art. 1, L. 232/1997.

L'argomentazione prospettata dal giudice di legittimità è nota: si afferma la necessità di aderire ad una ricostruzione interpretativa dell'ambito di applicazione della norma in esame coerente con la *ratio* che ha animato il legislatore storico, secondo un canone interpretativo dalla chiara ascendenza soggettivistica (nel senso della valorizzazione della *voluntas legis*).

L'indirizzo politico criminale che emerge anche dai lavori preparatori e dalla discussione parlamentare – suggerisce la Corte – è nel senso di «evitare che l'abuso punibile possa essere identificato con il semplice eccesso di potere o con una delle figure sintomatiche di questo e, conseguentemente, di contrastare la prevalente giurisprudenza di legittimità» secondo la quale il reato poteva ritenersi integrato anche in presenza di un atto (rilevante come comportamento penalmente rilevante) che non fosse viziato da incompetenza o violazione di legge (*rectius*, illegittimità amministrativa), bensì da sviamento di potere, da intendersi come l'esercizio del potere amministrativo per un fine improprio rispetto a quello funzionale²². L'esilio dell'eccesso di potere dallo spettro applicativo della fattispecie di abuso d'ufficio risponderebbe, pertanto, all'esigenza di arginare le derive estensive dell'ormai trascorsa esperienza giudiziaria.

Serrati i ranghi della «violazione di norme di legge o di regolamento», la fattispecie di abuso d'ufficio, almeno in una prima stagione applicativa, subito successiva alla riforma del '97, si è ritenuta configurabile nelle sole ipotesi in cui la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio integrasse la violazione di una specifica disposizione di legge o di regolamento, idonea a definire le regole di condotta concretamente disattese dall'agente.

Non è un caso, tuttavia, che le prime avvisaglie dei prossimi smottamenti ermeneutici si verificarono proprio sul terreno scivoloso dell'individuazione delle norme di legge o di regolamento suscettibili di qualificare in termini di illiceità speciale la condotta realizzata dal p.u.²³.

L'insofferenza della giurisprudenza rispetto ad un assetto interpretativo e teleologico del delitto di abuso d'ufficio percepito come asfittico rispetto alle incalzanti esigenze di tutela si è presto tradotta nel graduale affermarsi di orientamenti in tendenziale (e, in alcuni casi, frontale) contrasto con l'indirizzo interpretativo dichiaratamente aderente alla *ratio* della revisione legislativa e, secondo alcuni, al tenore letterale della disposizione incriminatrice, per l'appunto imperniata su una

1998, pp. 2336 ss., con nota di M. GAMBARDILLA, *Considerazioni sulla "violazione di norme di legge" nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*.

²² Le citazioni sono tratte da Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, cit.

²³ Per un quadro esaustivo e aggiornato, C. BENUSSI, *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., pp. 933 ss.

stringente corrispondenza lessicale tra la «violazione di norme di legge o di regolamento» e la «violazione di legge» quale vizio tipico dell'atto amministrativo.

L'inversione di tendenza si appunta, come prevedibile, anzitutto sul rilievo da riconoscere all'art. 97, comma 1°, Cost. (principio di imparzialità e buon andamento della P.A.) e, più precisamente, sulla possibilità che la norma di rango costituzionale possa costituire un parametro deontologico alla stregua del quale operare la qualificazione di illiceità della condotta del pubblico ufficiale o dell'incarico di un pubblico servizio.

Secondo un primo indirizzo, paradigmaticamente incarnato dalla già evocata sentenza *Tosches*²⁴, la norma di cui all'art. 97, comma 1°, Cost., in quanto «generalissima o di principio», e dunque priva di un diretto e immediato contenuto precettivo, sarebbe inidonea a costituire un parametro di valutazione della condotta, trattandosi, per l'appunto, di norma dal «carattere organizzativo». Una diversa interpretazione, aggiungeva la Corte, avrebbe esposto l'art. 323 c.p. «agli stessi dubbi di costituzionalità già prospettati in relazione alla precedente formulazione [...] per violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., con riferimento all'indeterminatezza della fattispecie incriminatrice, [...] ed, altresì, per violazione dell'art. 97, comma 1°, Cost., con riferimento all'indebita ingerenza nella sfera della discrezionalità della pubblica amministrazione», vanificando, in buona sostanza, la riforma intervenuta con L. 234/1997, volta a valorizzare «il principio della separazione dei poteri e ad individuare, con sufficiente chiarezza, il discrimine tra illegittimità e liceità».

L'apertura del requisito di illiceità speciale all'art. 97, comma 1°, Cost., avrebbe senz'altro riproposto la spinosa questione della rilevanza penale delle condotte *lato sensu* amministrative connotate dalla distorsione funzionale del potere esercitato (*rectius*, eccesso di potere), pur in assenza di una diretta violazione di una regola di comportamento fissata da una norma giuridica in senso stretto.

Ed in effetti, è da osservare come, in letteratura, alcuni Autori si siano significativamente espressi nel senso di un recupero alla tipicità del delitto di abuso di ufficio delle figure sintomatiche di «eccesso di potere» per il tramite del principio di imparzialità e buon andamento della P.A. di cui all'art. 97, comma 1°, Cost., da intendersi – necessariamente – come autosufficiente parametro normativo di qualificazione della condotta del pubblico ufficiale o dell'incarico di un pubblico servizio²⁵. Più nel dettaglio, le ipotesi di disparità di trattamento o di manifesta in-

²⁴ Cfr. Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, cit.

²⁵ *Inter alios*, si considerino V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, 1998, p. 390; A. MANNA, *Luci ed ombre nella nuova fattispecie d'abuso d'ufficio*, cit., p. 21; S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p. 1253; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionali-*

giustizia dell'atto amministrativo – figure sintomatiche per eccellenza dell'eccesso di potere – assumerebbero consistenza penalistica in quanto violazioni di una norma avente un immediato carattere precettivo, quale l'art. 97, comma 1°, Cost.²⁶.

Vi è chi, d'altra parte, si muove in una prospettiva interpretativa ancora più ampia, contestando alla radice l'identificazione tra il requisito di tipicità della «violazione di norme di legge» e la violazione di legge quale vizio tipico dell'atto amministrativo, in forza della quale dovrebbe negarsi rilievo, ai sensi dell'art. 323 c.p., alle ipotesi concrete di sviamento funzionale del potere²⁷. Valorizzando l'autonomia della fattispecie incriminatrice dalle categorie proprie del diritto amministrativo e, più esattamente, dal catalogo dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, si è sostenuto che «non importa che qualcuno, al cospetto di un comportamento dell'agente pubblico tenuto in “violazione di una norma di legge”, riconosca a ragione la presenza di un atto amministrativo viziato da eccesso di potere», dal momento che «siffatto vizio, pur non influenzando direttamente il parametro alla stregua del quale qualificare come tipica la condotta, consegue necessariamente in presenza della violazione di quelle “norme di legge” come l'art. 97 Cost. o l'art. 1 L. n. 241 del 1990 che mirano ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, essendo l'eccesso di potere collegato strettamente alla teorica della discrezionalità amministrativa (il vizio si sostanzia, infatti, nel cattivo uso della discrezionalità amministrativa)»²⁸.

La strumentalizzazione del potere amministrativo per finalità private (di vantaggio o di danno) tornerebbe ad assumere rilievo penale, secondo tali prospettazioni, ora attraverso l'adesione ad una lettura fortemente «autonomistica» del requisito di illiceità espressa, disancorato dalle qualificazioni amministrative in tema di illegittimità dell'atto, ora per il tramite del canone di imparzialità e buon andamento della P.A., alla luce del quale sarebbero rilevanti le forme di distorsione teleologica del potere dalle finalità istituzionali, a prescindere dalla circostanza che l'atto amministrativo sia o meno affetto dal vizio dell'eccesso di potere (in senso stretto).

tà amministrativa, cit., pp. 902-903; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi nel delitto di abuso d'ufficio*, cit., p. 334.

²⁶ In tal senso, A. D'AVIRRO, *L'abuso d'ufficio*, II, *La legge di riforma 16 luglio 1997 n. 234*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 62.

²⁷ Così M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., pp. 295 ss.; anche M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 901 ss.

²⁸ In questi termini, ancora M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., pp. 299-300. Non condivide, invece, una ricostruzione della fattispecie incriminatrice in termini di *autonomia* rispetto alla previa illegittimità dell'atto amministrativo, quasi concepita come questione sostanzialmente *pregiudiziale* all'integrazione del fatto tipico, A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., pp. 60 ss.

La giurisprudenza muta drasticamente orientamento²⁹ e riconosce esplicitamente il principio di imparzialità di cui all'art. 97, comma 1°, Cost. come parametro normativo, dotato di efficacia precettiva diretta, e perciò idoneo ad integrare il requisito di tipicità della «violazione di norme di legge».

Il canone costituzionale di imparzialità «si traduce, nel suo nucleo essenziale, nel divieto di favoritismi, quindi nell'obbligo per l'amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi tutelabili con la medesima misura. Inteso in questa limitata accezione», aggiunge la Corte nella sentenza in esame, «il principio di imparzialità finisce con realizzarsi attraverso strumenti diversi, a seconda che venga calato nell'attività della pubblica amministrazione ovvero nella sua organizzazione». Sicché, quando l'imparzialità si atteggia quale principio di autoorganizzazione della P.A., l'art. 97, comma 1°, Cost. «non avrà mai un immediato contenuto precettivo ai fini del rilievo in ordine alla sussistenza del reato di abuso d'ufficio, in quanto dovrà essere necessariamente mediato dalla legge». Diversamente, con riguardo all'attività amministrativa, e dunque all'infuori del mero aspetto organizzativo, che compete anzitutto al legislatore, «l'imparzialità amministrativa intesa come divieto di favoritismi ha i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323, in quanto impone all'impiegato o al funzionario pubblico una vera e propria regola di comportamento, di immediata applicazione»³⁰.

²⁹ Si è trattato, a ben vedere, di un autentico mutamento giurisprudenziale, se trguardato nell'ottica della c.d. legalità effettuale, con esiti sostanzialmente equiparabili all'applicazione *retroattiva* di una *regula iuris* dal contenuto innovativo: sul tema, notoriamente interessato da un vasto e profondo dibattito, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quad. fior.*, vol. 36, 2007, pp. 1321 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014, 2° ed., spec. pp. 67 ss.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, pp. 159 ss.; R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in C. E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Atti del Convegno Napoli, 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016, pp. 296 ss.

³⁰ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 2008, n. 25162, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1025, con nota di M. DE BELLIS, *La violazione del dovere di imparzialità della pubblica amministrazione della P.A. costituisce abuso d'ufficio*. L'orientamento è pressoché costante: tra le più recenti, si segnalano Cass. pen., sez. II, 27 ottobre 2015, n. 46096, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 2429 ss., ove si osserva che il «requisito della violazione di legge può consistere anche nella inosservanza dell'art. 97 Cost., nella parte immediatamente precettiva che impone ad ogni pubblico ufficiale, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni»; e, infine, Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 10 settembre, dove si precisa che la «portata applicativa dell'art. 323 c.p.», risultante dalle modifiche apportate dalla L. n. 234/1997, non è affatto circoscritta alle sole «violazioni di legge in senso stretto», bensì è estesa sino a ricomprendere tutte le «altre situazioni che integrano un vizio dell'atto amministrativo», tra cui, in particolare, le «ipotesi di eccesso di potere e quelle di sviamen-

In modo ancor più incisivo, e in tempi peraltro più recenti, il giudice di legittimità, pur consapevole della *ratio* politico-criminale che ha ispirato la L. 234/1997, nel senso di circoscrivere la «portata applicativa dell'art. 323», ha comunque ritenuto che l'ambito di previsione della norma incriminatrice «non si limita alle violazioni di legge in senso stretto, perché vi rientrano anche le altre situazioni che integrano un vizio dell'atto amministrativo», ivi comprese le ipotesi di eccesso di potere e quelle di sviamento del potere, «riconoscibili se il potere pubblico è stato esercitato al di fuori dello schema che ne legittima l'attribuzione». Ne consegue, allora, che il requisito della «violazione di una norma di legge» può essere integrato anche dall'inosservanza del principio di costituzionale di imparzialità della P.A., nella parte in cui la disposizione presenta un contenuto immediatamente precettivo, nei termini di un divieto di ingiustificate preferenze e di favoritismi nell'esercizio dell'ufficio³¹.

Alla luce dell'orientamento giurisprudenziale via via affermatosi, è evidente che il tema del sindacato del giudice penale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa sia destinato a svolgersi sul crinale della «violazione di norme di legge»: si assiste, infatti, ad un'incisiva operazione di «ricomposizione ermeneutica» di tale elemento strutturale, che si sostanzia in un graduale ampliamento del suo ambito materiale, a discapito delle sue (ridotte) capacità selettive.

La figura dell'eccesso di potere e, pertanto, la rilevanza penale delle ipotesi di «distorsione teleologica» della funzione amministrativa, nonostante la conformità formale alle norme che regolano l'esercizio dell'ufficio, transitano agevolmente dal pertugio interpretativo del requisito di illiceità espressa, simulacro di una tipicità che è rimessa alla gestione giudiziale della fattispecie incriminatrice. Ed in effetti, la violazione di una norma di legge può anche consistere nel contrasto del comportamento del pubblico ufficiale con il profilo *teleologico* della norma³²,

to del potere, riconoscibili se il potere pubblico è stato esercitato al di fuori dello schema che ne legittima l'attribuzione» ovvero in violazione del contenuto precettivo di volta in volta enucleabile dal principio di imparzialità (*sub specie* di divieto di ingiustificati favoritismi) di cui all'art. 97 Cost.

In senso analogo, *ex multis*, Cass. pen., sez. II, 10 settembre 2008, n. 35048, che riconosce un immediato valore precettivo, spendibile nell'ambito del giudizio di illiceità espressa *ex art. 323 c.p.*, anche all'art. 111 Cost., là dove declina il principio di imparzialità e di equidistanza dagli interessi delle parti in contesa in materia di esercizio della funzione giudiziaria.

³¹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373, in *Diritto & Giustizia*, 10 settembre 2014; in tal senso si esprimono, peraltro, Cass. pen., sez. II, 27 ottobre 2015, n. 46096, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 2429 ss.; Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2014, n. 38357, in *Dejure*; Cass. pen., sez. VI, 14 giugno 2012, n. 41215, in *Guida al diritto*, 2013, 11, 48 (s.m.).

³² Sulla rilevanza *ex art. 323 c.p.* del «profilo teleologico» della norma, in senso critico, M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, cit., p. 913.

cioè con l'elusione della *ratio* in essa impressa e delle finalità che essa è diretta a perseguire³³.

Si trascorre, in tal modo, dalla «violazione» (in senso tecnico) della norma che pone la regola di condotta, relativa al contesto funzionale di esercizio dell'ufficio, all'elusione degli scopi sottesi alla norma attributiva del potere, la cui individuazione, nel caso concreto, è peraltro rimessa al giudice, con evidenti profili di criticità in termini di osservanza del principio di tassatività. Come intuibile, se la definizione del contenuto precettivo della norma che si assume «violata» (o, più precisamente, «elusa» nella sua dimensione teleologica) è rimessa all'organo giurisdizionale, è alla radice disattesa ogni parvenza di determinatezza della norma incriminatrice, la cui effettiva portata applicativa dipende dall'indagine che il giudice avrà modo di compiere sugli evanescenti e mobili «contenuti teleologici» della disposizione contestata come parametro di qualificazione della condotta rilevante.

L'abuso d'ufficio è infatti configurabile «non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge», atteso che lo stesso non «viene esercitato secondo lo schema normativo che ne legittima l'attribuzione»³⁴.

Di fronte ad uno scenario francamente paradossale, se inquadrato diacronicamente, posta la lampante identità degli indirizzi applicativi *anteriori* e *successivi* alla riforma del '97³⁵, la dottrina ha rilevato il tendenziale contrasto con il principio di tassatività della norma incriminatrice, così come intesa nel «diritto vivente», cioè nel senso di ricondurre alla «violazione di norme di legge» finanche

³³ Paradigmatica, nel senso di cui nel testo, Cass. pen., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 41402, in *Guida al diritto*, 2010, pp. 88 ss., ove si legge che «il reato di abuso di ufficio, connotato da violazione di norme di legge o di regolamento, è configurabile non solo quando la condotta tenuta dall'agente sia in contrasto con il significato letterale, logico o sistematico della disposizione di riferimento, ma anche quando la stessa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma, concretandosi in uno «svolgimento della funzione o del servizio» che oltrepassa ogni possibile opzione attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio per realizzare tale fine». In senso analogo, cfr. Cass. pen., sez. VI, 13 marzo 2014, n. 32237, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 1347 ss.

³⁴ In tal senso, cfr. Cass. pen., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 2410 ss. Il principio è ribadito come argomento trattativo nella successiva giurisprudenza di merito e di legittimità: *ex multis*, cfr. Cass. pen., sez. VI, 2 aprile 2015, n. 27816, in *Dejure*; Cass. pen., sez. VI, 31 marzo 2015, n. 25944, in *Riv. pen.*, 2015, pp. 752 ss.; Cass. pen., sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019, in *Riv. pen.*, 2016, pp. 238 ss.

³⁵ Attraverso tali percorsi ermeneutici, la giurisprudenza recupera la dimensione offensiva che è propria dell'abuso di ufficio, come strumentalizzazione oggettiva del potere per finalità estranee a quelle prefissate *ex lege*: riemerge, così, la «tradizionale base ontologico-sostanziale del concetto di abuso [...] sia pure attraverso il filtro della violazione di norme» (in tal senso, A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, cit., p. 94).

principi, quali l'imparzialità e il buon andamento della P.A., strutturalmente idonei a fondare un parametro selettivo di qualificazione della condotta penalmente rilevante, in quanto privi dell'indicazione precettiva di un modello di comportamento al quale il pubblico ufficiale avrebbe dovuto conformare l'esercizio del proprio ufficio³⁶.

Alla stregua di tali orientamenti applicativi, si autorizza «il rinvio della norma incriminatrice a parametri che sono caratterizzati da una congenita vaghezza ed elasticità di contenuto, dando così nuovamente vita, in via interpretativa, ad una figura di reato» che difetta di un sufficiente grado di determinatezza, tanto da poter giustificare la proposizione di un nuovo sindacato di costituzionalità per violazione dell'art. 25, comma 2, Cost.³⁷.

4. *I rapporti tra le due «illiceità»: dalla reciproca autonomia, in funzione di una duplice selettività, all'identificazione*

L'osservazione della prassi giudiziaria consente di rilevare sensibili smottamenti interpretativi che interessano l'ulteriore profilo strutturale del fatto tipico, costituito dalla necessaria qualificazione in termini di *ingiustizia* dell'evento di danno o di vantaggio patrimoniale derivante dalla condotta abusiva³⁸.

La giurisprudenza successiva alla riforma del '97 inquadra l'ingiustizia del duplice e alternativo evento tipico nella categoria dell'illiceità speciale ed esclude che la stessa possa costituire il mero riflesso del requisito di illiceità che connota la condotta tipica, in quanto posta in essere in violazione di norme di legge o di regolamento ovvero omettendo di astenersi nei casi previsti.

Tra le due «ingiustizie», quindi, intercorre un rapporto di reciproca autonomia. Il legislatore ha infatti conservato il requisito della c.d. «doppia ingiustizia», sebbene, nella fattispecie previgente, il duplice evento fosse contemplato come mero contenuto della proiezione finalistica del soggetto agente (dolo specifico),

³⁶ A tal proposito, si consideri G.A. DE FRANCESCO, *La fattispecie dell'abuso di ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, cit., p. 1636.

³⁷ In questi termini, con un'argomentazione invero persuasiva, C. BENUSSI, *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., pp. 974-975, che peraltro richiama le occasioni in cui l'art. 323 c.p. ha costituito oggetto di un vaglio di legittimità costituzionale; in senso analogo, A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 249.

Ritengono rilevanti alcune delle figure sintomatiche di eccesso di potere *solo* in quanto riconducibili alla violazione di specifiche norme di legge o di regolamento (ad es. difetto di motivazione, ex art. 3, L. 241/1990), C. BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p. 94; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Cedam, Padova, 2014, p. 126 e 137; A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, ESI, Napoli, 2011, p. 300.

³⁸ In argomento, per tutti, e con gli opportuni riferimenti, C. BENUSSI, *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., pp. 997 ss.

anziché come conseguenza della condotta penalmente rilevante, di cui, allo stato, deve invece accertarsi l'effettiva realizzazione.

In tal senso, l'ingiustizia dell'evento non può essere considerata come una mera superfetazione normativa, un requisito pleonastico, privo di un'autonoma capacità selettiva sul piano della tipicità, come invece sostenuto da autorevoli commentatori, all'indomani della modifica legislativa dell'art. 323 c.p.³⁹.

Tale impostazione interpretativa tende a svilire la struttura della fattispecie legale che emerge dalla lineare considerazione *testuale* della disposizione incriminatrice: è infatti «dovere dell'interprete non giungere a simili conclusioni, se non dopo aver accertato la sicura impossibilità di riconoscere un significato alle parole presenti nella legge» che, «fino a prova contraria», corrispondono ad un'autentica opzione legislativa; d'altra parte, «se si considera che [...] la dominante lettura dell'art. 323 c.p., nel testo del 1990, era nel senso che si dovesse procedere ad una doppia valutazione di illiceità, il fatto che il testo riformato abbia conservato sul punto la medesima struttura può considerarsi un segnale eloquente della *voluntas legis*, in quanto diretta per l'appunto a confermare che l'ingiustizia del vantaggio o del danno deve potersi apprezzare in modo distinto dalla illiceità della condotta». In tal modo, «per la sussistenza del reato di abuso d'ufficio è necessario verificare se l'evento [...] sia ingiusto in sé, e non già come mero riflesso della violazione di norme o dell'omessa astensione riferibili al pubblico ufficiale»⁴⁰.

Il danno procurato ad altri ovvero il vantaggio patrimoniale conseguito dal pubblico ufficiale devono formare oggetto di un'autonoma e distinta valutazione da parte del giudice di merito. L'illegittimità del mezzo impiegato dal pubblico ufficiale e, più precisamente, la verificata illiceità della condotta, non si comunicano all'evento, che può di per sé essere «giusto», ossia conforme al diritto oggettivo, anche quando sia stato procurato attraverso un esercizio del potere pubblico che integra la violazione dei parametri legali che presiedono l'ufficio. Si ammettono, così, ipotesi concrete caratterizzate da una fisiologica «dissociazione»⁴¹ tra i

³⁹ È questa l'opinione autorevolmente sostenuta da S. SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, cit., p. 1258; S. VINCIGUERRA, *L'abuso d'ufficio. Contributi e opinioni*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 37; T. PADOVANI, *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., p. 90, sebbene con riferimento alla previgente fattispecie.

Non è infatti possibile concepire una valutazione di *liceità* del danno o del vantaggio patrimoniale quando quest'ultimo costituisca, come richiesto ai fini dell'integrazione del fatto tipico, l'esito di una condotta previamente qualificata come illecita, in quanto realizzata in violazione di norme di legge, di regolamento, ovvero omettendo di astenersi nei casi previsti.

⁴⁰ Citazioni tratte da Cass. pen., sez. VI, 25 agosto 2014, n. 36125, in *Dejure*. Si tratta di un compendio argomentativo che ben può essere considerato tratteggio nella prassi applicativa.

⁴¹ Tra gli altri, si segnala il caso affrontato da Cass. pen., sez. II, 11 dicembre 2012, n. 2754, in *C.E.D. Cass.*, rv. 246262; per ulteriori esemplificazioni pratiche, si veda A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., pp. 258-259.

due momenti di illiceità che connotano, per un verso, la condotta del pubblico agente e, per altro verso, il danno o il vantaggio patrimoniale che ne costituiscono il risultato concreto⁴².

La reciproca autonomia tra le due «ingiustizie» si esprime tradizionalmente e secondo la prevalente giurisprudenza in una duplice direzione, cioè con riguardo all'oggetto e al parametro deontico del giudizio di illiceità speciale.

Il primo profilo non necessita di ulteriori considerazioni, alla luce di quanto sinora osservato; diversamente, in relazione al secondo, si assiste ad un'incalzante evoluzione dell'orientamento interpretativo, sinora assestato nel ritenere la necessaria autonomia (*rectius*, eterogeneità) finanche dei parametri normativi alla stregua dei quali il giudice di merito è tenuto a verificare, nella concretezza del caso, l'illiceità della condotta e l'ingiustizia del danno o del vantaggio⁴³.

In una peculiare casistica relativa all'affidamento illegittimo, per violazione di norme di legge ovvero dell'obbligo di astensione, di incarichi all'interno della P.A., la giurisprudenza di legittimità, innovando rispetto al prevalente indirizzo, ritiene che l'integrazione del reato di abuso d'ufficio, «se richiede una duplice distinta valutazione di ingiustizia, sia della condotta [...] sia dell'evento di vantaggio patrimoniale [...], non presuppone, però, che» quest'ultima «derivi da una violazione di norme diversa e autonoma da quella che ha caratterizzato l'illegittimità della condotta, qualora – all'esito della predetta distinta valutazione – l'accrescimento della sfera patrimoniale del privato debba considerarsi *contra ius*»⁴⁴.

Più che ad un'effettiva «innovazione» contenutistica dell'impianto ermeneutico accreditato dalla prassi o ad un contrasto con l'orientamento sinora (numericamente) prevalente, si è di fronte ad un approfondimento o, per meglio dire, ad un affinamento (casistico) della tesi della c.d. doppia ingiustizia. In buona sostan-

⁴² Paradigmatica, in tal senso, Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 2015, n. 1332, in *Dejure*, dove si ribadisce il consolidato principio secondo il quale «non è corretto ricavare l'ingiustizia del vantaggio patrimoniale conseguito dall'ingiustizia della condotta del pubblico agente: è necessaria una doppia e autonoma valutazione dei due elementi. In altri termini, sul piano del rimprovero penale, è errato stabilire un'equivalenza fra lo strumento utilizzato e il risultato-evento». Con altro linguaggio, ma con il medesimo tenore argomentativo, Cass. pen., sez. VI, 11 novembre 2015, n. 48914, in *Cass. pen.*, 2016, 6, p. 2422 (s.m.): «l'ingiustizia del vantaggio richiesta dall'art. 323 c.p. deve riguardare non solo il “momento dinamico”, vale a dire il fatto causativo, ma anche il risultato dell'azione, ossia il fine perseguito dall'agente: il vantaggio cioè per qualificarsi ingiusto non solo deve essere prodotto *non jure* ma essere esso stesso *contra ius*» (corsivo aggiunto).

⁴³ La «conformità al diritto oggettivo» del vantaggio patrimoniale conseguito o del danno procurato dal pubblico agente devono essere stimati in funzione di parametri normativi di qualificazione che non ripetano, in ossequio al carattere autonomo della doppia ingiustizia, quelli già spesi dal giudice per valutare il carattere *contra legem* della condotta rilevante.

⁴⁴ In tal senso, Cass. pen., sez. VI, 10 marzo 2016, n. 13426, in *Dejure*; Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 2015, n. 48913, in *C.E.D. Cass.*, rv. 265473; Cass. pen., sez. VI, 29 gennaio 2015, n. 11394, in *C.E.D. Cass.*, rv. 262793.

za, questa giurisprudenza conserva intatto l'involucro argomentativo fortemente radicato e si muove saldamente nel solco della duplice e distinta valutazione dell'ingiustizia.

L'*autonomia* dei due distinti «momenti» di illiceità è infatti garantita dalla diversa prospettiva di valutazione che il giudice deve assumere per accertare ora l'ingiustizia della condotta ed ora l'illiceità speciale dell'evento di danno o di vantaggio. Se è diverso l'oggetto, l'applicazione dei medesimi parametri normativi di qualificazione non conduce ad una duplicazione dei distinti giudizi di illiceità speciale. Di conseguenza, l'ingiustizia del danno o del vantaggio patrimoniale potrà derivare dalle stesse norme di legge o di regolamento che connotano la condotta di abuso del pubblico agente, senza che ciò contraddica l'affermata reciproca autonomia delle due «ingiustizie»⁴⁵.

La soluzione interpretativa appena descritta si dimostra, quanto meno da un punto di vista logico e formale, coerente con l'impostazione tradizionale; eppure, è difficile negare che la stessa possa tradursi, nella successiva concretizzazione pratica, nella sostanziale elisione di un requisito della tipicità legale – quello dell'autonoma ingiustizia del danno o del vantaggio – che la giurisprudenza ha inteso preservare, in ossequio ad un canone volontaristico di interpretazione, nonostante la dottrina ne avesse, in tempi ancora non «sospetti», segnalato la tendenziale inutilità e ineffettività sul piano della selezione dei fatti penalmente rilevanti. Ebbene, l'orientamento «emergente», al di là di una retorica adesione all'indirizzo consolidato, sembra accreditare i rilievi a suo tempo espressi: in tutti quei casi in cui non è dato rinvenire un autonomo parametro, idoneo a qualificare come «ingiusto» il risultato economico – patrimoniale conseguito dal pubblico agente «abusando delle sue funzioni», l'illiceità del vantaggio o del danno ad altri arrecato non può non sorgere da quella stessa violazione che connota la condotta dell'agente.

5. *Il «governo» dell'interesse pubblico in concreto attraverso l'accertamento dell'elemento soggettivo*

La prassi sperimenta inediti spazi di discrezionalità anche lungo il crinale dell'accertamento dell'elemento soggettivo, nella forma del dolo intenzionale, so-

⁴⁵ In tal senso, già A. DI MARTINO, *Abuso d'ufficio*, cit., p. 259, quando osserva che «[...] si potrà ricorrere alle stesse norme che disciplinano l'attività di volta in volta in considerazione, senza che ciò rappresenti necessariamente una duplicazione, posto che, se «applicate all'evento», muta la prospettiva di valutazione» (corsivo dell'Autore); in senso implicitamente analogo, C. BENUSSI, *Il delitto di abuso d'ufficio*, cit., pp. 999-1000.

prattutto quando si tratta di apprezzare le finalità effettivamente perseguite dal pubblico agente nel caso concreto.

Al pari di quanto accade in altri contesti sistematici, in materia di abuso d'ufficio, è stato progressivamente enucleato un catalogo di indicatori o elementi sintomatici «preformati» cui la giurisprudenza ricorre ai fini della verifica processuale del dolo intenzionale, ossia che il pubblico agente abbia realizzato la condotta di abuso con l'intenzione di arrecare ad altri un danno ovvero di conseguire per sé o per altri un vantaggio patrimoniale ingiusto.

Nel novero delle circostanze indizianti (c.d. indici fattuali), selezionate dalla prassi, assumono un particolare rilievo, anche solo per la frequenza con cui vengono applicati, ad es. la «macroscopica illegittimità dell'atto compiuto»⁴⁶, l'«evidenza, la reiterazione e gravità delle violazioni», ovvero la «competenza dell'agente», i rapporti intercorrenti tra il pubblico agente e il soggetto favorito, l'«intento di sanare le illegittimità con successive violazioni di legge»⁴⁷; non è tuttavia necessario che si dimostri la sussistenza di un «accordo collusivo» tra l'agente e il soggetto beneficiario del vantaggio patrimoniale risultante dall'esercizio illegittimo del potere pubblico⁴⁸.

L'elemento soggettivo assume una struttura complessa e differenziata in funzione dei singoli elementi su cui deve focalizzarsi la volontà e la rappresentazione dell'agente: con riguardo alla condotta e, in particolare, alla circostanza che quest'ultima sia stata realizzata in contrasto con una norma di legge o di regolamento, ovvero in violazione dell'obbligo di astensione, quando è richiesto nei casi previsti, l'atteggiamento psicologico può atteggiarsi anche in forma generica.

Diversamente, con riguardo all'evento tipico, il criterio di imputazione soggettiva assume una forma necessariamente vincolata: il giudizio di colpevolezza si polarizza, infatti, sul momento *intenzionale* dell'elemento psicologico, esigendosi che il soggetto agente abbia realizzato la condotta con l'intenzione (*rectius*, al fine di) conseguire per sé o per altri un vantaggio patrimoniale ingiusto ovvero di arrecare ad altri un danno ingiusto, quale conseguenza di un esercizio *contra legem* dell'ufficio rivestito.

Il carattere intensamente qualificato del dolo avente ad oggetto il duplice e alternativo evento tipico segnala l'insufficienza, ai fini del rimprovero penale, delle altre forme di imputazione dolosa: non è sufficiente che il pubblico agente abbia agito con la consapevolezza della certezza o dell'alta probabilità del verificarsi degli eventi, come diretta conseguenza della condotta illegittima, ovvero che si

⁴⁶ In tal senso, Cass. pen., sez. III, 8 marzo 2016, n. 33043, in *Dejure*.

⁴⁷ Cfr. Cass. pen., sez. III, 6 aprile 2016, n. 35577, in *Dejure*.

⁴⁸ Per tutte, Cass. pen., sez. fer., 25 agosto 2011, n. 38133, in *Dejure*; più di recente, si veda Cass. pen., sez. III, 8 marzo 2016, n. 33043, in *Dejure*.

fosse prefigurato la mera probabilità del prodursi di un danno o di un vantaggio patrimoniale, accettandone il relativo rischio (dolo eventuale)⁴⁹.

La giurisprudenza ammette che il fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio patrimoniale ovvero di arrecare un danno, entrambi ingiusti, possa concorrere con una marginale e defilata finalità di realizzazione dell'interesse pubblico cui è preordinato il potere illegittimamente esercitato dal pubblico agente. I rapporti tra le due finalità, l'una privata e l'altra, per così dire, «pubblica», risultano regolati, nella prospettiva dell'accertamento dell'elemento intenzionale, secondo un approccio improntato ad una grossolana logica «algebrica», che desta ineludibili perplessità in ordine alla sua effettiva verificabilità processuale e «praticabilità» forense.

Secondo tale approccio probatorio, che ha, per vero, significativi riverberi sul versante sostanziale dell'identificazione dello stesso contenuto dell'elemento psicologico, la circostanza che il soggetto agente non abbia escluso – in termini di volontà e rappresentazione – che la condotta *abusiva* potesse realizzare *in limine* e in modo occasionale e accessorio rispetto al fine privato prevalente, l'«interesse pubblico», non è di per sé dirimente per negare la colpevolezza dolosa dell'agente e, quindi, la configurabilità del reato. Lo diventa, invece, quando il raggiungimento dell'interesse pubblico viene a costituire la finalità prevalente (l'«obiettivo principale»⁵⁰) che ha animato l'agente, nonostante abbia realizzato una condotta *abusiva*, da cui è derivato un danno o un vantaggio patrimoniale *ingiusti*.

In questa prospettiva, la ricorrenza (soggettiva) di una finalità pubblica prevalente, se non esclusiva, anche in concorso con scopi privati ritenuti però *soccombenti* in base al quadro fattuale ricostruito nel processo, acquista un incisivo effetto «esimente» in ordine alla responsabilità penale dell'agente⁵¹.

È appena il caso di osservare, tuttavia, come l'apprezzamento dell'interesse pubblico e, ancor prima, la sua stessa individuazione nel caso concreto, siano in-

⁴⁹ Sulla configurazione strutturale del dolo, tra le molte, si segnalano Cass. pen., sez. VI, 20 aprile 2011, n. 34116, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2582 (s.m.): «in tema di elemento soggettivo del delitto di abuso d'ufficio, il dolo intenzionale riguarda soltanto l'evento del reato, mentre gli altri elementi della fattispecie sono oggetto di dolo generico»; in senso analogo, Cass. pen., Cass. pen., sez. V, 27 gennaio 2011, n. 3039, in *Riv. pen.*, 2012, p. 549 (s.m.).

⁵⁰ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 14 novembre 2014, n. 48036, in *DeJure*; Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 2014, n. 14038, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 3632 ss.; Cass. pen., sez. VI, 21 maggio 2012, n. 30781, in *DeJure*.

⁵¹ Cfr., *ex multis*, tra le più recenti, Cass. pen., sez. II, 5 maggio 2015, n. 23019, in *Riv. pen.*, 2016, pp. 238 ss., ove si legge che «la prova del dolo intenzionale deve essere ricavata da elementi ulteriori rispetto al comportamento “non iure” osservato dall'agente, che evidenzino la effettiva “ratio” ispiratrice del comportamento dell'agente, senza che al riguardo possa rilevare la compresenza di una finalità pubblicistica, salvo che il perseguimento del pubblico interesse costituisca l'obiettivo principale dell'agente».

tegralmente rimesse alla discrezionalità del giudice penale⁵². Ed in effetti, la verifica processuale di una «finalità pubblica» prevalente tracima agevolmente nell'apprezzamento di merito della decisione amministrativa intrapresa dal pubblico agente, nella valutazione della sua congruità e opportunità rispetto all'esigenza di soddisfare l'interesse pubblico che è lo stesso giudice penale a ritenere rilevante nel contesto amministrativo di riferimento.

Si è così dischiuso un ulteriore varco che consente un pervasivo «sindacato» delle modalità di esercizio del potere amministrativo e, più alla radice, la surrettizia definizione del concreto contenuto dell'interesse pubblico rilevante nel singolo caso, anche quando quest'ultimo sia stato perseguito dal pubblico agente in contrasto con le norme che regolano l'esercizio dell'ufficio. Si realizza, in tal modo, un'originale ed estrosa versione «giurisprudenziale» della legalità amministrativa.

6. *Valutazioni di sintesi su un'esperienza di «diritto giurisprudenziale»: il recupero della dimensione identitaria della fattispecie di abuso d'ufficio e il perenne «falso problema» del sindacato del giudice penale sull'esercizio dell'azione amministrativa*

L'applicazione ormai ventennale della fattispecie di abuso d'ufficio, risultante dalla riforma del '97, descrive una paradigmatica esperienza di «diritto giurisprudenziale»⁵³: l'imprescindibile funzione «interpretativa» del formante giudiziario si è espressa, in questo frangente, in un graduale e pressoché uniforme processo di «neutralizzazione» del *novum* legislativo, costituito dalla radicale riformulazione della fattispecie di abuso d'ufficio operata dalla L. n. 234/1997⁵⁴.

L'esito di tale incessante evoluzione giurisprudenziale consiste né più né meno che nel recupero della dimensione identitaria e storica dell'abuso d'ufficio come distorsione teleologica del potere pubblico dai fini istituzionali definiti dalle norme che regolano l'esercizio dell'azione amministrativa nei vari contesti di riferimento.

L'operazione di graduale «riappropriazione» interpretativa dell'originario paradigma dell'abuso del potere pubblico⁵⁵ presenta un contenuto obiettivamente

⁵² In tema, anche C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., p. 169, ed ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

⁵³ Sul tema, si consideri il prezioso contributo di M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, pp. 13 ss.

⁵⁴ Un tale scenario era stato già avanzato, esplicitamente, nella sentenza «Tosches»: cfr. Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 1997, cit.

⁵⁵ Sulla matrice storica (o «ontologica») dell'abuso d'ufficio come distorsione funzionale del potere pubblico, è tuttora riferimento imprescindibile L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto*

«evasivo» della tipicità legale, così come era stata congegnata dal legislatore dell'ultima riforma, al dichiarato scopo di realizzare una discontinuità con la pregressa prassi applicativa.

D'altra parte, non sembra possibile dubitare del carattere *analogico* del processo ermeneutico sinora descritto, soprattutto con riguardo a quell'elemento strutturale che rappresenta l'aspetto più qualificante dell'odierna formulazione della norma incriminatrice, ossia la violazione di norme di legge o di regolamento che deve necessariamente connotare la condotta.

Quand'anche si volesse ancorare il divieto di analogia, espresso dal principio di tassatività, ad una dimensione valutativa e sostanziale, accogliendo l'accezione che proviene dalla giurisprudenza europea in materia di violazione dell'art. 7 CEDU, nel senso della necessaria coerenza della *regula iuris* enucleata dal giudice alla «sostanza materiale dell'illecito» e, dunque, al nucleo tipologico espresso dalla fattispecie incriminatrice, la conclusione non muterebbe⁵⁶.

L'interpretazione giudiziaria della disposizione di cui all'art. 323 c.p. si è puntualmente risolta nella costruzione di un tipo criminoso che è morfologicamente e contenutisticamente eterogeneo rispetto a quello delineato dalla previsione incriminatrice, invece fondato, come noto, sulla violazione delle norme che regolano l'esercizio dell'azione amministrativa, anziché sull'abuso dell'ufficio come distorsione finalistica dell'ufficio e, quindi, sviamento o eccesso di potere. Ciò che era stato «perso», con la riforma del '97, è stato recuperato: il lavoro interpretativo della giurisprudenza è stato costante e capillare, ha interessato i profili strutturali più qualificanti della fattispecie, ed ha infine condotto – con successo – alla riemersione dell'impronta tipologica dell'abuso d'ufficio come «abuso di potere»⁵⁷.

Considerati i radicati approdi giurisprudenziali, le stagioni legislative sembrano trascorse invano: con il «ritorno» alla dimensione per così dire «sostanziale» dell'abuso d'ufficio si ripropone peraltro immutato il «falso problema» dei limiti del sindacato del giudice penale sull'esercizio dell'attività amministrativa a contenuto discrezionale. Il tema è d'altro canto interessato, in tempi recenti, da una rinnovata vivacità teorica⁵⁸, quasi a suggerire che le conclusioni raggiunte sinora

penale, Milano, 1978, *passim*; si consideri, inoltre, A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, *passim*.

⁵⁶ È la tesi autorevolmente proposta da F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, cit., pp. 1321 ss., cui aderisce anche R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 1769 ss.

⁵⁷ V. *retro*, nt. 12.

⁵⁸ Si allude, in particolare, ai contributi monografici di C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., *passim*; A. MERLI, *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio. Il difficile equilibrio tra controllo di legalità e riserva di amministrazione*, cit., *passim*; meno recente, M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, cit., *passim*.

raggiunte si siano rivelate insufficienti. Vero è che gli indirizzi interpretativi descritti impongono – necessariamente – di rimeditare il tema dell’interferenza del giudice penale – e degli organi inquirenti – nei meandri della pubblica amministrazione, fino ai confini del merito amministrativo, cioè di quell’area tradizionalmente preclusa alla discrezionalità giudiziale, dove si svolge l’apprezzamento di interessi, anche tra loro confliggenti, funzionale alla decisione amministrativa e, dunque, all’attuazione del fine istituzionale.

Tuttavia, le prospettive tradizionali intorno al tema del sindacato penalistico sulla legalità dell’azione amministrativa possono essere tuttora ribadite, con qualche ulteriore precisazione. Il giudice penale conosce dell’illegittimità amministrativa dell’atto non già ai fini della disapplicazione (art. 5, L. 2248/1865), bensì nell’ambito di un accertamento che si svolge nelle forme rigorose del processo penale, volto – per l’appunto – a verificare la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, ivi compresa della condotta penalmente rilevante, un tempo «abusiva», ed ora posta in essere in violazione di una norma di legge o di regolamento. L’errore metodologico in cui precipitano tutte le impostazioni che tendono a riproporre il tema del sindacato penale è ancora quello del passato: esse presuppongono, infatti, una cognizione diretta del giudice penale sull’illegittimità dell’atto amministrativo, a discapito di una preferibile ricostruzione *autonoma* della norma incriminatrice e delle modalità di accertamento proprie del processo penale⁵⁹.

Si è osservato, in tempi non sospetti, che «se è vero che il giudice penale non può e non deve riconsiderare il «merito» amministrativo, proporre cioè un diverso apprezzamento dei fini di esclusiva rilevanza pubblicistica e della congruità dei mezzi prescelti per raggiungerli, è altrettanto vero che il giudice deve necessariamente valutare *se* un «merito» amministrativo sussista davvero. «Merito» amministrativo e abuso di potere non si collocano dunque in terreni separati, in modo che il secondo possa cominciare là dove finisce il primo; insistono invece sullo stesso spazio che, se viene occupato dall’uno, lascia posto all’altro, e viceversa». Quindi, «nei delitti di abuso il tema dominante è per l’appunto questo: se un «merito» sussista, o non ricorra piuttosto un «merito» di consistenza tutt’affatto privata»⁶⁰.

⁵⁹ In questo senso si esprime, oltre gli Autori già richiamati, F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica di poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 1610 ss., là dove osserva che la «soluzione del problema non può che essere “autonomista”, cioè propria del diritto penale, nel senso che i poteri del giudice penale relativamente al controllo dell’esercizio funzionale pubblico non possono che essere quelli delineati dalle singole fattispecie incriminatrici come ricavabili dalla loro struttura e dagli scopi di tutela». Analogamente, C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, cit., p. 104.

⁶⁰ Così T. PADOVANI, *L’abuso d’ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., p. 88.

Questo è quanto può tuttora affermarsi sul piano astratto, metodologico. Poi, la distinzione tra i due profili, i contemperamenti effettivi tra le due aree dell'apprezzamento giudiziale e il «merito amministrativo», è variabile in funzione della struttura della fattispecie, così come congegnata dal legislatore, e, soprattutto, interpreta (*applicata*) dalla giurisprudenza.

In tale prospettiva, se il requisito della «violazione di norma di legge o di regolamento» era stato previsto proprio in funzione di arginare le pervasive incursioni sul terreno della discrezionalità amministrativa, gli indirizzi giurisprudenziali in sintesi evocati nel corso della trattazione legittimano più di una perplessità sull'effettiva tenuta di tali argini, sotto un duplice profilo.

Il primo attiene, come già si accennava, all'apertura della fattispecie incriminatrice ad un apprezzamento *diretto* delle finalità in concreto perseguite dall'agente, nell'esercizio dell'ufficio: una volta recuperato il paradigma dello sviamento di potere, come distorsione del potere dal fine tipico prefissato dalla legge, si ripropone – in modo forse ancor più evidente – la concreta possibilità che l'indagine penalistica sulla sussistenza del fatto tipico si spinga fino a valutazioni che attengono propriamente alla congruità del mezzo rispetto allo scopo e all'opportunità in concreto della decisione amministrativa. Profili da cui si potrebbe dedurre, soprattutto sul piano probatorio, nei casi di «esercizio insoddisfacente» del potere amministrativo, un «merito» privato e, dunque, criminoso, perché non corrispondente al soddisfacimento della finalità istituzionale cui è preordinato il potere attribuito al pubblico agente. Sempre su tale versante, desta perplessità ancora più consistenti l'approccio interpretativo secondo il quale vi sarebbe «violazione di una norma di legge» anche in presenza della mera *elusione* dei profili teleologici della norma: in questi casi, non solo si assiste ad un marcato pervertimento della tipicità legale, consistente nella surrettizia sostituzione della «violazione» della norma all'elusione della sua *ratio* ma, soprattutto, si perviene ad un esito che, in buona sostanza, rimette al singolo giudice la stessa definizione dei contenuti del parametro extrapenale che disciplina, nel caso di specie, l'esercizio della funzione amministrativa. Si affaccia così sul proscenio non già un giudice supplente dell'amministratore, ma un giudice che si arroga la competenza a definire *fini e rationes* delle norme che regolano l'ufficio pubblico.

MARIA NOVELLA MASULLO

*DIETRO LE QUINTE: LA RIEMERSIONE DELLA PUNIBILITÀ
DEL FALSO QUALITATIVO.*

UN CONFRONTO SULLE POSSIBILI *CONTROINDICAZIONI* DESUMIBILI DAL TIPO

SOMMARIO: 1. Un esordio normativo tutt'altro che semplice. – 2. L'area di pertinenza del falso qualitativo: il *discrimen* con il falso valutativo. – 3. L'emersione giudiziale del falso qualitativo e il suo drastico ridimensionamento con la riforma del 2002: la preminenza del dato quantitativo. – 4. Torna in campo il falso qualitativo. – 4.1. (segue) Sulla scia punitiva della corruzione. – 5. L'irrelevanza del mendacio sulla causale: la possibile decisività dell'invariato oggetto del falso. – 6. Non è tutto oro quel che luccica: l'insufficienza delle "ragioni" a conforto della punibilità del falso qualitativo. – 7. Dal valore promozionale al valore reale della trasparenza societaria. – 8. Le conferme civilistiche sul carattere strumentale della trasparenza agli interessi sostanziali dei destinatari dell'informazione. – 9. Conclusioni (provvisorie) sulla non punibilità del falso qualitativo.

1. *Un esordio normativo tutt'altro che semplice*

Sin da subito, il nuovo delitto di false comunicazioni sociali ha posto sul tavolo importanti questioni interpretative, demandando alla giurisprudenza il compito di tracciare il perimetro della responsabilità penale, lasciato in più punti non definito da parte del legislatore.

Si è così osservato, condivisibilmente, come in questo caso sia stata dimenticata "qualunque cura anche solo esteriore della formulazione legislativa", nella piena consapevolezza, peraltro, di consegnare inevitabilmente la dimensione tipica dell'incriminazione all'apprezzamento della legalità effettuale¹.

A oggi, il dibattito è incentrato principalmente sulla punibilità del c.d. falso valutativo², messa in dubbio da argomenti, di sicuro rilievo, volti a salvaguardare

¹ Così F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016, p. 2 il quale, a proposito del falso valutativo, ritiene la fattispecie in esame un chiaro esempio d'incondizionata rinuncia all'esercizio dell'*ars legiferandi*, riportando un significativo passo dei lavori preparatori in cui si afferma che "sarà la nostra Corte di Cassazione a dover valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti"; più in generale, sulla mancanza di contorni precisi della nuova figura, si veda A. ALESSANDRI, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 10.

² Sul tema, in generale e senza pretesa di esaustività, si vedano A. PERINI, *I "fatti materiali non rispondenti al vero": barakiri del futuribile "falso in bilancio"?* in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 aprili-

il valore semantico, in chiave tassativizzante del precetto, di alcune espressioni depennate dal testo della norma.

Sul punto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, assecondando le istanze di larga parte della dottrina, hanno scelto la via del maggiore rigore punitivo, riferendo l'ambito di applicazione della fattispecie anche alle falsità concernenti le valutazioni di bilancio e sposando una lettura *utile* e orientata agli scopi³.

Nell'obiettivo di legittimare la punibilità del falso valutativo su più livelli, si sono tuttavia schiuse nuove finestre di confronto su temi tipici della riflessione penalistica in questa materia; temi rimasti ancora in ombra, ma destinati eviden-

le 2015, p. 19 ss.; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La lenta scomparsa del diritto penale societario italiano*, in *Guida al dir.*, 26, p. 53; A. LANZI, *Quello strano scoop del falso in bilancio che ritorna reato*, in *Guida al dir.*, 2015, *ivi*, p. 10; I. CARACCIOLI, *Il rischio penale per le valutazioni estimative: reati fiscali a confronto con il nuovo falso in bilancio*, in *Fisco*, 2015, p. 2375; C. SANTORIELLO, *Rilevanza penale della valutazione di bilancio. Poche parole per riportare ordine in un dibattito isterico*, in *Arch. pen.* 2015, 2, p. 1 ss.; F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni: note in ordine sparso*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2015; ID., «Ancorché» superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali, *ivi*, 2 luglio 2015; M. GAMBARDILLA, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1723 ss.; S. SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 815; ID., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1498; F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2211 ss.; ID., *La riforma delle false comunicazioni sociali tra aporie legislative e primi disorientamenti applicativi*, in questa *Rivista*, 2015, p. 435; ID., *Valutazioni mendaci e false comunicazioni sociali: la cassazione si ricrede e fa bene!*, in *Dir. pen. proc.*, p. 315; M. SCOLETTA, *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, in *Le Società*, 2015, p. 1301 ss.; ID., *Le parole sono importanti? Fatti materiali, false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2 marzo 2016; ID., *La tipicità penale delle false valutazioni nelle comunicazioni sociali alla luce delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 35 ss.; V. MANES, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, *Commento agli artt. 2621-2621 bis-2621 ter-2622 c.c. in AA.VV., Codice delle s.p.a.*, diretto da G. Portale-P. Abbadessa, Milano, 2016, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2016; C. BENUSSI, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali e la rilevanza penale delle false valutazioni*, *ivi*, 15 luglio 2016; M. LANZI, *Falsi valutativi, legislazione e formante giurisprudenziale: politica criminale a confronto con la crisi della legalità*, *ivi*, 4 marzo 2016; A. MANNA, *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali (tra law in the books and law in action): cronaca di una discutibile riforma*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, I, Torino, 2016, p. 6; G. STRAMPELLI, *Sulla (persistente) rilevanza penale delle valutazioni di bilancio: (appunti interdisciplinari)*, in *Dir. pen. cont.*, 1° febbraio 2016; P. GUALTIERI, *Le nuove comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale*, *ivi*, 1° febbraio 2016; F. SUPERTI FURGA, *Riflessioni sulla novella legislativa concernente il falso in bilancio in una prospettiva economico-aziendalistica*, in *Le società*, 2015, p. 1292 ss.; A. D'AVIRRO, *Il nuovo falso in bilancio*, Milano, 2015.

³ Sez. Un. Pen., sent. 27 maggio 2016 (ud. 31 marzo 2016), n. 22474, ric. Passarelli, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2784 ss. (con nota di F. D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni Unite: la nomofilachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare*, *ivi*, p. 2790 ss.) e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1463 ss. (con nota di A. ALESSANDRI, *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite*, p. 1479 ss.).

temente a riemergere nella prassi applicativa non appena chiamati in causa da protagonisti. Si pensi, ad esempio, al significato da attribuire ai fatti “rilevanti” (una volta estromesse dal tipo le soglie quantitative) o alla clausola d’idoneità decessiva, oggi arricchita dell’avverbio “concretamente”; alla selezione del criterio per determinare la falsità delle stime o ancora alla proiezione offensiva da riconoscere alla trasparenza societaria, quale bene giuridico su cui sembra doversi misurare la lesività del fatto incriminato: elementi tutt’altro che secondari per tratteggiare la filosofia complessiva dell’incriminazione.

In questo variegato panorama di questioni ancora aperte, si pone anche l’interrogativo sulla *riconquistata* punibilità del falso qualitativo: si tratta di un argomento per certi versi collaterale a quello del falso valutativo, per il suo carattere relazionale con l’oggetto, la rilevanza e l’attitudine ad ingannare delle falsità; in sintesi, per l’innegabile collegamento che anch’esso presenta con il livello di protezione penale da accordare alle esigenze conoscitive dei destinatari del bilancio.

2. *L’area di pertinenza del falso qualitativo: il discrimen con il falso valutativo*

Una premessa ricostruttiva è d’obbligo. Per falso qualitativo s’intende, in linea generale, la rappresentazione di un “fatto” nel bilancio o nelle altre comunicazioni sociali che si caratterizza per la non corretta qualificazione di una posta, dell’attivo o del passivo, non incidente sul risultato finale. L’esempio tipico consiste nell’indicare in modo non veritiero la causale di un costo, sebbene *il* (non *quel*) costo sia stato effettivamente sostenuto dalla società.

La falsità qualitativa, al pari della valutativa, sottende il riferimento a un parametro normativo ulteriore rispetto all’obbligo di verità: nella prima rileva la trasgressione di una regola attinente la classificazione degli elementi del bilancio; nella seconda l’inosservanza di un criterio di commisurazione di un fatto concernente la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società. Per tale ragione, laddove al diverso *titolo* non corrisponda il collegamento a un differente parametro di valutazione il mendacio qualitativo non incide sul risultato economico di esercizio.

Può dunque apparire utile isolare lo specifico tema d’indagine da altre situazioni-tipo che potrebbero *prima facie* esservi assimilate, circoscrivendolo all’ipotesi di falso qualitativo “puro”, in cui l’alterazione del dato non trasmodi in un’alterazione dei risultati contabili. Tale non sarebbe, di certo, la mendace classificazione di crediti incagliati non equiparati a sofferenze; situazione nella quale emerge con tutta evidenza la stretta correlazione tra la falsità *della* qualificazione e la successiva falsità *nella* valutazione e altrettanto palese si presenta l’incidenza

di tale tipologia di falso sulla corretta rappresentazione delle condizioni economiche e patrimoniali della società⁴.

Nondimeno, all'interno della lettura aziendalistica sono stati rilevati alcuni casi di falsità *border line*, nei quali non sarebbe così agevole cogliere la distinzione tra profilo qualitativo e valutativo; ipotesi contrassegnate, tuttavia, dal sicuro riflesso della mendace qualificazione della posta di bilancio sulla situazione patrimoniale della società e dalla conseguente esibizione ai destinatari di un quadro rappresentativo distorto⁵.

Si pensi, in via dimostrativa, ai titoli di debito emessi da una società con opzioni di conversione in capitale; titoli da classificare tra le poste del patrimonio netto della società, se si tratta di strumenti "convertendo", per i quali cioè l'impegno definitivo sia già stato assunto dai sottoscrittori, ovvero tra i debiti, che la società mantiene nei confronti dei sottoscrittori fino all'esercizio eventuale del diritto, se si tratta di strumenti "convertibili" in capitale. Ancora, riguardo stavolta alle possibili ricadute sulla corretta rappresentazione della situazione finanziaria, si indica quale esempio di possibile commistione tra mendacio qualitativo e mendacio valutativo la classificazione dei debiti in funzione del loro orizzonte di scadenza. Nello specifico, l'ipotesi inerisce alle negoziazioni di debiti a lungo termine con le banche, nelle quali l'accordo di concessione delle linee di credito è spesso subordinato al raggiungimento di determinati risultati (c.d. *covenants*) da parte della società. Le clausole prevedono il diritto per l'ente finanziatore, al mancato rispetto dei *covenants*, di chiedere l'immediata restituzione del credito, anche se la scadenza nominale resta a medio-lungo termine. Pertanto, solo se i *covenants* sono rispettati è corretto che i debiti a lunga scadenza siano inclusi in questa voce; diversamente, questi dovranno essere riclassificati tra le poste con scadenza a breve. In assenza della dovuta riqualificazione, vi sarà un'alterata rappresentazione contabile che comporta nel lettore una percezione distorta della situazione finanziaria della società.

Ebbene, seppure non si possa negare l'esistenza di un'area d'interferenza tra le due forme di falsità, il paventato rischio che mendaci classificazioni – ben più insidiose dal mero falso sulla causale, ai fini della corretta rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società (e dunque merite-

⁴ Si tratta, infatti, dello stesso caso, su cui si è espressa la Corte di Cassazione nella seconda pronuncia sulla rilevanza del falso valutativo (Sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, ric. Crespi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1486): si discuteva, nella specie, della falsa rappresentazione, nei bilanci di esercizio relativi a una società poi dichiarata fallita, di un'enorme quantità di crediti ormai divenuti inesigibili, indicati invece secondo il presumibile valore di realizzo. Ciò aveva determinato una "falsa, rassicurante rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria, continuando, in particolare, a mascherare continui, ingiustificati, prelievi dalle casse sociali".

⁵ P. CEPPELLINI-R. LUGANO, *Bilanci, gli alert sul falso qualitativo*, *Iusletter. Informazione e aggiornamento giuridico*, in <http://iusletter.com>.

voli di pena) – siano attratte sotto il cappello dell’impunità, può essere scongiurato semplicemente ricordando la diversa *sostanza* dei due tipi di falsità.

Per dirsi realmente tale, il falso qualitativo (del cui rilievo penale si discute) deve rimanere circoscritto nei limiti della “falsità materiale in senso stretto (*i.e. non valutativa*), in quanto concretamente ancorabile all’accertamento di un dato empirico della realtà”⁶; laddove invece, come nelle ipotesi appena descritte, la violazione della regola di classificazione sottende l’inosservanza di un criterio di commisurazione di *quel* fatto, ci si imbatte nel diverso capitolo del falso valutativo, rispetto al quale ovviamente si manifestano altre, e ben più consistenti, esigenze di tutela⁷.

In una realtà normativa già così magmatica e ambigua nei confini della tipicità, diviene allora essenziale tenere chiaramente distinti i due contesti di falsificazione⁸, per evitare di allontanarsi dal sentiero principale ed inquinare il piano di valutazione della rilevanza penale del falso qualitativo con argomentazioni suggestive, ma estranee alla specifica (e più delimitata) materia di riflessione.

3. *L’emersione giudiziale del falso qualitativo e il suo drastico ridimensionamento con la riforma del 2002: la preminenza del dato quantitativo*

La rilevanza penale del falso qualitativo, nata giudizialmente sotto la spinta di smodate istanze punitive che lo attraevano nell’orbita repressiva della fattispecie originaria, si giustificava per la centralità riservata alla trasparenza dell’informazione societaria, alla quale si agganciava un interesse conoscitivo dei destinatari di così ampia portata, da estendersi anche al *modo* in cui un determinato risultato d’esercizio si fosse prodotto.

La mendace qualificazione di una spesa effettivamente sostenuta si riteneva perciò costituisca una falsità di rilievo penale, potendo incidere sulle “condizioni economiche” della società; concetto quest’ultimo plasmato alla luce delle esigenze conoscitive dei fruitori dell’informazione e comprensivo pertanto di ogni alterazio-

⁶ M. SCOLETTA, cit., p. 41, nota 34.

⁷ Del resto, a conferma della bontà dell’assunto, è sufficiente riflettere sulla circostanza che sono gli stessi principi contabili nazionali (OIC19) dedicati ai debiti, che al punto 23 prevedono che «nel caso in cui la società violi una clausola contrattuale prevista per un debito a lungo termine entro la data di riferimento del bilancio, con la conseguenza che il debito diventa immediatamente esigibile, essa classifica il debito come esigibile entro l’esercizio, a meno che tra la data di chiusura dell’esercizio e prima della data di formazione del bilancio, non intervengano nuovi accordi contrattuali che legittimano la classificazione come debiti a lungo termine”.

⁸ Fa coincidere, nella sostanza, falso qualitativo e falso valutativo, A. LANZI, *False comunicazioni sociali*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, 2016, p. 403.

ne di dati potesse avere un rilievo diretto o indiretto ai fini della rappresentazione e valutazione – sia sotto il profilo statico che dinamico – dell’impresa sociale⁹.

L’acme di tale visione totalizzante della tutela dell’informazione societaria è ben stata colta in una pronuncia di legittimità del 1998, stigmatizzata per la palese “antropomorfizzazione delle condizioni economiche” della società, in base alla quale “le condizioni economiche di una impresa dipendono significativamente dalla sua identità, che è definita da una quantità di elementi ben più estesa del semplice saldo dei suoi conti o dell’incidenza che una singola operazione può avere su di essi” e al cui interno rileva anche “il significato che quell’operazione può assumere per ricostruire la rete dei rapporti sociali ed economici in cui l’impresa e il *management* si inseriscono”¹⁰.

Va altresì ricordato come all’espansione in questa direzione dello spettro d’incriminazione della norma originaria avesse contribuito, dall’esterno, la rinnovata consapevolezza dei legami esistenti tra le fattispecie corruttive e la falsità in bilancio, di cui proprio la tipologia del falso qualitativo, volto a mascherare la reale causale della dazione illecita effettuata, costituiva la manifestazione contabile finale diretta a chiudere il cerchio dell’illegalità.

Dall’angolazione del diritto penale, il carattere strumentale della trasparenza societaria si presentava perciò in bilico tra un interesse all’eticità della società commerciale – sul presupposto che il mercato fosse interessato non soltanto al “quanto”, ma anche al “come” la società si fosse procurata e avesse gestito il proprio potere economico – e uno, di matrice processuale, all’avvio di indagini giudiziarie finalizzate all’accertamento di reati diversi e più gravi.

In tale maturato contesto d’indistinta plurioffensività della fattispecie, e in assenza di *altri* filtri normativi alla significatività del falso di rilievo penale, non stupisce allora che qualunque divergenza, anche solo qualitativa, del dato rappresentato in bilancio finisse per poter incidere sulla veridicità e completezza dell’informazione societaria, restando imprigionata nelle maglie repressive della norma.

Con la riformulazione della fattispecie di false comunicazioni sociali, attuata con il d. lgs. n. 61 del 2002, il falso qualitativo torna silente.

Per la lettura prevalente, il diverso sistema repressivo lasciava, infatti, poco spazio alla tutela di esigenze conoscitive *pure*, veicolando l’interesse dei destinatari verso una veridicità dell’informazione societaria, misurata su determinate variazioni percentuali del risultato economico d’esercizio o del patrimonio netto¹¹. La scelta di prevedere delle soglie di rilevanza del falso, legate a parametri quantitativi, – indipendentemente dalla ritenuta irragionevolezza del tetto indicato dal le-

⁹ Così V. NAPOLEONI, *Falsità nelle comunicazioni sociali*, cit., p. 228.

¹⁰ Cass. pen., 21 gennaio 1998, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 301 ss.

¹¹ Emblematiche, nella giurisprudenza, Cass. pen. sez. V, 15 giugno 2006, n. 26343, in *Cass. pen.* 2007, p. 2741; Cass. pen., sez. V, 27 maggio 2003, n. 23236, in *Riv. pen.* 2003, p. 993.

gislatore – aveva inclinato in maniera significativa il piano di valutazione dell’offesa penale dal lato della necessaria incidenza della falsità sul risultato economico finale, relegando ai margini l’opposta tesi che, salvaguardando la piena autonomia della clausola della “sensibile alterazione” della rappresentazione dei destinatari, continuava ad attrarre nel nucleo delle falsità di rilievo penale anche le divergenze meramente qualitative delle appostazioni contabili¹².

La conclusione in termini d’irrilevanza penale del falso qualitativo sembrava peraltro maggiormente in linea con l’avanzamento della soglia di tutela verso interessi finali, di tipo patrimoniale, resi manifesti, a livello di tipicità, dalla necessità che, nell’abrogato delitto di cui all’art. 2622 c.c., dall’esposizione del fatto falso derivasse un danno al patrimonio della società, dei soci o dei creditori sociali.

In questo quadro di offensività graduata e orientata agli effetti, diveniva, perciò, oltremodo complesso legittimare la *sopravvivenza* di una tipologia di falso caratterizzato, per definizione, dal lasciare invariato il risultato economico d’esercizio e che, ben di rado, avrebbe potuto influire in senso condizionalistico sulle successive decisioni economiche dei destinatari del bilancio.

Infine, non meno rilevante per estromettere dal tipo la punibilità del falso qualitativo, come messo in luce nella letteratura penalistica, era l’avvenuta modifica dell’oggetto delle falsità esposte in bilancio, ridescritto in termini di “*situazione* economica, patrimoniale e finanziaria della società” in luogo del precedente riferimento alle sole “*condizioni economiche* della società”. Alla precisazione contenutistica dell’oggetto andava, invero, riconosciuta una duplice finalità delimitativa, valevole ancora oggi: da un lato, precludere il rilievo di quelle falsità riferite a un’isolata posta di bilancio o a una singola operazione, ma insuscettibili di minare la visione complessiva della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società; dall’altro, nel dettagliare specifiche aree d’interesse, impedire il reingresso, in un’interpretazione lata del paradigma normativo, della c.d. dimensione etica della società, sminuendo l’interesse dei destinatari a conoscere anche le dinamiche sottese al procedimento che giunge a consuntivo¹³.

¹² Concludono per la preservata rilevanza penale del falso qualitativo, D. PULITANÒ, *False comunicazioni sociali*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D. lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, p. 158; L. FOFFANI, *Artt. 2621-2622*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, 2007, p. 2466.

¹³ Così, chiaramente, F. GIUNTA, *Art 2621 c.c.*, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Torino, 2002, p. 21; ID., *Lineamenti di diritto penale dell’economia*, Torino, 2004; p. 218; analogamente, E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, cit., p. 75; T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell’ago*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1601.

4. *Torna in campo il falso qualitativo*

Con esteriore linearità di ragionamento, la maggioranza dei primi commentatori della fattispecie introdotta nel 2015 si è schierata a favore del rilievo penale anche di questa forma di falsificazione del bilancio, seguendo una semplice equazione logica in base alla quale l'eliminazione dei limiti quantitativi di significatività avrebbe causato la riviviscenza di ogni forma di falsità, tra cui quella qualitativa¹⁴.

L'esito interpretativo è avvalorato dall'osservazione, anch'essa ampiamente condivisa, che l'attuale fattispecie, costruita sulla soglia del pericolo (pur concreto), con un dichiarato cambio d'intenti repressivi abbia calamitato l'intervento penale, in via anticipata, attorno al bene funzionale della trasparenza societaria, riemersa nella trama normativa, una volta abbandonato il modello del reato di danno. Un livello di offesa, questo, che tornerebbe, perciò, a essere compatibile con istanze conoscitive più ampie, attinenti alla mera correttezza delle regole di classificazione delle poste del bilancio, a prescindere dalla necessità di un loro successivo riscontro in termini di alterazione del risultato economico d'esercizio.

Senonché, la riflessione sulla rilevanza del falso qualitativo – evidentemente attirata da profili di maggiore urgenza applicativa – sembra non essersi spinta molto oltre questa prima *impressione*, facendosi carico di esaminare la questione della significatività da altre prospettive.

A quest'ottica di riconquistata generalizzazione del tipo paiono essersi uniformate, senza particolari dimostrazioni, anche le Sezioni Unite, chiamate incidentalmente a dire la propria sul tema. Sul punto, si legge nella motivazione della ricordata sentenza del maggio 2016, legando la questione al mutamento del parametro di significatività del falso che “eliminato ogni riferimento a soglie percentuali di rilevanza (chiaro indice di un criterio valutativo agganciato al dato quantitativo), la nuova normativa affida al giudice la valutazione – in concreto – della incidenza della falsa appostazione o della arbitraria preterizione della stessa [...]. Tale rilevanza [...] deve riguardare dati informativi essenziali, idonei a ingannare e a determinare scelte potenzialmente pregiudizievoli per i destinatari.[...]. L'alterazione di tali dati, per altro, non deve necessariamente incidere solo sul versante quantitativo, ben potendo anche il c.d. “falso qualitativo” avere una attitudine ingannatoria e una efficacia fuorviante nei confronti del lettore del bilancio. Invero, la impropria appostazione di dati veri, l'impropria giustificazione causale di “voci”, pur reali ed esistenti, ben possono avere effetto decettivo (ad

¹⁴ In tal senso, S. SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., p. 816; M. SCOLETTA *Tutela dell'informazione*, cit., p. 1309; ID., *La tipicità penale delle false valutazioni*, cit., p. 41; C. BENUSSI, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, cit., p. 51; M. GAMBARDELLA, *Il “ritorno” del delitto*, cit., p. 1732 e 1733; F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali*, cit., p. 2212; V. MANES, *Commento agli artt. 2621*, cit., § 2.4.

esempio: mostrando una situazione di liquidità fittizia) e quindi incidere negativamente su quel bene della trasparenza societaria, che si è visto costituire il fondamento della tutela penalistica del bilancio”¹⁵.

È agevole osservare come, anche nel procedere argomentativo del Supremo Collegio si finisca per includere nel tipo il falso qualitativo, semplicemente assumendone la potenzialità decettiva e l’incidenza sul bene della trasparenza societaria, che non ammetterebbe più limitazioni di sorta, una volta eliminate dalla norma le soglie quantitative. Un’affermazione di principio, piuttosto che una motivata soluzione, come peraltro può ricavarsi dall’*essenzialità* delle ragioni addotte a giustificazione della punibilità di improprie giustificazioni causali di voci, ricondotta all’indimostrata capacità, sotto il profilo decettivo, di mostrare una situazione di liquidità fittizia. Eventualità questa che non può, invece, riguardare il mero mendacio qualitativo, se a questo non si accompagna, come detto, anche la necessità di adottare una diversa regola valutativa per quel fatto impropriamente qualificato.

Un esempio può essere utile a chiarire meglio i confini: avrà senz’altro attitudine decettiva la mendace qualificazione di un affidamento bancario revocato, il cui importo continui ad essere registrato come “*oltre*” invece che essere riclassificato come “*entro*”; ma in tal caso, è evidente come la scorretta indicazione si congedi dall’area di competenza del mero falso qualitativo per virare in quella del falso valutativo, capace – questo sì – di mostrare una liquidità differente da quella reale e dunque fittizia.

4.1. (segue) *Sulla scia punitiva della corruzione*

Sulla ritenuta punibilità del falso qualitativo non va, peraltro, sottovalutato il fascino esercitato dalla prospettiva teleologica, resa visibile, a livello normativo, dall’inclusione della nuova fattispecie all’interno di un progetto più ampio volto a potenziare le misure anticorruzione; *occasio legis* che avrebbe restituito piena centralità, in chiave repressiva, ai legami tra falsificazione dei conti e formazione di provviste utili alla corruzione. Così *incorniciata* la parabola d’intervento legislativo, sarebbe impensabile non iscrivere i falsi qualitativi tra gli artifici contabili funzionali allo scopo corruttivo e dunque meritevoli di pena.

La dottrina, ancora di recente, ha tuttavia esposto i possibili rischi legati all’enfaticizzazione del falso in bilancio in una prospettiva anticorruptiva, evidenziando come “profilare sullo sfondo una finalità illecita, porre in primo piano la strumentalità del falso a pervertire lo svolgimento delle funzioni pubbliche, favoriscono, come l’esperienza insegna, un’inesorabile dilatazione dei punti più cede-

¹⁵ Sez. Unite, §10.2, cit., pp. 1478-1479.

voli, ad esempio i presunti beni giuridici tutelati, avviati ad una sempre più marcata evanescenza, flessibilità, imprevedibilità¹⁶.

Si può, ancora oggi, convenire con l'idea, espressa alcuni anni addietro¹⁷, che ogni qual volta si ricorra all'incriminazione del falso in bilancio per colpire episodi corruttivi attuati attraverso la creazione di riserve occulte liquide, in realtà non si punisce il fatto genetico di natura appropriativa, né la destinazione illecita successiva, ma soltanto la sua rappresentazione *a posteriori* all'interno del bilancio. In quest'ottica, la fattispecie svelerebbe a chiare lettere la sua funzione vicaria, allontanandosi, sul piano degli obiettivi di tutela, dalla sua area di offensività tipica connessa all'esigenza di garantire la veridicità dei conti, prevalentemente ai fini dell'esatta individuazione degli utili ripartibili.

La considerazione appare ancor più valida, sul piano dell'indebita surrogazione di ruoli che si verrebbe a operare, se dalla costituzione di riserve occulte liquide – attuata per lo più mediante l'omessa registrazione dei ricavi, con la quale si realizza la fuoriuscita dalla sfera societaria di denaro o di altre risorse prontamente liquidabili, allocate presso conti o depositi extraufficiali – si passi a esaminare, in quest'ottica di tutela allargata, il mero mendacio sulla causale, funzionale a mascherare la *reale* destinazione corruttiva del costo, effettivamente sostenuto dalla società e pertanto rappresentato in bilancio. Il falso qualitativo commesso dagli amministratori, che costituisce in questo caso la traccia contabile della vicenda corruttiva già consumata o *in itinere*, stenta, infatti, a contraddistinguersi in via autonoma, rimanendo attratto nella scia di un diverso, pur grave, disvalore e rendendo indebitamente semplificato l'accertamento processuale sulla configurabilità del reato.

Si ricorderà come la presenza di una scusante generale fondata sul principio del *nemo tenetur se detegere*, suscettibile di essere invocata per sancire la non punibilità di false comunicazioni sociali dirette a non rivelare la fonte criminosa di determinati proventi¹⁸, sia stata analiticamente criticata e la soluzione negativa messa al riparo

¹⁶ A. ALESSANDRI, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 16-17.

¹⁷ F. M. IACOVIELLO, *La responsabilità degli amministratori nella formazione di fondi occulti*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2058.

¹⁸ Contrariamente all'indirizzo consolidato della giurisprudenza costituzionale, un orientamento minoritario, verso la fine degli anni '80, aveva sostenuto la rilevanza del *nemo tenetur* quale causa generale di non punibilità, anche al di fuori dei reati contro l'amministrazione della giustizia, estendendo la valenza del principio ai casi in cui il falso o l'occultamento *ex art. 2621 c.c.* fossero stati commessi per non rivelare la fonte criminosa di determinati proventi.

In giurisprudenza, Cass., 21 gennaio 1987, in *Cass. pen.*, 1988, p. 379; Cass., 14 marzo 1989, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2208; in dottrina M. ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 174 nonché, senza prendere posizione critica, E. MUSCO, *False comunicazioni sociali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, 1994, p. 276 ss. e G. COLOMBO, *La 'moda' dell'accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica*, in *Riv. soc.*, p. 1996 ss.

da supposte censure di irragionevolezza¹⁹. L'impossibilità di rincorrere, per tale via, a concrete *chances* d'impunità del falso qualitativo, lascia però impregiudicata la diversa questione riguardante la necessità di reagire "contro interpretazioni estensive di obblighi di comunicazione, ispirate (consapevolmente o meno) ad una considerazione di interessi 'di giustizia penale' estranei all'oggetto della tutela"²⁰.

Deve ritenersi, pertanto, che la meritevolezza di pena del falso qualitativo non possa essere assunta in via automatica dalla meritevolezza di pena delle fattispecie corruttive che ne hanno occasionato la realizzazione o dall'esigenza prioritaria di doverne contrastare, *a tutti i costi*, rischi futuri, nel rispetto di vincoli convenzionali di tutela che reclamano di sanzionare l'istituzione di contabilità fuori bilancio o l'iscrizione di passività il cui oggetto sia indicato in modo scorretto.

La configurabilità del falso qualitativo – nel quale, si ribadisce, il prospetto numerico di bilancio sia fedele e il falso attenga alla mera descrizione della posta o all'effettiva natura del negozio sottostante – vale a dire l'assegnare rilievo penale ad un'esposizione di fatti non rispondenti al vero che lascia inalterati i dati economici della società, deve reggersi su un asse di disvalore, apprezzabile in chiave autonoma, che tenga conto di tutte le (altre) note costitutive tipiche del reato di false comunicazioni sociali che ne caratterizzano oggi l'impronta punitiva.

5. *L'irrelevanza del mendacio sulla causale: la possibile decisività dell'invariato oggetto del falso*

Orbene, non vi è chi non veda come le conclusioni sulla punibilità del falso qualitativo così frettolosamente raggiunte dalla lettura maggioritaria si fondino su

¹⁹ Con ampiezza e profondità d'indagine, D. PULITANO, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Studi in ricordo di G. D. Pisapia*, vol. I. Diritto penale, Milano, 2000, p. 437 ss. (e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1271 ss.), per il quale "ben diversa è la situazione là dove siano in gioco interessi di terzi o della collettività, non legati alla pretesa punitiva, per la cui tutela siano previsti obblighi di comunicazione. In questi casi, il conflitto è fra interessi qualitativamente non omogenei, e la posizione di destinatario dell'obbligo penalmente sanzionato costituisce il soggetto obbligato come garante degli interessi tutelati (interessi 'materiali' di terzi o della collettività) alla cui salvaguardia ha da servire la comunicazione imposta. La differenza obiettiva è rilevante: radicata nei diversi assetti obiettivi degli interessi in gioco, e anche nella qualità della garanzia dovuta dal soggetto della cui responsabilità si discute. È una differenza relativa ad aspetti (beni giuridici e posizioni di garanzia) di rilievo centrale per le scelte legislative: essa perciò può senz'altro giustificare un diverso bilanciamento legislativo – in concreto, il tenere ferma la attribuzione di responsabilità – finché siamo in uno spazio aperto a diverse possibili opzioni di politica del diritto" (p. 449). Più in generale, sulla questione, cfr. M. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 43 ss.

²⁰ IBIDEM, p. 445, condividendo sul punto le osservazioni di M. ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, cit.

elementi piuttosto indefiniti, come la “concreta” capacità decettiva, se non addirittura equivoci, e perciò sublimabili ad arte, come l’inerenza al bene giuridico tutelato della “trasparenza societaria” o al perseguimento di obiettivi trasversali di politica criminale. Manca, invece, un’adeguata considerazione di altri, più espliciti, indici normativi, primo fra tutti la delimitazione dell’oggetto della falsità (peraltro rimasta invariata nei suoi confini anche a seguito della riforma del 2015), che avrebbero potuto indirizzare verso la soluzione opposta.

In siffatta chiave di apprezzamento, non può essere sottaciuta l’esigenza che, indipendentemente dalla natura quantitativa o qualitativa dell’alterazione contabile, la falsità, per assumere rilievo penale, *debba* comunque riverberarsi sul “quadro d’insieme rappresentato dal bilancio”. Esigenza questa che nell’attuale fattispecie appare doppiamente invocata a livello normativo: in via *espressa*, nell’immutata demarcazione dell’oggetto, dove si continua a far riferimento alla “*situazione* economica, patrimoniale e finanziaria della società”, estromettendo dunque dal tipo la rilevanza di una distorta visione parcellizzata (quale sarebbe quella sottesa al falso sulla causale di una singola voce di bilancio incapace di alterare il risultato finale) e, in via *derivata*, dall’esplicitazione dei contenuti del concetto di “rilevanza”.

È sufficiente soffermarsi sulla traduzione giurisprudenziale della formula dei fatti “rilevanti” offerta dalle Sezioni Unite, per accorgersi di come l’idea di condizionare la punibilità del falso all’effetto di alterazione del quadro d’insieme, desumibile dal bilancio, appaia perfino rinsaldata rispetto al passato. A tal fine, si evidenzia la necessità che le falsità ricadano su dati informativi *essenziali*; siano idonee a determinare scelte potenzialmente pregiudizievoli per i destinatari, ma, soprattutto, per quel che rileva, siano tali da alterare *in misura apprezzabile il quadro d’insieme* rappresentato dal bilancio²¹.

Da questa declinazione contenutistica del concetto di rilevanza, emerge l’esigenza che le falsità, per dirsi “rilevanti” e quindi punibili, modifichino, peraltro *in misura apprezzabile*, il *quadro d’insieme* rappresentato nel bilancio.

La significatività del falso è ancora oggi, dunque, legata a doppio filo a un’alterazione dell’“intonazione globale del bilancio”²²; sorprende perciò che le Sezioni Unite, dopo aver ribadito tale indispensabile correlazione, giungano poco dopo a sostenere la sicura incriminabilità del falso qualitativo, dimentiche della necessità che i dati essenziali, idonei a determinare scelte potenzialmente pregiudizievoli per i destinatari, debbano ancor prima caratterizzarsi per un livello di alterazione del vero che incida *in misura apprezzabile sulla visione d’insieme*; con-

²¹ Sezioni Unite, § 10.1, cit., p. 1478.

²² C. PEDRAZZI, voce *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 355.

testo di significatività al quale il mero mendacio sulla causale sembra proprio doversi considerare estraneo.

A riprova, chi ammette la rilevanza penale del mendacio qualitativo, per giustificare la riferibilità all'oggetto della falsità è costretto a ricorrere, in via interpretativa, a un correttivo preliminare, considerando come "la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria" debba oggi venire in rilievo "non più in una dimensione meramente contabile, bensì in rapporto alle scelte di investimento o disinvestimento da parte dei destinatari delle comunicazioni"²³. In sostanza, si ritiene che, una volta disancorato il fuoco dell'illiceità del falso "dall'incidenza contabile riferita al risultato economico di esercizio o al patrimonio netto, la sua apprezzabilità vada colta essenzialmente sul piano delle decisioni dei soci, dei creditori e del pubblico"²⁴.

Infine, lascia ampi margini d'impunità la posizione, pur sempre favorevole, di chi osserva come occorra valutare in concreto se la fraudolenta appostazione di voci di bilancio, volta a mascherare la reale causale del dato contabile, "sia *talmente significativa* da comunicarsi «globalmente» sulla rappresentazione (dinamica) della situazione economico/finanziaria della società"; con ciò ammettendo, in via implicita, che *normalmente* il falso qualitativo non avrà queste potenzialità di ricaduta²⁵.

6. *Non è tutto oro quel che luccica: l'insufficienza delle "ragioni" a conforto della punibilità del falso qualitativo*

Si è detto come, aggirando l'esplicita descrizione dell'oggetto della falsità, si ritenga oggi che il ritorno in auge del falso qualitativo derivi sostanzialmente dalla non riproposizione nel nuovo testo normativo di due note a forte caratterizzazione di tipicità, che avevano, di fatto, nella precedente formulazione, sterilizzato il possibile rilievo penale di ogni forma di falsificazione che si fosse mantenuta entro le soglie quantitative di punibilità ovvero non si fosse tradotta in un danno per il patrimonio dei destinatari.

La vera svolta nella tutela, avente a oggetto la trasparenza societaria, si leghebbe proprio a queste due varianti del tipo criminoso, ritenute essenziali anche in questa più limitata prospettiva di analisi: l'adozione del modello del pericolo (concreto) in luogo di quello del danno e la soppressione delle soglie quantitative

²³ S. SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., p. 816.

²⁴ IBIDEM.

²⁵ M. SCOLETTA, *Tutela dell'informazione*, cit., p. 1309; ID., *La tipicità penale delle false valutazioni*, cit., pp. 41-42.

di rilevanza del falso. Novità in base alle quali non sarebbe più ammesso porre in dubbio la punibilità del falso qualitativo.

A ben vedere, tuttavia, con questa più ampia e istituzionale dimensione della tutela, rivolta alla veridicità e completezza dell'informazione societaria anche in funzione di strumento di controllo della gestione sociale, mal si coniugano altri profili innovativi, che sembrano non collimare con la logica di anticipazione posta a fondamento della dichiarata scelta di politica criminale.

Il riferimento è alle altre due disposizioni (gli artt. 2621 *bis* e *ter* c.p.) che mirano a comporre il quadro d'insieme in tema di false comunicazioni sociali, dettando i parametri per giudicare della lieve entità o della particolare tenuità dei fatti; questi ultimi evidentemente già tipici e offensivi alla stregua dell'art. 2621 c.c.

Sorprende allora che nella prima disposizione volta a delineare, in senso scalare verso il basso, l'entità (lieve) del tipo facciano ingresso, accanto alla "natura" e alle "dimensioni" della società (certamente indicative della, quantomeno a livello potenziale, minore diffusività del pericolo) anche le modalità, ma soprattutto gli *effetti* della condotta che, come ovvio, tendono ad allontanare il giudizio sulla minore gravità dal terreno formale/istituzionale dell'offesa alla trasparenza dell'informazione societaria per proiettarlo verso gli sbocchi ulteriori della falsità realizzata, quantomeno in termini di pregiudizio da questa arrecato al patrimonio conoscitivo dei destinatari.

La deviazione dalla centralità offensiva della trasparenza societaria è ancora più evidente all'art. 2621 *ter* c.c., dove si esige che, nel giudizio sulla non punibilità per la particolare tenuità del fatto, sia data prevalenza all'entità "dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori, conseguente ai fatti di cui agli articoli 2621 e 2621 *bis*", nonostante l'elemento non compaia nella struttura tipica della fattispecie incriminatrice la quale, come noto, non richiede più che dalla falsità sia derivato un danno al patrimonio dei destinatari.

Se allora, l'interprete non potrà ignorare il più ampio contesto sistematico nel quale la fattispecie penale si inserisce, è innegabile che nelle norme mirate alla graduazione offensiva del tipo siano contenuti espliciti segnali in dissonanza con l'apparente scelta di punire la falsità al di là delle sue conseguenze. Il peso assegnato al danno patrimoniale, nel bilanciamento con le altre variabili dell'art. 133 *bis* c.p., capaci di incidere sull'esiguità del danno e del pericolo, sembra smentire espressamente l'opzione di fondo verso un modello di tutela anticipata, facendo riemergere, in chiave di esclusione della punibilità per mancanza di significatività del falso, il valore delle concrete ripercussioni dell'informazione societaria falsificata sulla sfera patrimoniale dei suoi destinatari.

Le critiche mosse dalla dottrina in merito alla difficile operatività dell'art. 2621 *ter* c.p.²⁶, così come le proposte di interpretazione correttiva volte a restituire sensatezza²⁷ non valgono tuttavia a superare l'inconciliabilità teorica di una simile prospettiva al cospetto di una fattispecie che non contempla il danno tra gli elementi costitutivi, salvo a voler ritenere che il requisito della "rilevanza" dei fatti non rispondenti al vero possa tradursi in un'esigenza di apprezzabilità del falso stesso centrata ancora su una lesività di tipo patrimoniale: una trasparenza che si svilupperebbe nel cono d'ombra del bene finale, legittimando la diversificazione della risposta sanzionatoria o l'assenza di meritevolezza di pena in funzione *anche o prevalentemente* degli effetti della condotta di falsità.

Il concreto rischio del possibile mantenimento di un asse di tutela così funzionalizzato (agli interessi patrimoniali dei destinatari del bilancio) – come rivelerebbero gli indicatori di offensività contenuti nella dimensione gradualistica del tipo criminoso – fa vacillare l'idea della sicura punibilità del falso qualitativo, non più ancorabile a un concetto di trasparenza dell'informazione societaria, chiamata a far luce anche sulle potenzialità economiche della società e capace, pertanto, di includere l'interesse conoscitivo dei destinatari su "come quel patrimonio si sia formato e su quali possano essere in futuro le prospettive di solidità, redditività e sviluppo"²⁸.

Se il baricentro della trasparenza societaria rimane attratto, in chiave strumentale, nell'orbita del bene finale, l'interesse conoscitivo meritevole di protezione penale dovrà essere tarato sulle possibili ripercussioni patrimoniali dei destinatari del bilancio. In quest'ottica, allora, come già anni addietro si osservava, del tutto condivisibilmente, il falso qualitativo "risulta privo di autonoma rilevanza nel contesto di una concezione della trasparenza come entità strumentale alla tutela di soli interessi patrimoniali finali. Dal punto di vista patrimoniale, infatti, il falso qualitativo eventualmente presente nel conto economico non è una falsità"²⁹.

Analoghi dubbi possono manifestarsi in merito alla valenza da riconoscere all'altro indicatore di punibilità del falso qualitativo, costituito dall'eliminazione delle soglie quantitative.

²⁶ È la conclusione cui perviene M. GAMBARELLA, *Il "ritorno"*, cit., p. 1729, per il quale "se invero si è arrivati a cagionare un danno vuol dire che si è già transitati dal pericolo al danno, e quindi il fatto sarà difficilmente di particolare tenuità".

²⁷ L'interessante tentativo di "quadratura del cerchio" è di S. SEMINARA, *La riforma dei reati*, cit., p. 821, che ritiene che il giudizio di particolare tenuità reclaims "da un lato che l'entità del danno sia misurata in termini assoluti e solo ai livelli più bassi anche in termini percentuali, dall'altro lato che tale criterio svolga un ruolo prevalente solo nel senso di escludere l'esiguità dell'offesa, nel caso opposto – in cui cioè l'entità del danno risulti compatibile con la particolare tenuità del fatto – dovendosi attribuire una pari rilevanza al pericolo cagionato dalla condotta".

²⁸ C. BENUSSI, *I nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, cit., p. 53.

²⁹ F. GIUNTA, *La vicenda delle false comunicazioni sociali. Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, p. 617.

Sono ben note le ragioni connesse all'abbandono del modello rigido delle soglie di punibilità, aspramente criticato soprattutto per gli ampi e automatici margini d'impunità cui conduceva. L'esigenza di rinvenire *comunque* uno spazio di autonoma significatività al falso di rilievo penale³⁰ non pare però scomparsa dall'attuale orizzonte di politica criminale, seppure si sia scelto di perseguirla attraverso l'inserimento del parametro elastico della "rilevanza" dei fatti non rispondenti al vero. La giurisprudenza finora intervenuta sul tema ha privilegiato una lettura tecnica dei suoi contenuti, la cui matrice si è ritenuto di rintracciare nelle scienze economiche di derivazione anglo americana e soprattutto nella legislazione comunitaria, nella quale il concetto di "rilevanza" assolve lo scopo di armonizzare i vari sistemi normativi sui criteri di redazione del bilancio³¹.

Tale linea interpretativa, che sembrerebbe *prima facie* seguita anche dalle Sezioni Unite³², ricava dunque il significato dalla legislazione comunitaria (art. 2, punto 16, della Direttiva 2013/34/UE, recepito con d. lgs. 14 agosto 2015, n. 136), traducendo il concetto di rilevanza nella potenzialità del dato informativo errato o omesso a "influenzare ragionevolmente le decisioni prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio dell'impresa".

Si è già in altra sede osservato come il requisito così sintetizzato si candidi a diventare un'aggiunta del tutto superflua, in chiave di delimitazione del tipo, non appena si tenti di assegnare alla "rilevanza" un valore semantico autonomo rispetto alla clausola d'idoneità decettiva con cui si chiude la descrizione del fatto incriminato³³. Non si comprende, infatti, come possa immaginarsi altro modo, "concretamente idoneo" a indurre in errore i destinatari del bilancio, che non sia quello di rappresentare falsamente al suo interno un dato informativo "rilevante"³⁴, che possieda cioè concrete potenzialità di influenzare "ragionevolmente" le decisioni dei destinatari³⁵.

³⁰ Sull'interpretazione del concetto di rilevanza, da intendersi come significatività ai fini delle decisioni dei soci, dei creditori e del pubblico, S. SEMINARA, *La riforma*, cit., 816; in senso analogo sembra orientato M. GAMBARDELLA, *Il "ritorno"*, cit., 1732, che lo ritiene "un giudizio prognostico circa il grado di influenza sulle decisioni che potrebbero essere prese dai destinatari dell'informazione".

³¹ Una sintesi dell'elaborazione anglosassone sul tema della rilevanza del falso in A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 288 ss.

³² Sez. Unite, cit., p. 1478.

³³ Sia consentito sul punto rinviare a M.N.MASULLO, *Oltre il dato normativo: la ragionevole punibilità delle false valutazioni*, in *Cass. pen.* 2016, p. 1442.

³⁴ Si veda, a tal proposito, M. GAMBARDELLA, *Il "ritorno"*, cit., p. 1732.

³⁵ Sulla formula dell'investitore ragionevole, espressamente contemplata nella normativa in materia di abusi di mercato (art. 181, comma 4, t.u.f.), e sui denunciati profili di ambiguità in chiave di determinatezza della previsione, si veda A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2012, p. 242 ss.

Cosa altro sarebbe in grado di aggiungere, allora, una “rilevanza”, così semplicemente intesa, che non possa dirsi già sotteso all’ambito di accertamento di un falso “concretamente idoneo a indurre in errore”³⁶?

Del resto, allo stesso modo sembrano pensarla anche le Sezioni unite, allorquando affermano che “il requisito risulta aver sostituito il previgente parametro della idoneità ad indurre in errore i destinatari (oltre alle soglie percentuali di punibilità)”.

Il sintetico passaggio motivazionale riveste notevole rilievo: da un lato, il Supremo Collegio fa confusione sull’avenuta sostituzione del parametro dell’idoneità decettiva, poiché l’attuale norma lo prevede ancora, ma in tal modo ammette, implicitamente, che il concetto di “rilevanza”, letto in questa limitata prospettiva contenutistica, ne rappresenterebbe un inutile doppione; dall’altro, sostenendo che il requisito abbia sostituito anche “*le soglie percentuali*”, riapre le porte ad una valutazione della “irrilevanza” eventualmente connessa al mancato raggiungimento di un dato percentuale e dunque *quantitativo*.

Se è allora ammissibile attribuire ai “fatti rilevanti” la funzione tipica di spingere l’interprete a ricercare uno spazio di autonoma apprezzabilità del falso di rilievo penale³⁷, la possibilità di restituire al requisito un proprio campo di azione, non coincidente con la “concreta idoneità a indurre in errore” i destinatari, si accompagna all’idea di proiettare il giudizio di rilevanza verso un livello superiore di offesa alla veridicità e completezza dell’informazione societaria, che non si esaurisca cioè nella mera significatività ai fini delle decisioni dei soci, dei creditori e del pubblico.

Rispetto al passato, spetterà al giudice il delicatissimo compito di concretizzare il tipo criminoso, attraverso l’individuazione di una soglia di rilevanza del falso che potrà evidentemente ancora riferirsi a un criterio d’incidenza contabile, rapportato al risultato economico di esercizio o al patrimonio netto, ovvero legarsi all’influenza della falsità sulle conseguenti scelte patrimoniali dei destinatari del bilancio³⁸.

Anche in questa declinazione fluida del concetto di rilevanza/significatività, torna in discussione la (ritenuta) punibilità del falso qualitativo. Se così non fosse, peraltro, il mero mendacio sulla causale rientrerebbe, quasi di diritto, nella zona fran-

³⁶ Stesse perplessità in F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni: note in ordine sparso*, cit., p. 12.

³⁷ Sull’interpretazione del concetto di rilevanza, da intendersi come significatività ai fini delle decisioni dei soci, dei creditori e del pubblico, S. SEMINARA, *La riforma*, cit., p. 816.

³⁸ Riletto in questo modo il concetto della “rilevanza”, la questione si sposta sul diverso piano della compatibilità con il principio di determinatezza e tassatività del precetto penale. Il rinvio *aperto* a un concetto non meglio specificato di “rilevanza” può rappresentare una delega in bianco al giudicante sul livello di significatività del falso e quindi dell’offesa di rilievo penale che stride con il rispetto della legalità convenzionale nella dimensione privilegiata dalla giurisprudenza della Corte Edu, avuto riguardo cioè alla salvaguardia del diritto ad una ragionevole prevedibilità della pronuncia ovvero a una condanna che sia fondata su una “base legale” sufficientemente chiara.

ca della particolare tenuità del fatto, per l'assenza di un danno al patrimonio dei destinatari del bilancio, da doversi valutarsi, in quest'ottica, in modo prevalente.

7. Dal valore promozionale al valore reale della trasparenza societaria

La lettura proposta in ordine alle direttrici della tutela e al ruolo della "rilevanza" in chiave di soglia mobile di significatività del falso consente, come detto, di dare una motivazione alla scelta di legare l'esiguità del fatto, ritenuta immeritevole di pena, anche (e, anzi, soprattutto) all'entità dell'eventuale danno subito dalla società, dai soci e dai creditori a seguito della falsità.

Dal punto di vista del legislatore, sembrerebbe che la minima entità del danno procurato al patrimonio dei destinatari della comunicazione sociale falsificata, e a maggior ragione la sua assenza, rappresenti la riprova *ex post* della scarsa significatività del falso realizzato, pur *ex ante* "concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari".

L'impressione che in tal modo si sia disatteso il modello del reato del pericolo, reintroducendo surrettiziamente il rilievo eziologico tra il falso e le successive determinazioni patrimoniali pregiudizievoli per i destinatari del bilancio, può essere almeno in parte mitigata, riflettendo sul diverso ruolo che riveste l'elemento del danno nell'economia della causa di non punibilità: mero indice probatorio della particolare tenuità del fatto e non più evento costitutivo del fatto criminoso, di cui dover dunque provare, ai fini della responsabilità, la derivazione causale dalla falsità e, sotto il profilo psicologico, l'inclusione nell'oggetto del dolo.

Nell'attuale sistema, l'entità del danno è solo uno dei vari indicatori dello scarso livello di offensività del fatto, seppure ritenuto dal legislatore quello maggiormente decisivo ai fini della rinuncia alla punibilità. La prevalenza accordata al danno nel giudizio di bilanciamento con gli altri indici di esiguità sembra allora orientare verso l'accoglimento di un'accezione della trasparenza societaria ancora oggi strumentale alla tutela di un bene finale di tipo patrimoniale, rispetto alla quale sarà necessario modellare l'effettiva direzionalità del pericolo concreto previsto all'interno della fattispecie incriminatrice.

Le carte tornano a rimescolarsi all'interno del paradigma punitivo delle false comunicazioni sociali delle società quotate, estraneo per limiti edittali alla causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto e privato del filtro selettivo della "rilevanza" nell'ipotesi di falsità commissiva. In questo caso, il legislatore mostra di voler cogliere una dimensione più ambiziosa della trasparenza societaria, verosimilmente comprensiva, anche in virtù della specifica categoria dei destinatari cui sono rivolti gli obblighi informativi, del controllo non solo della ge-

stione, ma della stessa *politica gestionale* (con la possibilità di estendere l'obbligo di verità anche all'esatta destinazione dei costi).

La riespansione della dimensione offensiva della trasparenza societaria può peraltro recuperare una sua intrinseca razionalità nella "diversità nel processo di riduzione delle asimmetrie di informazione, e quindi di allocazione del risparmio agli investimenti produttivi" che conduce a valutare con un livello di tolleranza minore le condotte del *management* delle società quotate.

Nella letteratura aziendalistica, si fa notare come "la riduzione delle asimmetrie di informazione tra il *management* delle imprese e gli altri *stakeholders*, in particolare i finanziatori, nel caso delle società non quotate avviene attraverso un rapporto personalizzato, articolato in più canali informativi. [...]. Il bilancio e le altre comunicazioni sociali sono quindi solo una parte del flusso informativo. [...] Di converso nelle società quotate, che si rivolgono ai mercati mediante l'emissione di strumenti finanziari, la riduzione delle asimmetrie di informazione avviene attraverso le comunicazioni sociali e, per garantire la parità di trattamento tra tutti gli investitori e gli *stakeholders*, non può fondarsi sul trasferimento di informazioni in altre forme di tipo personalizzato"³⁹.

Così, nel caso delle società quotate il bene della trasparenza societaria, in assenza del filtro selettivo della "rilevanza" della falsità, finisce per assumere una diversa valenza strumentale, rivolta a garantire il generale meccanismo di riduzione delle asimmetrie di informazione, sul quale si fonda il corretto funzionamento dei mercati finanziari. All'interno di questo diverso luogo economico-istituzionale, le informazioni false, pur se non incidenti in misura rilevante sulle decisioni economiche dei destinatari, possono essere già in grado di minare la fiducia degli stessi nel sistema, in una prospettiva teleologica fortemente dominata dalla tutela del risparmio *ex art. 47 Cost.*

Emerge così una dimensione multilivello della trasparenza societaria, plasmata sull'ampiezza degli obblighi informativi che è tenuta a garantire e suscettibile di proiettarsi in una direzionalità offensiva *variabile*, calibrata sugli specifici obiettivi conoscitivi dei destinatari del bilancio; documento al quale si affida, nell'ambito delle società quotate, oltre alla tipica funzione (organizzativa) di rendiconto della gestione ai fini dell'individuazione dell'utile di esercizio, una valenza ulteriore in chiave *predittiva* delle future scelte di investimento. In questo modo, i falsi qualitativi, sebbene inidonei a incidere sulla rappresentazione del risultato complessivo di gestione, sarebbero perciò in grado già di influenzare le decisioni dei soggetti interessati agli andamenti aziendali.

³⁹ P. GUALTIERI, *Le nuove comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale*, cit., p. 12 ss.

8. *Le conferme civilistiche sul carattere strumentale della trasparenza agli interessi sostanziali dei destinatari dell'informazione*

A uno sguardo meno focalizzato sui dichiarati obiettivi di riforma, se il tessuto normativo penalistico non appare così chiaramente centrato su un univoco concetto di trasparenza, da cui mutuare una prospettiva teleologica unitaria di tutela, le recenti modifiche civilistiche delle regole contabili e dei principi di redazione del bilancio non contribuiscono a rendere meno frammentario il quadro degli obblighi informativi rilevanti.

Accanto alle grandi imprese che restano soggette all'applicazione dei principi contabili internazionali, a livello legislativo si prevedono oggi tre modelli di bilancio: l'ordinario per le medie imprese (art. 2423 c.c.), quello in forma abbreviata per le piccole (art. 2435 *bis* c.c.) e quello delle micro-imprese (2435 *ter* c.c.); tre documenti-tipo con contenuti informativi e criteri di valutazione variabili in rapporto alle dimensioni delle imprese.

Già da queste prime indicazioni è possibile cogliere un netto cambio di filosofia rispetto alle scelte effettuate in precedenza con il d. lgs. n. 38 del 2005: sull'allora preminente obiettivo di armonizzazione, teso alla comparabilità tra i bilanci nei vari Stati membri, sembra aver preso oggi il sopravvento quello di una “*semplificazione* della disciplina bilancistica, al dichiarato scopo di non gravare le piccole unità produttive di costi eccessivi e adempimenti troppo numerosi”.⁴⁰

Nel rinnovato quadro normativo mutano, pertanto, il tipo e la quantità degli obblighi informativi, regolati sulla natura della società, con inevitabili ripercussioni sulla stessa unitarietà del concetto di trasparenza, necessariamente influenzata dalla categoria dei destinatari di riferimento e dai loro specifici bisogni informativi.

Se “richiamare il bisogno informativo evoca il suo reciproco, ossia il ventaglio degli *obblighi* – a carico delle società – di fornire tutte quelle informazioni, veritiere e corrette, che sono richieste per orientare correttamente le scelte d'investimento dei destinatari naturali”, la fluttuabilità di tale rapporto assume un rilievo preminente anche sul piano penalistico delle falsità da giudicare “rilevanti”, giacché è innegabile che il concetto di “rilevanza” appartenga al genere di quelli tipicamente relazionali, “nel senso che per assumere un qualche significato deve essere modellato in funzione delle esigenze informative dei destinatari tipici”⁴¹. La medesima richiesta normativa di tracciare la cornice degli obblighi di veridicità e completezza in funzione delle specifiche esigenze informative dei destinatari sembra provenire anche dal nuovo principio di redazione del bilancio, introdotto dalla riforma al quarto comma dell'art. 2423 del c.c., a tenore del quale “non occorre rispettare gli

⁴⁰ Sul punto, diffusamente, A. ALESSANDRI, *La falsità delle valutazioni di bilancio*, cit., p. 1487.

⁴¹ Ancora, A. ALESSANDRI, *La falsità delle valutazioni di bilancio*, cit., p. 1493.

obblighi in tema di rilevazione, valutazione, presentazione e informativa quando la loro osservanza abbia *effetti irrilevanti* al fine di dare una rappresentazione veritiera e corretta”. La disposizione va integrata con quanto disposto dall’Organismo italiano di contabilità al vigente OIC 11 (in fase tuttavia di revisione) sul “*Bilancio di esercizio – finalità e postulati*”, in cui si stabilisce che nel bilancio devono essere esposte “solo quelle informazioni che hanno un effetto significativo e *rilevante sui dati di bilancio* o sul processo decisionale dei destinatari”. Si tratta di un principio già noto, declinato all’interno di disposizioni di dettaglio contenute nel codice civile⁴² e di largo uso nell’ambito della disciplina della revisione contabile, sebbene la veste di clausola generale, oggi assunta, sia destinata a potenziarne gli effetti limitativi.

Seppure al momento non sia dato sapere come il principio contabile sarà attualizzato, non si può tuttavia escludere che il concetto d’irrelevanza, quale inidoneità a incidere sulla comprensibilità del bilancio (qui da intendersi quale documento contabile nella sua interezza) possa essere commisurato, tra l’altro, al mancato raggiungimento di certe soglie oggettive indicative di un effetto significativo del falso sui dati di bilancio.

In attesa di conoscere l’intervento dello *standard setter* sull’interpretazione di questo concetto-chiave, per le sue evidenti ricadute sul piano penalistico della responsabilità, anche per questa via sembra confermarsi l’impressione che il *trend* normativo ponga il fulcro dell’illiceità del falso su un gradino di “apprezzabilità” aggiuntivo rispetto al piano della mera non veridicità del dato esposto, espressiva del rilievo assegnato all’inosservanza *tout court* della trasparenza societaria.

La “rilevanza”, quale completamento del principio di rappresentazione veritiera e corretta, spinge verso un’immagine della trasparenza societaria non più intesa quale valore *ideale*, dunque declinata nell’obbligo di fornire *ogni* informazione a beneficio di un destinatario *generalizzato*, ma come inclusiva di quelle sole informazioni utili e idonee a incidere sul processo decisionale di natura economica del destinatario tipo (logica alla quale, come detto, non può dirsi necessariamente estraneo un profilo di rilevanza *dimensionale* sui dati di bilancio).

9. Conclusioni (provvisorie) sulla non punibilità del falso qualitativo

Riportando il discorso all’interno dello specifico tema oggetto di analisi, può giungersi a ritenere che il mutamento d’impostazione espresso dalla riforma in

⁴² Per una ricognizione delle diverse disposizioni del codice civile, nelle quali era possibile ravvisare applicazioni del principio di rilevanza si veda A. BEGHETTO, *La nuova disciplina giuridica del bilancio di esercizio dopo l’approvazione del d. leg. 18 agosto 2015, n. 139 (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2016, p. 161, nota 25.

favore del bene della veridicità e correttezza dell'informazione societaria, attuato con l'anticipazione della soglia della tutela a livello del pericolo concreto e con l'abolizione dei limiti quantitativi di rilevanza del falso, non determini *ex se* l'indiscriminata punibilità di qualunque forma di falsità.

Il sistema normativo, osservato nel suo complesso, continua infatti a lanciare chiari segni di propensione verso spazi di autonoma significatività del falso di rilievo penale, costruiti attorno a un livello di pericolosità per la trasparenza societaria ancora strumentale, almeno nell'ipotesi di cui all'art. 2621 c.c., alla tutela di un bene finale di tipo patrimoniale.

Come visto, ciò è ricavabile dalla moltitudine di filtri selettivi – più o meno evidenti – inseriti dal legislatore allo scopo di contenere l'ambito applicativo della nuova incriminazione, per mezzo dei quali ci si allontana progressivamente dall'ideale di una falsità, sempre punibile, legata alla violazione di un puro obbligo di verità e da un concetto di trasparenza recepita in senso autoreferenziale.

Accanto alla “materialità” dei fatti non rispondenti al vero, alla loro incidenza sul quadro complessivo rappresentato nel bilancio, alla concreta potenzialità decessiva della condotta, alla necessaria consapevolezza della falsità, il legislatore affida – *a chiusura* – alla soglia indefinita della “rilevanza” la modulazione, già sul piano astratto, della significatività del falso e del livello di protezione da accordare ai bisogni informativi degli specifici destinatari; livello destinato a essere ulteriormente vagliato, in chiave di degradazione del tipo, dalle previsioni in tema di lieve entità e particolare tenuità del fatto.

Nell'attesa che la giurisprudenza riempia di contenuti reali l'area di apprezzabilità del falso connessa alla sua rilevanza – circostanza alla quale è peraltro affidata l'esatta linea di *discrimen* con la più grave fattispecie riguardante le società quotate – le indicazioni provenienti dalla pregressa esperienza applicativa e, se pur provvisorie, dal terreno civilistico di confronto inducono a poter dubitare della punibilità del falso qualitativo. Il mero mendacio sulla causale, che non concerna l'entità numerica delle poste iscritte in bilancio, ma si esaurisca nella violazione della regola classificatoria senza ripercuotersi sull'inosservanza collaterale di un criterio di commisurazione di *quel* fatto, ben difficilmente potrà riflettersi sull'intonazione globale del bilancio, rivestire una decisività ai fini delle scelte economiche dei destinatari o causare un danno al patrimonio della società, dei soci e dei creditori.

Al di là degli intenti repressivi sbandierati dalla riforma, non sembra che la punibilità del falso qualitativo sia un esito così automatico delle scelte normative compiute.

EDOARDO MAZZANTI

VIOLAZIONE DI DIRITTI UMANI E RESPONSABILITÀ DELLO STATO.
LA PREVENZIONE DEI DISASTRI COME “ALTERNATIVA” AL DIRITTO PENALE ^(*)

*‘Ma poiché spontaneamente hai voluto che io
ci dimori, non ti si appartiene egli di fare
in modo che io, quanto è in tuo potere, ci viva
per lo meno senza travaglio e senza pericolo?’*

(G. LEOPARDI, *Dialogo della Natura e di un islandese*)

SOMMARIO: 1. La difficile compatibilità tra disastri e diritto penale. – 2. I disastri: un ‘problema di giustizia’. – 3. Disastri e responsabilità di Stato per violazione del diritto alla vita. – 3.1. Lo Stato *risk-manager*. – 3.2. *Segue*: la dimensione ‘umana’ dei disastri. – 4. Disastri e CEDU: una precisazione terminologica. – 4.1. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di disastri: l’evoluzione. – 4.2. *Segue*: un nuovo modello di ‘illecito statale’. – 5. Diritti umani in cattivo Stato: l’Italia alla prova degli articoli 2 e 8 della CEDU. – 5.1. Il diritto al rispetto della vita privata e l’emergenza rifiuti in Campania. – 5.2. Il diritto alla vita e il caso Ilva. – 5.3. L’amianto al crocevia di Strasburgo: il caso Eternit tra diritti dell’imputato e diritti della vittima. – 6. La prevenzione come *alternativa al* diritto penale.

1. *La difficile compatibilità tra disastri e diritto penale*

Negli ultimi quindici anni, il tema dei *disastri* è divenuto di stringente attualità *anche* nel mondo penalistico: il sistema penale, difatti, è stato progressivamente chiamato a farsi carico di un’ampia gamma di eventi, naturali e artificiali, globalmente accomunati dall’attitudine a ledere o mettere in pericolo beni giuridici fondamentali, sia individuali che collettivi.

Sennonché, come diffusamente illustrato da molte fra le più autorevoli voci dottrinali, calamità naturali, incidenti industriali, macro-eventi di inquinamento e via dicendo, in linea generale, mal si prestano ad essere efficacemente ‘governati’ tramite gli strumenti propri del magistero penale: i recenti tentativi di dare risposte a fenomeni di aggressione massiva ai beni vita, incolumità e salute pubblica attraverso il diritto penale, in effetti, si sono sovente tradotti in patenti violazioni

^(*) Salvo diversa indicazione, i corsivi sono stati aggiunti dall’autore del presente contributo. Le traduzioni dall’inglese contenute nel testo sono altresì opera dell’autore.

dei principi fondamentali; violazioni cui, peraltro, non hanno fatto da contraltare né un'efficace tutela delle vittime, né un'effettiva repressione dei comportamenti devianti.

Ad uno sguardo sommario, difficoltà applicative si registrano sia in relazione alle tradizionali fattispecie a tutela anticipata, sia in relazione ai profili di responsabilità dei funzionari pubblici in caso di eventi catastrofici.

Quanto alla prima categoria, noti sono i problemi in punto di effettività e ossequio al principio di legalità posti, in particolare, dal disastro c.d. *ambientale-sanitario* di cui all'art. 434 c.p.¹; dal nuovo e maldestro delitto di disastro ambientale previsto all'art. 452-*quater* c.p.²; dalla disciplina sui rischi di c.d. incidente rilevante (d.lgs. 17 agosto 1999 n. 334, ora abrogato e sostituito dal d.lgs. 26 giugno 2015 n. 105), retta su contravvenzioni ispirate al modello dell'illecito c.d. procedurale, certamente utili in un'ottica di gestione partecipata del rischio ma, con ogni evidenza, inadeguate a reprimere fatti potenzialmente devastanti³.

Quanto alla seconda categoria, poi, le principali criticità attengono ai profili di responsabilità dei funzionari di Protezione Civile e, più precisamente, all'esatta individuazione delle varie posizioni di garanzia nei casi in cui, da un evento calamitoso, derivino morti o lesioni. In proposito, si è sottolineato come l'intreccio tra la normativa sulle competenze e funzioni di Protezione Civile, da un lato, e il modello del reato omissivo improprio, dall'altro, dia vita ad uno statuto di responsabilità dai confini estesi e incerti⁴, ove prevale, in chiave euristica, la ricerca spasmodica di una spiegazione «razionale e 'umana' in ogni ambito in cui si agi-

¹ Cfr. *I molti volti del disastro*, in questa *Rivista* 2014, con interventi di A. GARGANI, *Nota introduttiva*, p. 251; D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, p. 254; S. CORBETTA, *Il 'disastro innominato': una fattispecie 'liquida' in bilico tra vincoli costituzionali ed esigenze repressive*, p. 275; G. RUTA, *Problemi attuali intorno al disastro innominato*, p. 293.

² Già all'indomani dell'approvazione, T. PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, *Guida dir.* 2015, 32, p. 10, in modo lucido e impietoso, criticava il provvedimento per il suo «contenuto sconclusionato, oscuro e, in taluni tratti, decisamente orripilante». Successivamente, A. GARGANI, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, *Cass. pen.* 2016, 7-8, pp. 2714 ss.; C. RUGA RIVA, *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, *Ibidem* 2016, 12, p. 4635.

³ C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano 2010, pp. 608 ss.

⁴ D. AMATO, *Attività di protezione civile e responsabilità penale: criticità attuali e prospettive di riforma*, in questa *Rivista* 2015, p. 391; A. GARGANI, *Profili di responsabilità penale degli operatori della Protezione Civile: la problematica delimitazione delle posizioni di garanzia*, in *Disastri, Protezione Civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, a cura di M. Gestri, Milano 2016, p. 207. A ciò si aggiunga che l'impiego dei doveri prevenzionistici di protezione civile in qualità di regole cautelari ha fatto sì che l'interesse penalistico finisse per attingere a «condotte 'sempre più lontane' dall'elemento/contexto naturale di riferimento». N. CECCHINI, *Attribuzione causale ed imputazione colposa di un disastro*, *Dir. pen. proc.* 2012, 3, p. 289.

tano rilevanti interessi dei consociati», e, in chiave punitiva, la logica del ‘senno del poi’⁵.

Orbene, crediamo che gli aspetti qui sommariamente elencati rappresentino alcune possibili declinazioni di quella ineliminabile tensione tra complessità dei disastri e principi penalistici incisivamente scolpita in una nota monografia di alcuni anni fa, ove, ben prima del ritorno di fiamma giurisprudenziale per le fattispecie ricordate, si segnalava lo «scivolamento verso meccanismi sostanzialmente *oggettivi* di ascrizione della responsabilità, incoraggiati da distorsioni dei giudizi retrospettivi e dalla dirompente drammaticità dell’evento disastroso»⁶.

Nella normalità dei casi, in effetti, il disastro presenta un’intricata eziologia multifattoriale⁷ e costituisce la realizzazione di un rischio *residuale* – ossia: di una «quota di rischio assolutamente incerta nella sua consistenza e non fronteggiabile con regole cautelari se non alterando l’essenza e la natura stessa del sistema» – connesso ad un’attività *autorizzata e regolamentata*⁸. Oltretutto, come documentato da approfondite indagini sociologiche, le cause dei disastri tendono ad annidarsi nel sistema stesso, nelle caratteristiche strutturali dell’organizzazione coinvolta⁹: ciò, per un verso, renderebbe l’evento disastroso non *individualmente* prevedibile né evitabile¹⁰; per un altro, imporrebbe di assumere come destinatario prioritario dei precetti prevenzionistici *direttamente* l’organizzazione¹¹.

In quest’ottica, allora, la pretesa di addebitare penalmente un evento disastroso ad un *individuo* rischia di comportare, sul piano sostanziale, la deformazione dei criteri d’imputazione¹², e, sul piano processuale, notevoli criticità in sede di acquisizione e valutazione della prova¹³.

⁵ D. NOTARO, *Scienza, rischio e precauzione. L’accertamento del nesso causale colposo all’interno di dinamiche ‘incerte’ e ‘complesse’. Spunti critici dal processo per il terremoto de L’Aquila, in Disastri, Protezione Civile e diritto*, cit., pp. 243, 247 s.

⁶ F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano 2004, pp. 116 s.

⁷ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano 2004, pp. 189ss, 287 ss; più di recente, N. CECCHINI, *Attribuzione causale*, cit., p. 287.

⁸ F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., pp. 117 s.

⁹ L’industria in caso di disastro industriale, l’infrastruttura in caso di disastro ferroviario, aereo ecc., ma la considerazione potrebbe essere estesa anche, ad esempio, alla Protezione civile *tout court* in caso di calamità.

¹⁰ F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., pp. 150 ss., part. 181.

¹¹ F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., pp. 191 ss.

¹² In proposito, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., pp. 417 ss.; N. CECCHINI, *Attribuzione causale*, cit., p. 289.

¹³ F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., pp. 119 s. Il doppio profilo sostanziale-probatorio è incisivamente riassunto da A. GARGANI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, *Leg. pen.* 4 aprile 2016, p. 13, secondo il quale superiori e indistinte esigenze di difesa collettiva hanno condotto la magistratura a plasmare una

2. I disastri: un 'problema di giustizia'

Una recente e tragicamente nota vicenda giudiziaria in materia di amianto s'è conclusa con sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato; nella sua requisitoria, il Procuratore ribadiva che, qualora diritto e giustizia vadano in direzioni opposte, il giudice è sempre chiamato a far prevalere il primo¹⁴. Un parziale rammendo, dunque, allo strappo della legalità quotidianamente consumato nelle aule giudiziarie.

Tuttavia, anche ad ammettere la correttezza della decisione finale, è evidente che, in questo come in casi analoghi, «*un problema di giustizia è stato posto*»¹⁵; la coerente¹⁶ applicazione della disciplina della prescrizione e il conseguente annullamento della condanna con travolgimento delle statuizioni civili, in effetti, non sono in grado di cancellare criticità di segno diverso, ravvisabili, ad esempio, «nel mancato attivarsi *istituzionale* quando si era in tempo», ovvero «nell'attivarsi tardivo che ha creato attese rimaste deluse»¹⁷.

Da questo autorevole pensiero, affiora una considerazione piuttosto ricorrente nelle analisi in materia di disastri: gli autori-individui incolpati d'aver cagionato o non aver impedito eventi massivamente dannosi/pericolosi per la collettività, nella quasi totalità dei casi, si trovano ad agire all'interno di contesti contrassegnati da lacune normative, deficienze operative, inefficienze di controlli, pubblica indifferenza verso (se non addirittura connivenza con) la *mala gestio* da parte dei privati. Contesti, senza mezzi termini, *criminogeni*¹⁸, nei quali «la focalizzazione

nozione di disastro «atecnica e pregiuridica, affetta da congenita indeterminatezza e, soprattutto, insuscettibile di prova».

¹⁴ Si tratta, come noto, delle conclusioni del P.G. Iacoviello nel caso Eternit.

¹⁵ D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, Riv. it. dir. pen. proc. 2015, 1, p. 31; lo stesso Autore aveva già introdotto il tema dell'«atto di giustizia» in relazione al decreto di sequestro dell'Ilva, ID., *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva*, Riv. trim. dir. pen. cont. 2013, 2, p. 45. Analogamente, sugli aspetti mediatici sempre del caso Eternit, G.L. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale di fronte al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, Ibidem 2015, 1, p. 78: «non è affatto facile assicurare credibilità al sistema evitando il disorientamento dell'opinione pubblica [...] In ogni caso, agli occhi dell'opinione pubblica e delle vittime l'apparato giudiziario ha prodotto una in-giustizia».

¹⁶ Ma non necessariamente 'corretta', nel senso che la prescrizione, in questo caso, reca lo stigma di un'errata scelta 'a monte' della fattispecie da applicare (il disastro innominato ex art. 434 c.p.), scelta implicitamente convalidata dalla Cassazione nonostante l'annullamento della condanna. Sull'esigenza che la Cassazione compisse la drammatica scelta a favore del diritto anche in relazione alla (non) sussumibilità del disastro ambientale nell'art. 434 c.p., A. GARGANI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale*, cit., p. 13.

¹⁷ D. PULITANÒ, *Crisi della legalità*, cit., p. 31.

¹⁸ Tragedie come quelle dei rifiuti in Campania, dell'Ilva, dello stesso Eternit sono state favorite, nel corso dei decenni, da ritardi legislativi, disorganicità normative, inefficienze degli organismi pubblici, assenza di monitoraggi *ex-ante*, eccessiva burocratizzazione dei controlli, regimi emergen-

delle indagini sulla responsabilità dei singoli individui finisce *inconsapevolmente* per mascherare le cause sociali, organizzative, culturali» che si celano dietro il disastro¹⁹.

Da qui, una serie di quesiti: atteso che vicende come i casi Eternit, Ilva, emergenza rifiuti, terremoto ecc., difficilmente riducibili agli schemi del processo penale, *pongono comunque un problema di giustizia*, peraltro addossato sulle spalle di chi è più esposto al rischio e meno predisposto a farvi fronte²⁰; e considerato che tale problema affonda le radici in dinamiche *lato sensu* 'istituzionali', esiste un soggetto, diverso dai privati, che può essere chiamato a 'rispondere' di questi eventi disastrosi o, quantomeno, della mancata predisposizione di un adeguato programma di prevenzione? E, se sì, su quali basi? E in quale forma?

Nelle pagine seguenti, tenteremo di dare risposta a questi interrogativi analizzando un nuovo modello di responsabilità, progressivamente affermatosi in seno alla giurisprudenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in avanti, Corte EDU): la responsabilità dello Stato per violazione del diritto alla vita in contesti di attività pericolose.

3. Disastri e responsabilità di Stato per violazione del diritto alla vita

Il consolidamento di questa nuova forma di responsabilità è stato reso possibile da un'evoluzione sociale, politica e, soprattutto, giuridica che ha interessato, da un lato, il ruolo dello Stato; dall'altro, l'idea stessa di 'disastro'. Nel rispetto dei limiti imposti alla presente trattazione, si cercherà di dar sommariamente conto di tali aspetti.

ziali divenuti regola, stratificazioni di competenze fonte di accesi conflitti tra i diversi livelli dell'Amministrazione; una situazione, di fatto, inquadrabile nello schema causale del 'regresso all'infinito'. F. FORZATI, *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale. I casi Eternit, Ilva ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione e lo Stato di diritto*, *Dir. pen. cont.* 11.3.2015, pp. 5 ss.

¹⁹ F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 277 (corsivo nell'originale). L'irriducibilità di fenomeni come quelli dell'esposizione all'amianto al contributo del *singolo* è, da ultimo, precisamente fotografata da T. PADOVANI, *La tragedia collettiva delle morti da amianto e la ricerca di capri espiatori*, *Riv. it. med. leg.* 2015, 2, p. 388, «da noi non si tratta – pare – solo di riparare i danni di una tragedia collettiva; bisogna individuare i colpevoli. L'ossimoro è tuttavia vistoso: se la tragedia è *collettiva*, lo è non solo per la vastità della sua portata, ma anche, e prima di tutto, per la *coralità* della colpa, se di colpa si tratta».

²⁰ L'interazione tra vulnerabilità 'geografica', vulnerabilità 'sociale' e resilienza a seguito di disastro è approfonditamente analizzata da R. VERCHICK, *Disaster justice: the geography of human capability*, *Duke env. law pol. forum* 2012, vol. 23, p. 23, part. pp. 40 ss.

3.1. *Lo Stato risk-manager*

L'incedere della post-modernità, col suo carico di rischi nuovi, diffusi ma necessari, è stato detto, ha trasformato lo Stato in un *risk-manager* collettivo²¹; anche i sostenitori della c.d. *reflexive regulation*²² mantengono l'idea che, per quanto 'a distanza'²³, lo Stato debba continuare disciplinare le attività umane e, specularmente, a porsi quale garante primigenio – sebbene non esclusivo – della prevenzione.

Queste acquisizioni si estendono anche alla materia dei disastri: il dovere di attivarsi per far fronte ad un evento impattante sulla vita delle persone, a ben guardare, rappresenta il rovescio della medaglia della sovranità dello Stato, intesa – nella sua accezione *interna* – quale obbligo di rispettare la dignità e i diritti fondamentali di tutti coloro i quali si trovino entro il territorio statale²⁴. Da ultimo, la *International Law Commission* (d'ora in avanti, ILC), operante in seno all'ONU, ha cristallizzato i compiti statali nel 'Progetto di articoli sulla protezione delle persone in caso di disastri' (d'ora in avanti, Progetto)²⁵: nell'elaborato, vengono sanciti il dovere di prevenzione (art. 9), il dovere di protezione postuma (art. 10) nonché doveri di cooperazione e richiesta di aiuto ad altri Stati (art. 11ss). Ogni Stato è, dunque, *responsabile* sia della protezione delle persone degli effetti devastanti dei disastri, sia della regolamentazione delle singole aree di attività in ottica preventiva.

²¹ A. GIDDENS, *Risk and responsibility*, *Mod. law rev.* 1999, vol. 62, p. 9.

²² Per *reflexive* o *responsive regulation*, s'intende quella particolare forma di disciplina delle attività umane che fa affidamento sulla capacità autopoietica dei singoli sottosistemi. Si tratta di una possibile declinazione della c.d. regolazione decentrata, ovvero sia della tendenza a considerare l'attività di *regulation* «non 'accentrata' nello Stato, bensì [...] diffusa nella società». J. BLACK, *Critical reflections on regulation*, *CARR Discussion Papers DP 4*, London School of Economics and Political Science, London 2002, p. 1, consultabile su <http://eprints.lse.ac.uk/35985/>.

²³ Sul '*rule at a distance*' e sulle sue implicazioni anche in ambito criminale, J. BRAITHWAITE, *The new regulatory State and the transformation of criminology*, *Journ. brit. crim.* 2000, vol. 40, p. 222; sull'intersezione tra forma di Stato *regulatory*, *preventive* e *authoritarian*, A. ASHWORTH-L. ZEDNER, *Defending the criminal law: reflections on the changing character of crime, procedure and sanctions*, *Crim. law phil.* 2008, 2, pp. 37 ss.

²⁴ R.M. BRATSPIES, *State responsibility for human-induced environmental disasters*, *Germ. Yearbook Intern. Law* 2012, vol. 55, p. 1; G. VENTURINI, *International disaster response law in relation to other branches of International law*, in *International disaster response law*, a cura di A. De Guttry-M. Gestri-G. Venturini, The Hague 2012, 2012, p. 48, la quale aggiunge che la sovranità intesa, nella sua accezione *esterna*, come divieto di intervento da parte di altri Stati, in materia di disastri, gioca un ruolo nettamente inferiore, attesa l'esistenza di molteplici atti internazionali che impongono agli Stati di cooperare.

²⁵ ILC, *Draft articles on the protection of persons in the event of disasters*, sessione 68, 2016, (A/71/10), § 48. Il testo riprende, semplificandola, una bozza già approvata nel 2014.

Anche quando viene riferito allo Stato, il concetto di 'responsabilità' presenta un duplice volto²⁶: in un senso, lo Stato è responsabile in quanto gravato dal compito di intraprendere ogni attività al fine di garantire prevenzione²⁷; in un altro, lo Stato è responsabile in quanto 'garante' cui possono attribuite le conseguenze del *proprio* comportamento, della violazione del *proprio* dovere di protezione²⁸.

3.2. Segue: la dimensione 'umana' dei disastri

Nell'era moderna, il legame tra *disastro* e *uomo* s'è fatto più stringente in un duplice senso.

(I) Se fosse vissuto ai giorni nostri, difficilmente il povero islandese di Giacomo Leopardi avrebbe potuto parlare dei suoi simili come di sventurati ciascun giorno fiaccati da «un assalto e una battaglia formata» senza esser rei verso la Natura «di nessun'ingiuria». In linea con l'idea generale secondo cui ogni accadimento sarebbe in qualche maniera controllabile dall'uomo²⁹, un disastro o, meglio, le sue conseguenze vengono ricondotte ad azioni od omissioni umane³⁰. Rispetto al passato, dunque, il quadro si capovolge: ciò che prima veniva imputato al volere divino o semplicemente additato come fatalità, oggi viene valorizzato nella sua componente *umana* e studiato attraverso la lente della *vulnerabilità* di sistema³¹.

Questo mutamento di prospettiva produce, a sua volta, due conseguenze: in primo luogo, come dimostra la nostra giurisprudenza penale, i disastri divengono

²⁶ «As it is used today, 'responsibility' is an interestingly ambiguous and multi-layered term. In the one sense, someone who is responsible for an event can be said to be the author of that event. [...] Responsibility also however means obligation, or liability, and this is the most interesting sense to counterpose with risk» A. GIDDENS, *Risk and responsibility*, cit., p. 8. Diffusamente, M.A. FODDAI, *Responsabilità e soggettività*, in *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà-M. Tallacchini, Milano 2010, 403, part. pp. 412 ss.

²⁷ B. NICOLETTI, *The prevention of natural and man-made disasters: what duties for States?*, in *International disaster response law*, cit., p. 187, la quale, comunque, precisa che, sul piano internazionale, il *duty of prevention* configura obbligazione di mezzi, non di risultato.

²⁸ R.M. BRATSPIES, *State responsibility*, cit., pp. 8, 24: «State responsibility rests not on vicarious liability for the actions of private actors, but on State's own breach of duty – its failure to adequately regulate conduct within its borders in accordance with treaty obligations [...] By embracing sovereignty as responsibility – both internally and externally – the emerging doctrine of State responsibility may offer some exciting new possibilities for resolving thorny environmental puzzles».

²⁹ M.A. FODDAI, *Responsabilità e soggettività*, cit., pp. 421 s.

³⁰ A. GARGANI, *Profili di responsabilità penale*, cit., pp. 207 s; P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, *Dir. amm.* 2010, 2, p. 356.

³¹ R. VERCHICK, *Disaster justice*, cit., pp. 38 ss.; K.C. LAUTA, *New fault lines? On responsibility and disaster*, *Eur. journ. risk reg.* 2014, 2, p. 140; ID., *Disaster law*, New York 2014, § 2.2.5.

addebitabili, nel senso che la loro interpretazione in chiave di ‘prodotto sociale’³² induce la comunità colpita a ricercarne i ‘colpevoli’, privati e/o pubblici³³; inoltre, essendo l’oggetto dell’addebito non l’evento disastroso in sé bensì, appunto, la *vulnerabilità* (intesa come debolezza *lato sensu* infrastrutturale) del sistema³⁴, la tradizionale distinzione tra disastri ‘naturali’ e disastri ‘artificiali’ viene tendenzialmente meno³⁵. D’altronde, affrontare il problema della causalità dei disastri c.d. naturali in termini ‘semplicemente fisici’, estromettendo dal raggio d’analisi le variabili dipendenti dall’agire umano, comporterebbe un sostanziale svuotamento della categoria della ‘complessità’³⁶.

Quest’ultima acquisizione si ritrova ora nella definizione di ‘disastro’ fornita dalla ILC³⁷: «‘disastro’ significa evento o serie di eventi calamitosi che provocano una diffusa perdita di vite, grande sofferenza e afflizione umana, evacuazioni di massa ovvero danno all’ambiente di vasta portata, in tal modo impedendo il regolare funzionamento della società» (art. 3 lett. *a*, Progetto, cit.). Si tratta, come riportato nel Commentario, di una formula ampia e onnicomprensiva, in grado di assorbire tipologie di effetti dannosi multiformi, a prescindere sia dalla causa naturale o antropica dell’evento, sia dalla verifica immediata o differita dell’evento calamitoso.

³² Secondo R. VERCHICK, *Disaster justice*, cit., p. 51, il disastro è una «catastrofe ‘socializzata’», da affrontare non come un evento naturale casuale bensì come un evento caratterizzato da rilevanti aspetti sociali, come scelte politiche, economiche e modelli comportamentali.

³³ K.C. LAUTA, *New fault lines?*, cit., pp. 141 s.; ID. *Disaster law*, cit., § 5.4, ove si specifica che la normalizzazione/normativizzazione dei disastri ha favorito la creazione di modelli di responsabilità *ibridi* tra privato e pubblico.

³⁴ M. TIRABOSCHI, *Prevenzione e gestione dei disastri naturali (e ambientali): sistemi di ‘welfare’, tutele del lavoro, relazioni industriali*, *Riv. rel. ind.* 2014, 1, p. 573.

³⁵ K.C. LAUTA, *New fault lines?*, cit., p. 143; sulla parallela evoluzione del *duty of prevention* in relazione a disastri naturali e artificiali del diritto internazionale, B. NICOLETTI, *The prevention of natural and man-made disasters*, cit., pp. 183 ss.

³⁶ N. CECCHINI, *Attribuzione causale*, cit., p. 287; scrive R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Le regole dell’eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, a cura di M. Meccarelli-P. Palchetti-C. Sotis, Macerata 2011, p. 172: «quale che sia la causa, l’emergenza risulta non solo nella maggior parte dei casi prevedibile, ma anche sempre anticipatamente fronteggiabile. Si pensi infatti alle ipotesi di emergenza naturale e all’attività della protezione civile: [...] da un lato, i fatti emergenziali determinati dalla natura sono tendenzialmente riconducibili a categorie e tipologie omogenee (terremoti, valanghe, inondazioni, incendi ecc.); dall’altro lato, la fase successiva all’evento è comunque suscettibile di una ‘gestione’ politico-amministrativa – per così dire – anticipata, nel senso che è ben possibile simulare diversi scenari ed elaborare in anticipo i piani di intervento capaci di orientare quantomeno in linea di massima le azioni possibili».

³⁷ La definizione, «seppur primariamente funzionale ai fini applicativi del Progetto, potrà avere ulteriori ripercussioni sulla prassi internazionale, con la possibilità di fungere da futuro parametro di riferimento in questo ambito.» Così, G. BARTOLINI, *La definizione di disastro nel Progetto di articoli della Commissione internazionale*, *Riv. dir. internaz.* 2015, 1, p. 162.

(II) Ma i disastri, venendo al secondo profilo, presentano una ‘vocazione umana’ anche sul versante delle conseguenze: è intuitivo, difatti, che il *problema di giustizia* posto da un disastro attenga essenzialmente alla vita, all’incolumità e alla salute delle persone coinvolte. Anche questo elemento risalta nella definizione di ‘disastro’ offerta dalla ILC: per essere considerato ‘calamitoso’, l’evento/serie di eventi, in primo luogo, deve comportare, alternativamente, la diffusa perdita di vite, grande sofferenza e afflizione umana³⁸, un’evacuazione di massa o un danno ambientale/materiale di grande portata; in secondo luogo, deve provocare una seria perturbazione del funzionamento della società, ciò che, appunto, aiuta a illuminare secondo un’ottica *sociale* le conseguenze negative del disastro³⁹.

Sul punto, è ormai condivisa l’idea secondo cui le conseguenze di un disastro possano integrare la violazione dei diritti umani delle persone colpite; in prospettiva inversa, anzi, si sottolinea che è proprio la giurisprudenza – in particolare – sul diritto alla vita a offrire un contributo significativo all’esatta definizione della portata del dovere di prevenzione dei disastri secondo il diritto internazionale⁴⁰. Interessante, in proposito, lo studio di alcuni anni fa condotto da una criminologa britannica⁴¹: analizzando tre terremoti avvenuti in Turchia tra la fine degli anni Novanta e i primi anni Duemila, la studiosa ha imputato le devastanti conseguenze *naturali* – oltre 18.000 morti accertati, circa 20.000 dispersi, 300.000 case distrutte – ad una serie di fattori *umani*, molti dei quali complessivamente e variamente attribuibili allo Stato (scarsi controlli da parte degli ispettorati pubblici, corruzione, tolleranza e collusione di politici locali con associazioni criminali, politiche di urbanizzazione clientelari, frequente ricorso a condoni edilizi): un vero e proprio *State crime*, derivante da una «devianza organizzativa diretta dallo Stato», in grado di provocare la violazione massiva di diritti umani⁴².

³⁸ La Commissione include in questo sub-evento anche gli infortuni non fatali, le malattie e altri problemi alla salute, cosicché anche casi in cui si registrano poche morti ma vi sia un alto numero di ammalati rientrerebbero nello spettro applicativo del *Draft*.

³⁹ Anche il danno ambientale, dunque, dev’essere letto in coordinato con la perturbazione del funzionamento della società, quindi, sostanzialmente, alla vita quotidiana delle persone. Critica l’eccessiva genericità e la portata troppo riduttiva della locuzione G. BARTOLINI, *La definizione di disastro*, cit., pp. 158 s.

⁴⁰ B. NICOLETTI, *The prevention of natural and man-made disasters*, cit., p. 195; «*Human rights jurisprudence thus, on the one hand, rejects exceptionalism and traditional accommodation [...] and, on the other hand, reinforces itself by driving a development towards more resilient societies*» K.C. LAUTA, *Disaster law*, cit., § 4.1.

⁴¹ P. GREEN, *Disaster by design. Corruption, construction and catastrophe*, *Brit. journ. crim.* 2005, vol. 45, p. 528.

⁴² P. GREEN, *Disaster by design*, cit., pp. 529, 544.

L'associazione tra prevenzione di disastri e protezione dei diritti umani ha ormai trovato conferma in molteplici atti di rilievo internazionale⁴³; la Croce Rossa Internazionale, in particolare, nel *World disaster report 2000 – Public health*, precisa che «forme di sistematica negligenza in caso di disastri, di fatto, costituiscono una condanna a morte»; quindi, una violazione del diritto fondamentale alla vita.

4. *Disastri e CEDU: una precisazione terminologica*

Il diritto ad essere protetti da eventi disastrosi in grado di incidere su vita, integrità e salute individuale costituisce il risvolto del corrispondente dovere di prevenzione/protezione posto a carico dello Stato; tale diritto, abbiamo visto, assurge a vero e proprio diritto umano. Vedremo come questo binomio diritti umani/dovere-responsabilità di Stato sia stato sviluppato dalla Corte di Strasburgo alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti, CEDU).

S'impone sin d'ora, però, una precisazione terminologica: nel prosieguo, verrà adoperata una nozione di 'disastro' volutamente ampia, flessibile, se vogliamo, 'atecnica', non pienamente coincidente né con la definizione fornita dalla ILC o altre definizioni contenute in atti di diritto internazionale, né con la terminologia impiegata dalla Corte EDU. Si tratta di una scelta innegabilmente dettata da esigenze di semplificazione la quale, in ogni caso, crediamo si riveli coerente con l'approccio pragmatico⁴⁴ della Corte e funzionale al taglio di quest'indagine.

Nel primo senso, è opportuno rammentare che la Corte applica l'*acquis* esistente in materia in ragione del diritto violato, della vicenda concreta e del contesto specifico all'interno del quale è avvenuta la violazione; l'opera di definizione della Corte ha principalmente ad oggetto *il principio applicabile* – 'a quali condizioni il diritto alla vita può dirsi leso?' – , e non già la situazione di fatto a cui tale principio va applicato – 'quand'è che un evento lesivo del diritto alla vita può essere definito "disastro"?'.

Nel presente lavoro, si intende sondare la *giustiziabilità* a livello europeo di tutti quei fatti che la giurisprudenza interna, a torto o a ragione, cerca di ricondurre alla multiforme categoria del 'disastro'. In questa prospettiva, pur con le

⁴³ In proposito, B. NICOLETTI, *The prevention of natural and man-made disasters*, cit., p. 194. Il Consiglio per i Diritti Umani dell'ONU, con Risoluzione 10/4 del 2009, ha espressamente incluso nelle cause di violazione del diritto umano alla vita e alla salute anche il cambiamento climatico, *id est* l'innalzamento di oltre due gradi della temperatura atmosferica. Sul punto, R. COX, *The liability of European States for climate change*, *Utrecht journ. intern. Eur. law* 2014, vol. 125, part. pp. 130 s.

⁴⁴ Nelle parole della Consulta, la giurisprudenza della Corte EDU «resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata». Corte cost. sent. n. 236/2011.

dovute differenziazioni, fenomeni di macro-inquinamento, di esposizione a sostanze tossiche, calamità naturali e così via, nel prosieguo, verranno esaminati e valutati attraverso le medesime categorie concettuali.

4.1. *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di disastri: l'evoluzione*

La giurisprudenza di Strasburgo in materia di disastri può essere considerata l'evoluzione dell'orientamento ermeneutico, oramai consolidato, inerente al rapporto tra tutela dei diritti umani e protezione dell'ambiente⁴⁵. Essa poggia su due fattori intersecati, entrambi espansivi.

(I) In primo luogo, si segnala l'estensione dell'area applicativa delle norme CEDU; d'altronde, la Corte controlla il rispetto dei diritti dell'uomo da parte degli Stati «sulla base di un canone ermeneutico da essa stessa definito 'necessariamente evolutivo'», che «implica una diversa relazione del diritto col tempo»⁴⁶. Allargando le maglie di disposizioni pensate *in e per* una realtà totalmente differente da quella attuale, la Corte di Strasburgo ha saputo elevare a 'diritti umani' situazioni soggettive pertinenti a materie testualmente non incluse nella CEDU. È il caso, appunto, del diritto a vivere in un ambiente salubre⁴⁷: nonostante la Convenzione non contenga un esplicito riferimento alla materia ambientale, la Corte ha più volte affermato che l'effettivo godimento dei diritti espressamente ivi contemplati dipende dalla qualità dell'ambiente in cui l'individuo vive.

⁴⁵ Una fedele e approfondita panoramica su tale evoluzione è offerta dallo stesso Consiglio d'Europa in COUNCIL OF EUROPE, *Manual on human rights and the environment*, Strasbourg 2012, disponibile su http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DH_DEV_Manual_Environment_Eng.pdf. Nella ricchissima letteratura, A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente*, Milano 2012, pp. 47 ss.; N. DE SADELEER, *Enforcing EUCHR principles and fundamental rights in environmental cases*, *Nord. journ. intern. law* 2012, vol. 81, pp. 60 ss.; E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, Napoli 2011, part. pp. 63 ss.; A. SACCUCI, *La protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *La tutela dei diritti umani in Europa*, a cura di G. Cataldi-A. Calogiuri-N. Napoletano, Padova 2010, p. 493; A. SIRONI, *La tutela della persona in conseguenza di danni all'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea diritti uomo. Tra diritto rispetto della vita privata e diritto alla vita*, *Dir. um. dir. internaz.* 2011, 5, p. 5.

⁴⁶ M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, a cura di F. Palazzo, trad. it. A. Bernardi, Milano 1992, p. 94.

⁴⁷ «It is true that the original text of the Convention does not yet disclose an awareness of the need for the protection of the environmental human rights. In the 1950s, the universal need for environmental protection was not yet apparent. Historically, however, environmental considerations are by no means unknown to our unbroken and common legal tradition [...] We believe that this concern for environmental protection shares common ground with the general concern for human rights». *Hutton et al. vs United Kingdom*, appl. 36022/97, G.C., 8.7.2003, *Joint dissenting opinion of Judges Costa, Ress, Türmen, Zupančič and Steiner*.

È d'uopo, però, una precisazione: la Corte di Strasburgo ha sempre escluso che gli individui possano vantare un autonomo diritto avente ad oggetto la qualità dell'ambiente in quanto tale; il bene 'ambiente' ha valore *strumentale*, nel senso che la violazione del 'diritto all'ambiente' deve consistere in un'effettiva intrusione nella vita privata del ricorrente, che ne pregiudichi concretamente la salute o, perlomeno, la condizione di benessere⁴⁸.

(II) In secondo luogo, si registra la perentoria affermazione degli obblighi *positivi* di tutela⁴⁹. Similmente a quanto avvenuto nei contesti costituzionali nazionali⁵⁰, l'emersione dei cc.dd. diritti umani di 'nuova generazione' ha comportato un significativo ampliamento della pretesa che può essere avanzata nei confronti dello Stato: non più solo obblighi *negativi* (non interferenza), ma anche obblighi *positivi*, di protezione attiva dai pericoli insiti in qualunque genere di attività e innescati da qualunque fatto, decisione o, più frequentemente, omissione. Non è sufficiente, insomma, che i diritti umani non siano violati: essi devono essere oggetto di effettivo godimento⁵¹; in quest'ottica, l'affermazione degli obblighi positivi si pone come autentico fattore di uguaglianza sostanziale⁵².

Il primo riconoscimento esplicito degli obblighi positivi in materia ambientale-sanitaria risale alla metà degli anni Novanta: lo Stato convenuto viene condannato ai sensi dell'art. 8 CEDU⁵³ per non aver adempiuto all'obbligo di evitare o

⁴⁸ Una nitida fotografia dello *status* del 'diritto alla protezione dell'ambiente' all'interno della CEDU è data dalla importante sentenza *Fadeyeva vs Russia*, appl. 55723/2000, 9 giugno 2005, nella quale lo Stato è stato condannato per non aver adeguatamente ottemperato all'obbligo di regolamentare l'industria dell'acciaio, così, di fatto, esponendo la ricorrente alle emissioni altamente nocive prodotte da un'acciaieria poco distante dalla sua abitazione. La Corte, in particolare, puntualizza che: «no right to nature preservation is as such included among the rights and freedoms guaranteed by the Convention [...] Thus, in order to raise an issue under Article 8, the interference must directly affect the applicant's home, family or private life» (§ 68).

⁴⁹ Per un quadro d'insieme, J.F. AKANDKI-KOMBE, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2007, part. pp. 7 ss., 20 ss.; D. XENOS, *The positive obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, New York 2012, part. pp. 19 ss.

⁵⁰ Sul punto, A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 2013, 1, p. 9; a livello costituzionale, sottolinea il progressivo assottigliamento tra libertà cc.dd. *negative* e cc.dd. *positive*, A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell'ignoto o ritorno al passato?*, *federalismi.it* 15.2.2013, pp. 5 s.

⁵¹ D. XENOS, *The positive obligations of the State*, cit., p. 204. Secondo A. BONFANTI, *Imprese multinazionali*, cit., p. 49, la violazione di diritti umani, in contesti di impresa, ricorre principalmente per violazione di obblighi positivi; tale conclusione «risulta tanto più fondata se si ricorda che gli obblighi gravanti sugli Stati in materia di tutela dei diritti umani si estendono sino alla prevenzione e alla repressione delle violazioni *interpretativistiche* degli stessi».

⁵² L. FERRARIS, *Smaltini vs Italy: a missed opportunity to sanction Ilva's polluting activity within the ECHR system*, *Journ. Eur. env. plan. law* 2016, vol. 13, p. 86.

⁵³ Art. 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare – «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2.

limitare l'intrusione nella vita privata della ricorrente, provocata dalle emissioni nocive del vicino impianto di smaltimento di rifiuti⁵⁴. A partire da questa sentenza, è scaturita una giurisprudenza ricca e variegata⁵⁵, nella quale, è stato rilevato, la Corte ha saputo svolgere il proprio ruolo «applicando l'art. 8 nella sua dimensione piena e limitando il margine nazionale di apprezzamento, specialmente in quelle aree nelle quali l'individuo è più vulnerabile in conseguenza dell'avvento della tecnologia moderna»⁵⁶.

La reale svolta, per quel che qui più interessa, arriva alcuni anni dopo, quando la Corte, chiamata a superare la tradizionale deferenza verso le pubbliche autorità statali⁵⁷, viene investita del compito di giudicare le violazioni dell'art. 2 CEDU⁵⁸. La giurisprudenza di Strasburgo sul diritto alla vita in caso di disastro si sviluppa sulla scorta di due fondamentali sentenze, divenute, negli anni, veri e propri *leading-cases*⁵⁹, espressive della definitiva «costituzionalizzazione dell'attività industriale»⁶⁰ e, al contempo, base per una più puntuale definizione degli obblighi di

Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

⁵⁴ *López Ostra vs Spain*, appl. 16798/1990, 9 dicembre 1994. La sentenza si situa, assieme ad altre, sul crinale che divide il ricorso all'ambiente come 'scopo legittimo' per *limitare* la proprietà privata e il ricorso all'ambiente come *fine* degli obblighi di tutela (A. SACCUCCI, *La protezione dell'ambiente*, cit., part. pp. 498 ss., 503 ss.); da *López Ostra* in avanti, si è detto, «i giudici di Strasburgo hanno utilizzato l'art. 8 della Convenzione europea come grimaldello per stigmatizzare situazioni di degrado ambientale suscettibili di interferire con la vita privata degli individui e finanche di arrecare danni alla loro salute». C. FELIZIANI, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU in materia di rifiuti. Analisi di due approcci differenti*, Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2012, 6, p. 1001.

⁵⁵ Fra i casi ai nostri fini più significativi, in materia di inquinamento industriale, *Fadeyeva*, cit.; *Guerra et al. vs Italy*, 19 febbraio 1998; *Taskin et al. vs Turkey*, appl. 46117/1999, 10 novembre 2004; *Tatar vs Romania*, appl. 67021, 27 gennaio 2009; *Dubetska et al. vs Ukraine*, 30499/2003, 10 febbraio 2011; in materia di smaltimento di rifiuti, *Giacomelli vs Italy*, appl. 59909/2000, 2 novembre 2006; in materia di contaminazione di acqua destinata al consumo umano, *Dzemyuk vs Ukraine*, appl. 42488/2002, 4 settembre 2014; in materia di dispositivi di sicurezza sul lavoro, *Vilnes et al. vs Norway*, appl. 52806/2009, 5 dicembre 2013.

⁵⁶ *Malone vs United Kingdom*, appl. 8691/1979, 2 agosto 1984, *concurring opinion of Judge Pettiti*.

⁵⁷ M. STALLWORTHY, *Human rights challenge and adequacy of State response to natural disasters*, *Env. law rev.* 2009, p. 124.

⁵⁸ Art. 2. Diritto alla vita – «1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita [...]».

⁵⁹ *Öneryıldız vs Turkey*, appl. 48939/1999, G.C., 30 novembre 2004; *Budayeva et al. vs Russia*, appl. 15339/2002, 29 settembre 2008.

⁶⁰ D. XENOS, *Asserting the right to life (Article 2 ECHR) in the context of industry*, *Germ. law journ.* 2007, vol. 8, p. 232.

tutela sul piano internazionale⁶¹. Fra i molteplici pregi, queste pronunce si segnalano per aver tracciato lo schema degli obblighi positivi comuni a, rispettivamente, attività industriali pericolose (nel caso di specie, esplosione di un deposito di rifiuti) e disastri ‘naturali’ (nel caso di specie, smottamento di una porzione di collina); in entrambe le situazioni, oggetto del ricorso e, dunque, del ‘rimprovero’ non è la causa dell’evento in sé, bensì le azioni od omissioni *umane* connesse⁶².

La Corte detta obblighi positivi sostanziali e procedurali, elaborati a partire dalla precedente giurisprudenza sull’art. 8 CEDU.

Gli obblighi *sostanziali* si fondano sul principio secondo cui lo Stato ha il dovere primario di definire una cornice legale-amministrativa progettata per assicurare deterrenza contro le minacce al diritto alla vita; tale dovere si applica a maggior ragione in caso di attività pericolose, con attenzione allo specifico livello di rischio cui le vite umane sono esposte. In dettaglio, lo Stato adempie al proprio obbligo garantendo⁶³: (i) la regolamentazione della concessione delle licenze; (ii) l’istituzione, il funzionamento, la messa in sicurezza ed il controllo delle attività industriali, con contestuale obbligo – per tutti i responsabili – di adottare le misure pratiche necessarie al fine di assicurare la protezione effettiva dei cittadini che potrebbero essere esposti al rischio; (iii) il diritto della collettività ad essere informata (nel duplice senso dell’accesso alle informazioni e della loro diffusione). La sentenza *Budayeva* aggiunge che, nella valutazione sull’adempimento degli obblighi statali, la Corte deve considerare anche⁶⁴: (iv) la legalità interna degli atti od omissioni della pubblica autorità; (v) il processo di *decision-making* interno, avuto riguardo anche a indagini, studi e alla complessità del tema in generale, specie quando siano in gioco più diritti tutelati dalla Convenzione.

Gli obblighi *procedurali*, di contro, si fondano sull’esigenza di assicurare una risposta giudiziaria in caso di lesione del supremo diritto alla vita. In questa luce, la Corte estende alle situazioni di disastro i principi sviluppati nei casi di uso letale della forza pubblica: nei contesti di attività pericolose, laddove la perdita di vite umane sia conseguenza di un evento accaduto *sotto la responsabilità* di pubblici ufficiali, questi ultimi – e, quindi, lo Stato – sono spesso i soli a disporre dei dati necessari per poter valutare i fenomeni che potrebbero aver causato l’evento stesso. In tali situazioni, lo Stato ha, perciò, l’obbligo di disporre un’indagine in-

⁶¹ A. DE GUTTRY, *Duty of care of the EU and Its Members States towards Their personnel deployed in International missions*, *St. integr. eur.* 2012, VII, p. 277.

⁶² La tendenziale sovrapposizione fra le due aree è dimostrata da una sentenza più recente, che ha visto la Russia condannata *ex art. 2 CEDU* in seguito ad un evento ‘naturale’ (esondazione di una diga) che ha posto in serio pericolo la vita di alcuni dei ricorrenti. *Kolyadenko et al. vs Russia*, appl. 17423/2005, 28 febbraio 2012, § 164.

⁶³ *Öneryildiz*, cit., § 89 s.; *Budayeva et al.*, cit., § 132.

⁶⁴ *Budayeva et al.*, cit., § 136.

dipendente e imparziale, in grado di⁶⁵: (ii) soddisfare determinati standard di effettività; (ii) accertare le circostanze nelle quali il fatto è avvenuto; (iii) identificare i pubblici ufficiali responsabili; (iv) assicurare sanzioni penali coerenti e proporzionate agli accertamenti di responsabilità⁶⁶.

4.2. Segue: un nuovo modello di 'illecito statale'

Come abbiamo visto, se derivante da una 'devianza organizzativa diretta dallo Stato', la violazione di diritti umani quali la vita, l'integrità fisica e la proprietà privata, è stata espressamente qualificata come *State crime*. Allo stadio attuale, si tratta di una nozione indefinita, nella quale ricomprendere ogni ipotesi di violazione di diritti umani *sistematicamente riconducibile* all'operato di apparati statali; in questo senso, riprendendo un esempio, è possibile parlare di *State crime* non se un singolo poliziotto – esponente dello Stato – si fa corrompere ma, piuttosto, se il Governo 'si disinteressa' della corruzione nella polizia, ritenendola l'unica via attraverso cui possono essere raggiunti determinati obiettivi di controllo del territorio⁶⁷.

Non è questa la sede per diffondersi sulla correttezza formale di tale definizione⁶⁸; ai nostri fini, il termine '*crime*' può però assumere valore dal punto di vista argomentativo, nel senso che il modello di illecito disegnato dalla Corte EDU in materia di disastri, pur con qualche inevitabile forzatura, si presta ad essere analizzato attraverso il prisma delle categorie impiegate in sede di analisi del reato. La particolarità, qui, è data dal fatto che la responsabilità di Stato non viene distribuita tra i suoi rappresentanti (pubblici ufficiali, funzionari, singoli organi ecc.), pur rimanendo ben possibile ch'essi siano autonomamente chiamati a rispondere sul piano personale. Il giudizio davanti alla Corte EDU, piuttosto, riguarda lo Stato nella sua interezza, quale «agente indivisibile»⁶⁹ o, nelle parole della Corte stessa, «elemento unico soggetto alla legge»⁷⁰.

⁶⁵ Öneriyildiz, cit., § 94 ss.; Budayeva et al., cit., § 142 ss. Successivamente, nel medesimo senso, Kolyadenko et al., cit., 191 ss.

⁶⁶ Sebbene non sussista un 'obbligo generale a condannare', la Corte ribadisce che «in nessun caso un tribunale nazionale può consentire che offese che mettono a repentaglio la vita rimangano impunte». Öneriyildiz, cit., § 96.

⁶⁷ Si veda il 'manifesto' *About State crime* del centro di ricerca multidisciplinare *International State crime initiative*, consultabile all'indirizzo statecrime.org.

⁶⁸ Sulla possibilità di configurare lo Stato quale *autonomous wrongdoer* anche a livello interno, di recente, il suggestivo lavoro di F. TANGUAY-RENAUD, *Criminalizing the State*, *Crim. law phil.* 2013, 7, 255, part. pp. 259 ss.

⁶⁹ F. TANGUAY-RENAUD, *Criminalizing the State*, cit., p. 264; D. XENOS, *The positive obligations of the State*, cit., p. 3, sottolinea la natura dello Stato quale «most powerful and structured organization».

⁷⁰ Taskin et al., cit., § 124.

A venire in rilievo è, anzitutto, il diritto alla vita o, più precisamente, il diritto alla protezione della vita⁷¹; in subordine dal punto di vista gerarchico, si pone il diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio. Giova segnalare che l'art. 2 CEDU si applica non soltanto in caso di morte, ma anche qualora «sebbene il ricorrente sia sopravvissuto, la sua vita è stata concretamente posta a rischio»⁷²; si tratta, allora, di stabilire quale sia il livello di rischio tale da giustificare lo scrutinio *sub* art. 2 anziché *sub* art. 8. In proposito, la sentenza-pilota *Öneryildiz* offre alcuni utili parametri: «la dannosità del fenomeno connesso all'attività, la contingenza del rischio a cui il ricorrente era esposto, la natura intenzionale delle azioni od omissioni connesse alle circostanze di rischio» sono, appunto, alcuni degli indici che debbono essere presi in considerazione nella valutazione della responsabilità *ex* art 2 CEDU⁷³.

Ad ogni modo, la distinzione tra le due norme non dev'essere enfatizzata: la Corte, infatti, ha favorito la «circolazione di determinati principi da un articolo ad un altro»⁷⁴, esplicitamente ammettendo che quanto affermato in relazione all'art. 8 possa valere per l'art. 2⁷⁵ e viceversa⁷⁶. Anche in materia di disastri, in definitiva, si conferma l'approccio olistico⁷⁷ prescelto dalla Corte di Strasburgo nel 'dare attuazione' ai diritti umani.

Ciò premesso, qui di seguito, analizzeremo schematicamente: (I) l'elemento 'materiale' della violazione; (II) il profilo della rimproverabilità in relazione alla

⁷¹ D. XENOS, *Asserting the right to life*, cit., p. 235; in toni apertamente critici per l'eccessivo peso dato alle istanze delle vittime, parla di «diritto alla 'protezione mediante prevenzione'» V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano 2011, p. 52 (corsivo nell'originale).

⁷² *Kolyadenko et al.*, cit., § 151; in precedenza, già *Budayeva et al.*, cit., § 146, ove si ammette che i ricorrenti possano invocare la violazione dell'art. 2 CEDU per via dell'esistenza di «*threat to their physical integrity*».

⁷³ *Öneryildiz*, cit., § 73. Su tali basi, la Corte, ad esempio, ha dichiarato ammissibile il ricorso per violazione del diritto alla vita da parte dei sopravvissuti allo straripamento di un bacino idrico che aveva allagato le abitazioni circostanti, concentrandosi sul 'rischio imminente' cui questi erano stati esposti, senza attribuire rilievo al fatto che essi si fossero messi autonomamente in salvo (*Kolyadenko et al.*, cit., § 153 s. Di contro, nei paragrafi precedenti, si nega l'ammissibilità del ricorso da parte di chi, al momento dell'esondazione, non si trovava in casa (§ 152)). Viceversa, in un caso relativo ai pericoli per la collettività derivanti dall'impiego di cianuro di sodio per l'estrazione dell'oro, la Corte ha derubricato il ricorso *sub* art. 8 per difetto di prova circa la causalità individuale e, dunque, in ragione della natura più sfumata del pericolo (*Tatar*, cit., § 70 s., 107; similmente, già *Taskin et al.*, cit., § 139 s.).

⁷⁴ E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente*, cit., p. 144; analogamente, parla di «uniformazione dei criteri interpretativi e dei modelli di argomentazione» A. SIRONI, *La tutela della persona in conseguenza di danni all'ambiente*, cit., p. 27.

⁷⁵ *Öneryildiz*, cit., § 90, 160; *Budayeva et al.*, cit., § 133.

⁷⁶ *Tatar*, cit., § 87 ss.

⁷⁷ In proposito, D. XENOS, *The positive obligations of the State*, cit., pp. 13 s.

conoscenza del pericolo; (III) la 'antigiuridicità', intesa come bilanciamento tra diritto da proteggere e ulteriori interessi riferibili allo Stato⁷⁸.

(I) Poiché solitamente incentrata sul mancato adempimento di un obbligo positivo, la responsabilità dello Stato tende ad assumere la forma di omissione; nondimeno, come osservato, nel corso degli anni si è assistito alla progressiva attenuazione della differenza tra responsabilità derivante da condotte attive e responsabilità derivante da condotte omissive: entrambe soggiacciono, ormai, ai medesimi principi⁷⁹.

Quanto alla natura dell'attività, la sentenza *Öneryildiz* ha chiarito che l'obbligo di tutela/protezione «deve essere ritenuto applicabile a qualunque attività, tanto pubblica quanto privata, nel contesto della quale il diritto della vita può essere messo a rischio»⁸⁰: la violazione di un diritto garantito nella CEDU può, dunque, essere invocata quando il mancato intervento riguardi attività di protezione civile⁸¹, imprese di proprietà statale⁸² e finanche imprese private⁸³, le quali, per tale via, si ergono a «catalizzatori della responsabilità di Stato»⁸⁴.

La violazione può dipendere dal mancato adempimento dell'obbligo di protezione di vita, incolumità o salute tanto dal punto di vista sostanziale, quanto da quello procedurale; i due profili, come più volte ricordato dalla Corte, sono, infatti, assolutamente indipendenti, sebbene uniti dall'obiettivo comune della prevenzione⁸⁵.

Secondo una perspicua distinzione dottrinale, l'inadempimento degli obblighi *sostanziali* in contesti di attività pericolose può riguardare misure cc.dd. istituzionali o di contesto, e misure cc.dd. pratiche o *ad hoc*⁸⁶. Nelle prime, rientrano la predisposizione di una cornice legale-amministrativa e tutte le conseguenti attività di analisi, autorizzazione, controllo e via dicendo; le seconde, di contro, atten-

⁷⁸ L'inversione tra momento dell'antigiuridicità e momento della rimproverabilità corrisponde alla scansione logica solitamente seguita dalla Corte, evidentemente diversa rispetto a quella seguita dai giudizi nazionali nell'analizzare i reati.

⁷⁹ A. SACCUCCI, *La protezione dell'ambiente*, cit., p. 527. Nel senso di una possibile equiparazione, per prima, *Guerra et al.*, cit., § 58.

⁸⁰ *Öneryildiz*, cit., § 71.

⁸¹ *Budayeva et al.*, cit., § 149 ss., relativa al sistema di protezione da smottamenti; *Kolyadenko et al.*, cit., § 162 ss., relativa ad una diga e relativo bacino idrico.

⁸² *Brincat et al.*, appl. 60908/2011, 24.6.2014, § 6, 104, relativa ad un cantiere navale; *Fadeyeva*, cit., § 11, 79 ss., relativa ad un'acciaieria.

⁸³ *Guerra et al.*, cit., § 12, 57 ss., relativa ad una fabbrica di fertilizzanti agricoli; *Dubetska et al.*, cit., § 11, 82 ss., relativa ad una fabbrica di carbone originariamente statale e successivamente privatizzata.

⁸⁴ A. BONFANTI, *Imprese multinazionali*, cit., p. 50.

⁸⁵ D. XENOS, *The positive obligations of the State*, cit., pp. 98 s.

⁸⁶ D. XENOS, *Asserting the right to life*, cit., pp. 241 ss.; ID., *The positive obligations of the State*, cit., pp. 107 ss., 116 ss.

gono ai presidi materiali di sicurezza nonché alle attività di informazione delle persone esposte al pericolo derivante da una data attività. È frequente che l'inadempimento abbia ad oggetto entrambi i profili⁸⁷.

Anche gli obblighi *procedurali*, a dispetto dell'apparenza, presentano una funzione intrinsecamente preventiva: nonostante vengano attivate a danno ormai verificatosi, le misure di tutela giurisdizionale debbono essere orientate alla protezione dei diritti umani in chiave anticipata⁸⁸, cosicché possano dispiegare efficacia deterrente a fronte di attività pericolose per la vita umana⁸⁹.

(II) Affinché possa essere chiamato a rispondere della violazione di un diritto umano, lo Stato deve averne avuto (o, quantomeno, deve averne potuto avere) *conoscenza*. Questo requisito si atteggia diversamente a seconda che la violazione derivi da un'interferenza (obblighi negativi) ovvero da un'omissione (obblighi positivi)⁹⁰: nella prima ipotesi, la conoscenza ha ad oggetto l'atto stesso di interferenza e, conseguentemente, si dà per nota⁹¹; nella seconda ipotesi, viceversa, la conoscenza riguarda l'esposizione del soggetto al pericolo per il diritto umano di cui si lamenta la violazione e, benché la Corte configuri un'inversione dell'onere⁹², allo Stato è concesso di provare la propria estraneità, sia in caso di disastri c.d. naturali⁹³, sia in caso di disastri artificiali⁹⁴, specie se materialmente riconducibili a comportamenti di privati. Il fatto che lo Stato, in tutte le sue articolazioni, sia a conoscenza del pericolo in cui versa un individuo può essere di-

⁸⁷ Cfr. *Kolyadenko et al.*, cit., 172 ss., ove la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 2 CEDU sia nei difetti di pianificazione delle aree di esondazione, sia nella prolungata cattiva manutenzione del bacino idrico poi straripato. Analogamente, in relazione all'art. 8 CEDU, *Dubetska et al.*, cit., § 118, 122, ove la Corte ha ravvisato la responsabilità dello Stato per carenze regolamentari e per mancata ricollocazione abitativa degli abitanti esposti all'inquinamento.

⁸⁸ D. XENOS, *Asserting the right to life*, cit., p. 247; ID., *The positive obligations of the State*, cit., pp. 191 s.

⁸⁹ *Budayeva et al.*, cit., § 138. Su simili premesse, ad esempio, la Turchia è stata condannata ex art. 2 CEDU per aver limitato il procedimento penale – avente ad oggetto l'omicidio causato da un'esplosione – a contravvenzioni a tutela (non della vita, bensì) dell'ordine pubblico, peraltro punite in modo blando e con pena sospesa (*Öneryıldız*, cit., § 116 ss.), ed ai sensi dell'art. 8 CEDU per non aver dato esecuzione ad una sentenza interna che aveva vietato le estrazioni minerarie, in quanto ritenute pericolose per la salute pubblica (*Taskin et al.*, cit., § 118 ss.).

⁹⁰ D. XENOS, *The positive obligations of the State*, cit., pp. 73 ss, 82 ss.

⁹¹ Perché sia esclusa la responsabilità, lo Stato dovrà fare affidamento su elementi diversi, in particolare sull'adeguato bilanciamento fra interessi contrapposti (si pensi alle giustificazioni ex art. 8 § 2 CEDU).

⁹² Dettata dalla tecnicità della questione e dalla dispersione delle informazioni, certo meglio governabile da parte delle pubbliche autorità. A. SIRONI, *La tutela della persona in conseguenza di danni all'ambiente*, cit., p. 25; E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente*, cit., pp. 168 s.

⁹³ *Budayeva et al.*, cit., § 135.

⁹⁴ *Fadeyeva*, cit., § 131 ss.

mostrato anche da condotte *ex-post*, come un condono edilizio di un'abitazione illegalmente costruita in un'area a rischio incidente rilevante⁹⁵.

La conoscenza del pericolo incide, altresì, sul corretto adempimento dei doveri di informazione sui rischi per salute e incolumità pubblica, sebbene in misura parzialmente differente a seconda che a venire in rilievo sia l'art. 2 ovvero l'art. 8.

Nessun dubbio qualora il pericolo sia (relativamente) certo: a tali condizioni, la Corte ammette la responsabilità dello Stato per mancata informazione alla popolazione esposta tanto in caso di disastri artificiali⁹⁶ quanto in caso di disastri naturali⁹⁷. Maggior distanza tra le due norme si coglie, per converso, nelle situazioni in cui il pericolo, nel momento in cui viene condotta una certa attività, sia incerto, remoto o persino ipotetico⁹⁸.

In linea generale, in condizioni di incertezza/mutevolezza scientifica, la tendenza pare essere quella di progressiva *proceduralizzazione* degli obblighi di tutela: il vaglio della Corte di Strasburgo non si appunta tanto sull'accertamento degli effetti dannosi prodotti da un certo evento – sia esso naturale o antropico –, quanto sul grado di *coinvolgimento* e *informazione* delle persone interessate da parte delle autorità nazionali⁹⁹.

(III) La Corte precisa costantemente che gli Stati vantano un ampio margine di apprezzamento in ordine alle misure da adottare affinché i diritti umani delle persone sottoposte alla loro giurisdizione siano effettivamente protetti¹⁰⁰. Si tratta di assunto valido anche in materia di prevenzione dei disastri; si registrano, tuttavia, alcune significative differenze a seconda che venga in rilievo l'art. 2 ovvero l'art. 8.

⁹⁵ In proposito, Öneriyildiz, cit., § 100 ss., 104 ss.

⁹⁶ Öneriyildiz, cit., § 90, 108.

⁹⁷ Budayeva et al., cit., § 155; Kolyadenko et al., cit., § 181 s.

⁹⁸ In questa direzione, la Corte, ad esempio, ha negato che l'omessa comunicazione delle informazioni sugli effetti di esperimenti nucleari condotti negli anni Sessanta integrasse la violazione del diritto di cui all'art. 2 CEDU (*L.C.B. vs United Kingdom*, 9 giugno 1998, § 39; *McGinley and Egan vs United Kingdom*, appl. 21825/1993, 9 giugno 1998, § 101). Viceversa, la natura più sfumata del pericolo *sub art. 8* CEDU comporta l'anticipazione della soglia in corrispondenza della quale lo Stato è tenuto a informare le persone esposte circa i possibili rischi connessi ad una certa attività. Così, l'inadempimento dell'obbligo di informazione è stato ravvisato in relazione ai rischi ambientali derivanti da una fabbrica di fertilizzanti (*Guerra et al.*, cit., § 60.), ai rischi sanitari connessi all'impiego di sostanze tossiche per l'estrazione di minerali (*Tatar*, cit., § 115) e, in tempi più recenti, ai rischi per la salute derivanti dall'attività di immersione senza che fossero state comunicate ai sommozzatori le modalità più sicure per effettuare la c.d. decompressione rapida (*Vilnes et al.*, cit., § 233 ss.).

⁹⁹ A. SACCUCCI, *La protezione dell'ambiente*, cit., p. 524; C. HILSON, *Risk and the European Convention on Human Rights: towards a new approach*, 2010, disponibile su https://www.reading.ac.uk/web/files/law/CYEL_Hilson_article_2_June_final.pdf, pp. 8, 18; M. PACINI, *Principio di precauzione e obblighi di informazione a protezione dei diritti umani*, *Giorn. dir. amm.* 2014, 6, p. 589. Si veda anche *Manual on human rights and the environment*, cit., pp. 75 ss.

¹⁰⁰ D. XENOS, *The positive obligations of the State*, cit., pp. 146 ss.

Nelle (meno frequenti)¹⁰¹ sentenze aventi ad oggetto la violazione del diritto alla vita, la Corte è solita adottare un approccio nettamente a favore del ricorrente, specie laddove si sia effettivamente verificato un decesso. L'unico limite, come già rammentato, è costituito dal non poter imporre allo Stato un onere di attivazione 'impossibile o assolutamente sproporzionato'¹⁰², che estenda oltremisura i confini della sua responsabilità; al di fuori di questi casi limite, comunque, i ricorsi per violazione dell'obbligo positivo di protezione della vita trovano appiglio nel primo paragrafo dell'art. 2 CEDU, il quale non menziona il limite della proporzionalità (che non è dunque criterio determinante ai fini del giudizio)¹⁰³.

Ben più complesso, invece, il discorso relativo all'art. 8 CEDU¹⁰⁴: secondo i giudici europei, le autorità nazionali si trovano nella 'posizione migliore' per decidere le politiche generali le misure individuali più adeguate, pur nel rispetto dei bisogni della collettività; in tali situazioni, dunque, la Corte deve limitare il proprio sindacato a manifesti errori di apprezzamento nella realizzazione del giusto equilibrio tra interessi contrapposti (ad esempio, interesse alla salute in capo a un singolo individuo e interesse al lavoro in capo ai dipendenti di una fabbrica)¹⁰⁵.

5. *Diritti umani in cattivo Stato:*

l'Italia alla prova degli articoli 2 e 8 della CEDU

In Italia, l'attenzione dei commentatori è principalmente focalizzata sulle soluzioni adottate sul piano del diritto penale individuale e, più recentemente, sulle potenzialità della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti¹⁰⁶. Volgendo gli occhi oltralpe, tuttavia, notiamo, in parallelo, un significativo aumento dei ricorsi volti a far dichiarare la responsabilità dello Stato italiano per violazione

¹⁰¹ N. DE SADELEER, *Enforcing EUCHR principles*, cit., p. 62; in toni critici, E. IMPARATO, *The right to life passes through the right to a healthy environment: jurisprudence in comparison*, *Widener law rev.* 2016, vol. 22, p. 134.

¹⁰² *Budayeva et al.*, cit., § 135.

¹⁰³ D. XENOS, *Asserting the right to life*, cit., p. 236; esprime qualche perplessità C. GRABENWARTER, sub art. 2, in *The European Convention on Human Rights. A commentary*, London 2014, p. 23.

¹⁰⁴ In dottrina, N. DE SADELEER, *Enforcing EUCHR principles*, cit., pp. 64 ss.; E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente*, cit., pp. 159 ss.; A. SACCUCCI, *La protezione dell'ambiente*, cit., pp. 518 s.; A. SIRONI, *La tutela della persona in conseguenza di danni all'ambiente*, cit., pp. 19 ss.

¹⁰⁵ Cfr. *Fadeyeva*, cit., § 116 ss., 133, nella quale la Corte, accertata l'omessa regolamentazione dell'attività industriale, ha affermato la responsabilità dello Stato convenuto adducendo che, pur a fronte del pregiudizio sofferto, alla ricorrente non era stata concessa la possibilità di trasferirsi altrove.

¹⁰⁶ G. AMARELLI, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, *Cass. pen.* 2016, 1, p. 405.

degli obblighi di protezione della vita e della salute umana. In quest'ottica, il «‘processo ai poteri’ [dello] Stato che [...] è venuto meno alla sua posizione di garante dei diritti fondamentali della cittadinanza»¹⁰⁷ riceve una sorta di *upgrade*: dall'accertamento di responsabilità dei rappresentanti dello Stato *uti singuli*¹⁰⁸, si passa all'accertamento di responsabilità dello Stato *nella sua interezza*, in tutte le sue articolazioni politiche, istituzionali e amministrative.

Muovendo da questa premessa, saranno analizzate due pronunce relative ad alcune note vicende di profondo degrado ambientale e sanitario, l'una inerente all'art. 8, l'altra relativa all'art. 2; poi, valutando, quindi, se e a quali condizioni il modello di responsabilità statale poc'anzi descritto possa trovare applicazione in riferimento ad un'altra vicenda, altrettanto nota e 'disastrosa'.

5.1. Il diritto al rispetto della vita privata e l'emergenza rifiuti in Campania

La c.d. 'emergenza rifiuti' in Campania rappresenta, al tempo stesso, una precondizione legale e un prodotto in senso lato *giuridico*: è una *precondizione* se consideriamo il quadro fattuale (deposito incontrollato di rifiuti, inefficienza del sistema di raccolta, mal funzionamento degli impianti di smaltimento ecc.) che, nella prima metà degli anni Novanta, impose al legislatore di ricorrere ad una forma di legislazione, per l'appunto, emergenziale; è un *prodotto* nel senso che il consolidamento della legislazione emergenziale, negli anni, ha determinato la parallela stabilizzazione – anzi, l'aggravamento – dell'emergenza stessa, anche – quasi per paradosso – *dopo* la revoca dello stato (giuridico) d'emergenza¹⁰⁹. Si tratta d'emergenza, insomma, propriamente *politica*, nel senso che le sue cause, prossime e remote, sono per larga parte riconducibili all'operato di chi avrebbe dovuto tempestivamente affrontarla¹¹⁰. In tale frangente, il diritto penale ha in-

¹⁰⁷ F. FORZATI, *Irrelevanza penale del disastro*, cit., p. 24, il quale parla di disastri ambientali 'di matrice politico-amministrativa' (*op. cit.*, p. 26).

¹⁰⁸ Sebbene, anche sul piano individuale, spesso gli obblighi di protezione e sicurezza posti a carico dei garanti abbiano carattere non personale bensì *sistemico*, nel senso che, specialmente i soggetti in posizione apicale nella catena di controllo, «in tanto potranno prevenire o 'impedire' [...] gli eventi dannosi in quanto adempiano ai fondamentali obblighi di coordinamento, collegamento e di informazione, funzionali all'efficace attuazione delle misure [...] necessarie a fronteggiare l'emergenza». A. GARGANI, *Profili di responsabilità penale*, cit., p. 230.

¹⁰⁹ Per i vari passaggi storici, rinviamo a L. BARONI, *Le principali sentenze di condanna dell'Italia per mala gestio dell'emergenza rifiuti in Campania e la perdurante violazione della normativa europea*, *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2015, 2, p. 615, e ai richiami ivi contenuti.

¹¹⁰ Questa la definizione di R. BARTOLI, *Regola ed eccezione*, cit., pp. 170 s., il quale, tuttavia, riconduce quella dei rifiuti nella categoria di 'emergenza ambientale', nel senso che «riconosciuta l'incapacità gestionale della politica e appurate eventuali specifiche responsabilità, l'unica cosa che rimane da fare è intervenire rapidamente con mezzi idonei a fronteggiare l'emergenza, non avendo alcuna utilità immediata una riflessione sul passato».

dubbiamente svolto un ruolo di spicco, venendo utilizzato sia come strumento sanzionatorio dell'abuso del potere pubblico¹¹¹, sia come scudo a difesa dell'emergenza medesima¹¹², ormai assurta a tratlatizia condizione di normale amministrazione¹¹³.

L'emergenza *normalizzata* si pone quale 'prova di resistenza' dei diritti fondamentali¹¹⁴, tanto dell'accusato, quanto di chi tale normalizzazione è costretto a subire.

Ai fini della nostra indagine, merita soffermarsi sul secondo aspetto. L'emergenza-rifiuti pare rientrare nel modello di 'illecito statale' descritto in precedenza: lo Stato, da una parte, ha tollerato il consolidarsi di una crisi sanitaria complessa e grave, comprovata da indagini istituzionali¹¹⁵; dall'altra, con il protrarsi dello stato d'emergenza¹¹⁶, non solo non ha risolto i problemi connessi al ciclo dei rifiuti ma, di fatto, ha finito per acuirli, «favorendo una progressiva de-responsabilizzazione dei livelli di governo dal basso verso l'alto»¹¹⁷. È in questo contesto di devianza organizzativa diretta dallo Stato che si sviluppa il caso sfociato poi in condanna nei confronti dell'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU¹¹⁸.

¹¹¹ F. FORZATI, *Irrelevanza penale del disastro*, cit., pp. 32 ss., secondo il quale il disastro ambientale, in Campania, era divenuto «vero e proprio obiettivo politico-amministrativo»; prova ne sia la più frequente contestazione di reati contro la Pubblica Amministrazione che non contro la pubblica incolumità.

¹¹² Le molteplici fattispecie che hanno *normativizzato* l'emergenza come elemento di fattispecie hanno favorito la nascita di un 'diritto penale differenziato' o 'dell'eccezione', potenzialmente in conflitto – nonostante i successivi salvataggi per mano della Corte costituzionale – con svariati principi penalistici fondamentali. In tema, C. RUGA RIVA, *Stato di emergenza e delimitazione territoriale. Verso un nuovo diritto penale dell'eccezione?*, Riv. it. dir. pen. proc. 2009, 3, p. 1089; F. RAMACCI, *Emergenza rifiuti: riflessioni sul nuovo sistema sanzionatorio 'speciale'*, Amb. svil. 2009, 4, p. 327.

¹¹³ Sul paradigma della 'permanenza della temporaneità', M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, Napoli 2010, part. pp. 49 s.

¹¹⁴ G.M. FLICK, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Giur. it. 2008, 3, p. 781.

¹¹⁵ Uno studio condotto tra il 2004 e il 2007 consentiva di evidenziare, in una prima fase, l'innalzamento del rischio di mortalità associata a tumori dello stomaco, del fegato, dell'apparato respiratorio, della vescica e via dicendo; in una seconda fase, il nesso geografico tra area con più alta incidenza tumorale e area più colpita dallo smaltimento illegale di rifiuti. L'esistenza di uno stringente nesso tra causale tra esposizione a siti di smaltimento e patologie in aumento nella Regione è stata sconfessata da uno studio del 2012 commissionato dal Ministero della Salute all'Istituto Superiore di Sanità; nello studio, in ogni caso, è stato confermato che la situazione di lungo degrado ambientale-sanitario che interessa la Campania potrebbe avere serie ripercussioni sulla salute della popolazione.

¹¹⁶ Emblema di un Paese «incapace di gestire il territorio e i servizi secondo normali criteri di amministrazione, prevenzione e programmazione». C. RUGA RIVA, *Stato di emergenza e delimitazione territoriale*, cit., p. 1090.

¹¹⁷ V. CARDINALE, *Il caso Di Sarno et al. contro Italia: riflessioni sul rapporto tra tutela dell'ambiente, diritto alla salute e gestione dei rifiuti, federalismi.it* 15 febbraio 2013, p. 4.

¹¹⁸ *Di Sarno et al. vs Italy*, appl. 30765/2008, 10 gennaio 2012, part. § 7 ss., per una puntuale ricostruzione delle vicende normative connesse all'emergenza.

La vicenda trae origine dal ricorso alla Corte di Strasburgo da parte di diciotto cittadini residenti nel Comune di Somma Vesuviana, in provincia di Napoli: come certificato da numerosi documenti allegati, tale Comune era da ritenersi uno fra i più colpiti dall'emergenza rifiuti; su tali basi, i ricorrenti denunciavano, in particolare, la violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU) e del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), consistita nella inadeguatezza del quadro legislativo-amministrativo di riferimento, nella mancanza di misure adatte al buon funzionamento della raccolta dei rifiuti e, infine, nell'assenza di informazione pubblica circa i pericoli derivanti dall'inquinamento ambientale¹¹⁹. La Corte riconduce le doglianze esclusivamente all'art. 8 e, sconfessate le obiezioni del Governo, ricostruisce l'addebito allo Stato italiano in termini di violazione di obbligo positivo¹²⁰: da una parte, viene accertata la violazione dell'art. 8 CEDU sotto il profilo sostanziale, avendo lo Stato omesso di adottare misure ragionevoli e adeguate idonee a tutelare i diritti degli interessati al rispetto della vita privata, al rispetto del domicilio e, più in generale, al godimento di un ambiente sano e protetto¹²¹; dall'altra, per converso, viene rigettata la doglianza relativa alla violazione del dovere di informazione, che la Corte stima correttamente adempiuto mediante la pubblicazione, nel 2005 e nel 2008, di due indagini sui rischi ambientali e sanitari connessi al ciclo dei rifiuti commissionate dalla Protezione Civile¹²². Nell'accertare la responsabilità della Repubblica italiana, la Corte sembra propendere a favore di un approccio di tipo precauzionale, che supera il doppio criterio del 'pregiudizio concreto alla vita'/'livello minimo di severità' elaborato nella precedente giurisprudenza in materia ambientale¹²³: i giudici di Strasburgo, per un verso, attribuiscono ai ricorrenti la qualità di vittime *ex art. 34 CEDU* senza richiedere la prova della compressione del diritto umano alla salute *nella propria individualità*¹²⁴; per un altro, ritengono applicabile l'art. 8, senza pretendere la dimostrazione di un danno grave e diretto alla vita privata e familiare¹²⁵. Lo Stato

¹¹⁹ Quanto ai profili relativi all'art. 13 CEDU, *Di Sarno et al.*, cit., § 114 ss., su cui V. CARDINALE, *Il caso Di Sarno et a. contro Italia*, cit., pp. 10 ss.

¹²⁰ *Di Sarno et al.*, cit., § 105; nel senso dell'assimilabilità tra principi applicabili agli obblighi positivi e principi applicabili agli obblighi negativi, già *López Ostra*, cit., § 51; *Guerra et al.*, cit., § 58.

¹²¹ *Di Sarno et al.*, cit., § 110 ss. La Corte EDU censura la prolunga inerzia delle autorità pubbliche, che ha pregiudicato i diritti degli interessati a prescindere dal fatto che la crisi dei rifiuti, nella sua fase più acuta, sia durata 'soltanto' cinque mesi.

¹²² *Di Sarno et al.*, cit., § 113.

¹²³ M. FERRARA, *La sentenza Di Sarno e Altri contro Italia*, cit., pp. 167 s.

¹²⁴ *Di Sarno et al.*, cit., § 108. Pare realizzarsi, qui, quel processo di diluizione dei limiti derivanti dal requisito della qualità di 'vittima' in precedenza auspicato dalla dottrina. Cfr. A. SACCUCI, *La protezione dell'ambiente*, cit., pp. 527 s.

¹²⁵ In quest'ottica, è stato detto, «la Corte non aggiunge nulla dal punto di vista 'soggettivo', ossia con riguardo al tipo di *vulnus* subito dai ricorrenti»; emerge, così, «una prudenza forse ecces-

viene dichiarato responsabile *semplicemente* sulla base del rischio (implicito) connesso alla cattiva gestione del ciclo dei rifiuti. La condanna, in altri termini, «si basa su una doppia presunzione: da un lato, si presume che l'accumulo d'immondizia in centri abitati, addebitabile al cattivo funzionamento dell'attività suddetta, sia idoneo ad arrecare pregiudizio al godimento del diritto alla vita privata e familiare; dall'altro, l'attività di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti è considerata *a priori* come pericolosa»¹²⁶. In definitiva, emerge una responsabilità di Stato sostanzialmente *oggettiva*, nella quale il legame tra obbligo di adozione di misure per impedire il pregiudizio di un diritto e pregiudizio stesso tende a sfumare.

La disastrosa gestione del ciclo dei rifiuti nella Regione Campania lascia impregiudicata la possibilità di nuovi ricorsi volti a far dichiarare la responsabilità dello Stato. In proposito, giova segnalare che è tuttora pendente un ricorso avanzato da diciannove cittadini residenti nei Comuni di Caserta e San Nicola La Strada, i quali denunciano, in particolare, la violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU) e del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) derivante dalla emissioni nocive e dall'accumulo di percolato presso la discarica 'Lo Uttaro'¹²⁷.

5.2. Il diritto alla vita e il caso Ilva

Con 'caso Ilva' intendiamo riferirci all'insieme dei procedimenti instaurati dalla Procura di Taranto in relazione all'attività dell'omonimo impianto siderurgico. I capi d'imputazione del processo principale, in particolare, spaziano dall'avvelenamento di acque destinate al consumo umano al disastro innominato doloso fino all'omissione dolosa di cautele, passando per una nutrita serie di reati ambientali: in estrema sintesi, ai gestori nonché a svariati funzionari pubblici, si rimprovera la complessiva degradazione ambientale-sanitaria di un'estesa area circostante l'impianto; tale degradazione, come dimostrato dalle perizie chimico-ambientale e medico-epidemiologica svolte già in fase cautelare reale, avrebbe drammaticamente inciso sulla salute e sull'aspettativa di vita della popolazione tarantina, interessata da un preoccupante incremento di tumori, specialmente polmonari, malattie dell'apparato respiratorio e complicazioni al sistema circolatorio¹²⁸.

siva [che] non aggiunge nulla alla enucleazione del *proprium* di un diritto fondamentale a vivere in un ambiente salubre». C. FELIZIANI, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre*, cit., pp. 1022 s.

¹²⁶ M. FERRARA, *La sentenza Di Sarno e Altri contro Italia*, cit., 171 s.

¹²⁷ *Locascia et al. vs Italy*, appl. 35648/2010, comunicata al Governo italiano in data 5 maggio 2013.

¹²⁸ In argomento, S. CORBETTA, *Il 'disastro innominato'*, cit., pp. 284 ss; ID., *Il 'disastro' provocato dall'ILVA di Taranto, tra forzature giurisprudenziali e inerzie del legislatore*, *Corr. mer.* 2012, 10,

Ebbene, a prescindere dai profili di giustizia penale interna, ci sembra che anche la vicenda dell'Ilva, complessivamente presa, presenti tutti i tratti sintomatici della *state negligence*: in un senso, notiamo uno Stato «assente nella lunga fase preparatoria del disastro, nonostante fosse un preciso dovere dell'amministrazione pubblica avviare seri ed approfonditi controlli finalizzati alla necessaria riduzione dei fattori di rischio»¹²⁹; in un altro, complice l'accavallarsi di più decreti d'urgenza volti a consentire la prosecuzione delle attività dei forni, assistiamo ad un «cortocircuito tra poteri dello Stato, a cui corrisponde la progressiva perdita di una chiara definizione delle linee di confine tra le funzioni esercitate dal legislatore, dall'amministrazione e dalla giurisdizione»¹³⁰.

È da questo quadro che traggono origine due specifiche vicende giudiziarie innanzi alla Corte di Strasburgo: una recentemente conclusasi con dichiarazione di irricevibilità¹³¹; l'altra tuttora pendente¹³².

La prima riguarda il ricorso di una donna residente a Taranto ammalatasi di leucemia mieloide acuta, proposto in seguito all'archiviazione del procedimento per lesioni colpose da lei stessa intentato. La ricorrente denunciava la violazione dell'art. 2 CEDU, sebbene, si badi, solamente nella sua dimensione procedurale, dolendosi, in particolare, del fatto che l'autorità giudiziaria avesse erroneamente escluso la sussistenza del nesso causale tra emissioni inquinanti e malattia¹³³. Come premesso, la Corte ha dichiarato il ricorso irricevibile, precisando, da un lato, che i documenti prodotti dalla ricorrente non dimostravano il nesso tra emissioni e leucemia nella provincia di Taranto; dall'altro, che ella aveva comunque potuto beneficiare di un procedimento condotto nel contraddittorio delle parti e concluso con un provvedimento congruamente motivato¹³⁴.

p. 867; F. FORZATI, *Irrilevanza penale del disastro*, cit., pp. 41 ss.; G. MORGANTE, *Il diritto penale nel caso Ilva, tra ospite d'onore e invitato di pietra*, *federalismi.it* 17 luglio 2013, p. 1; C. RUGA RIVA, *Il caso Ilva: profili penali-ambientali*, *lexambiente.it* 2014.

¹²⁹ F. FORZATI, *Irrilevanza penale del disastro*, cit., p. 42.

¹³⁰ F. GRASSI, *Il caso Ilva: ancora un conflitto tra legislatore e giudici*, *Riv. quad. dir. amb.* 2015, 2, p. 172. Su questi profili, si rinvia al dibattito sul primo decreto c.d. *ad Ilvam* – d.l. 3 dicembre 2012 n. 207, conv. in l. 24 dicembre 2012 n. 231 – *Il caso Ilva*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 2013, 2, pp. 5 ss. In Corte cost. sent. 85/2013 è stata rigettata la questione di costituzionalità del decreto.

¹³¹ *Smaltini vs Italy*, appl. 43961/2009, 24 marzo 2015. Sulla decisione, M. ALAGNA, *Smaltini c. Italia: irricevibilità del ricorso o rigidità del giudice?*, *Ord. intern. dir. um.* 2015, p. 562; L. FERRARIS, *Smaltini vs Italy*, cit., p. 82; D. VOZZA, *Obblighi di tutela penale del diritto alla vita ed accertamento del nesso causale*, *Riv. trim. dir. pen. cont.* 2016, 2, p. 41.

¹³² *Cordella et al. vs Italy*, appl. 54414/2013, comunicata dalla I sezione della Corte EDU il 27 aprile 2016.

¹³³ *Smaltini*, cit., § 51.

¹³⁴ *Smaltini*, cit., § 57 ss.

Si è opportunamente parlato della vicenda come d'una occasione mancata¹³⁵: per vero, non risulta pienamente comprensibile la scelta di denunciare la violazione dell'art. 2 CEDU solamente sul piano procedurale¹³⁶; considerato il dato fattuale alla base del ricorso – malattia conseguente all'esposizione alle emissioni –, immaginiamo che la donna ben avrebbe potuto addurre la violazione dell'art. 2 CEDU anche sul piano sostanziale, o, in subordine, la violazione dell'art. 8 CEDU¹³⁷, di certo astrattamente compatibile col tipo di danno patito e riconducibile alla protratta inerzia dello Stato. In ogni caso, vale la pena sottolineare che la Corte ha respinto il ricorso «senza», tuttavia, «pregiudizio alcuno rispetto ai risultati degli studi scientifici futuri»¹³⁸. La formula, sebbene piuttosto vaga, dà comunque prova del rapporto tra diritti umani e nuove tecnologie quale *work in progress*¹³⁹, restituendo l'immagine di una Corte sempre più consapevole di dover fare i conti con l'incertezza – *rectius*: la mutevolezza – delle conoscenze tecnico-scientifiche.

A testimonianza del fatto che la Corte abbia lasciato la 'porta aperta'¹⁴⁰, si segnala, per l'appunto, la dichiarazione di ricevibilità del ricorso *Cordella e altri*, avanzato da centotrenta cittadini di Taranto; nell'atto, ben più articolato del precedente, si chiede di accertare la responsabilità dello Stato italiano in ordine agli obblighi di protezione del diritto alla vita (art. 2 CEDU), del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 § 1 CEDU) nonché del diritto a un rimedio effettivo contro la violazione di un diritto (art. 13 CEDU). La decisione è attesa entro la fine del 2017.

¹³⁵ L. FERRARIS, *Smaltini vs Italy*, cit., p. 96.

¹³⁶ I procedimenti penali per morti o lesioni derivanti da esposizione ambientale, come noto, sono costellati di difficoltà, fra le quali spicca quella relativa all'esatta ricostruzione del nesso eziologico tra condotta ed evento. Ebbene, scegliendo di denunciare l'inadempimento statale dell'obbligo procedurale, la ricorrente ha di fatto 'trasferito' tale difficoltà dal Tribunale di Taranto alla Corte di Strasburgo; Corte che, diversamente, ben avrebbe potuto vagliare l'eventuale responsabilità dello Stato per la prolungata inerzia legislativa, per l'inefficienza amministrativa, per la mancata predisposizione di misure tecniche preventive ecc.; ma che, non essendovi l'obbligo assoluto che tutti i procedimenti sfocino in condanna, non poteva certo spingersi sino a censurare l'ordinanza di archiviazione, così implicitamente ravvisando la sussistenza di quel nesso causale che il G.i.p., invece, aveva motivatamente escluso.

¹³⁷ L. FERRARIS, *Smaltini vs Italy*, cit., p. 94; diversamente, M. ALAGNA, *Smaltini c. Italia*, cit., p. 564, che critica la Corte per essere «rimasta rigidamente all'interno del perimetro definito dalla doglianza» senza estendere il *petitum*, così riducendo il grado di tutela accordato al diritto alla vita.

¹³⁸ *Smaltini*, cit., § 60.

¹³⁹ T. MURPHY-G. Ó CUINN, *Work in progress: new technologies and the European Court of Human Rights*, *Hum. rig. law rev.* 2010, part. pp. 635 s.

¹⁴⁰ Così, L. FERRARIS, *Smaltini vs Italy*, cit., p. 92.

5.3. *L'amianto al crocevia di Strasburgo: il caso Eternit tra diritti dell'imputato e diritti della vittima*

Le tappe fondamentali della vicenda Eternit sono note: ai dirigenti degli stabilimenti si contestavano i delitti di disastro derivante da omissione dolosa di cautele (art. 437 co. 2 c.p.)¹⁴¹ e disastro innominato (art. 434 co. 2 c.p.) *sub specie* di disastro sanitario, interpretato come macro-evento lesivo di carattere permanente e a consumazione prolungata¹⁴²; ancora una volta, insomma, una (impropria) riscrittura della tipicità dettata da (comprensibili) esigenze di difesa sociale.

Nelle 'quattro' fasi processuali (richiesta di rinvio e tre gradi di giudizio) la riconducibilità della protratta esposizione a sostanze tossiche nel perimetro del disastro innominato non è mai stata messa in discussione. È proprio sulla base di tale impostazione che il Supremo Collegio, pur discostandosi dalle soluzioni dei giudici di merito, ha dichiarato il reato prescritto; e, prescritto, per giunta, in epoca abbondantemente precedente alla richiesta di rinvio a giudizio, con la conseguente revoca – avvertita come *ingiusta* – delle statuizioni civili¹⁴³.

Nondimeno, come lucidamente scritto, «non è possibile ritenere che la pronuncia della Corte di Cassazione abbia spazzato via, come una tempesta tropicale, ogni traccia dell'esistenza di questa drammatica vicenda»; essa, in effetti, lascia dietro di sé «una complessa e variegata eredità giuridica»¹⁴⁴, in vario modo intersecata con la galassia dei diritti umani. Sennonché, fino ad ora, l'attenzione si è pressoché esclusivamente concentrata sui diritti (*umani*) dell'accusato, sia durante la 'prima *tranche*' processuale¹⁴⁵, sia durante il 'nuovo' procedimento avviato immediatamente dopo la sentenza della Cassazione (c.d. *Eternit-bis*)¹⁴⁶.

¹⁴¹ Il delitto di omissione dolosa di cautele veniva dichiarato prescritto in secondo grado, in forza della ricostruzione della norma di cui al comma 2 dell'art. 437 c.p. quale circostanza aggravante, e non elemento costitutivo di fattispecie autonoma.

¹⁴² Il processo Eternit è stato definito con Cass. pen. sez. I, sent. 19 novembre 2014 n. 7941. In argomento, oltre ai lavori già richiamati in § 1, si vedano, fra i molti, D. CASTRINUOVO, *Il caso Eternit. Un nuovo paradigma di responsabilità penale per esposizione a sostanze tossiche?*, *Leg. pen.* 16 luglio 2015, p. 1; R. MARTINI, *Cent'anni di solitudine? Il caso 'Eternit' tra presente e futuro, ibidem* 7 aprile 2016, p. 1; L. MASERA, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, *Riv. it. dir. pen. proc.* 2015, 3, p. 1565.

¹⁴³ Cass. pen. sent. n. 7941/2014, cit., § 8.

¹⁴⁴ R. MARTINI, *Cent'anni di solitudine?*, cit., p. 27.

¹⁴⁵ Accanto alla problematica del *bis in idem*, la dottrina pone anche un problema di compatibilità tra art. 434 c.p. secondo il diritto vivente e art. 7 CEDU. In tema, D. CASTRINUOVO, *Il caso Eternit*, cit., p. 24.

¹⁴⁶ Nel procedimento *Eternit-bis*, la Procura di Torino contesta al responsabile della gestione degli stabilimenti Eternit il delitto di omicidio volontario aggravato di 258 persone tra lavoratori, familiari degli stessi e cittadini residenti nelle aree limitrofe. Come noto, vista la 'contiguità sostanziale' tra i due procedimenti, in sede di udienza preliminare, la difesa dell'imputato invocava il divieto di *bis in idem* e, conseguentemente, chiedeva pronuncia di non doversi procedere ai sensi dell'art. 649 c.p.p.;

Per converso, a quanto ci risulta, assai minor peso è stato assegnato ai diritti (altresì *umani*) delle vittime: dell'epilogo del processo Schmidheiny, delle centinaia di morti, della sofferenza imposta agli abitanti dei paesi esposti si è unanimemente parlato in termini di dramma, di tragedia, di *ingiustizia*, senza però che i profili di questa ingiustizia siano stati adeguatamente inquadrati, senza che sia stata indicata la sede in cui la violazione di tali diritti, incontestata, possa essere eventualmente fatta valere.

A nostro modesto avviso, la tipologia di danni subiti dalle popolazione per decenni esposte alle polveri d'amianto ben può rientrare nel paradigma della responsabilità di Stato da disastro elaborato alla luce della Convenzione, e in particolare costituire violazione dell'art. 2 CEDU. La conclusione è oggi corroborata dal precedente 'specifico' offerto dal caso *Brincat*, in cui la Repubblica di Malta è stata condannata per violazione degli artt. 2 e 8 CEDU per non aver impedito, rispettivamente, la morte e la contrazione di malattie respiratorie da parte di operai di un cantiere navale rimasti per anni a contatto con l'amianto¹⁴⁷.

Secondo lo schema tradizionale, è possibile analizzare la violazione dell'obbligo positivo di tutela della vita distinguendo tra aspetti sostanziali e aspetti procedurali.

(I) Dal punto di vista *sostanziale*, alla luce di quanto riportato nei tre gradi di giudizio, appaiono evidenti le carenze legislative, amministrative, pratiche e informative; ed è proprio in tale *gap* che si radicano le legittime aspettative di *giustizia* delle vittime, cui la sentenza di proscioglimento ha negato ristoro materiale e morale per la sofferenza patita.

Limitandoci al quadro legislativo, merita distinguere tra normativa extra-penale e disciplina penale. Quanto alla prima, si segnala il ritardo nella definitiva messa al bando dell'amianto (l. 27 marzo 1992 n. 257) e nell'attuazione dei provvedimenti volti a favorire la dismissione dell'amianto già in circolazione rispetto all'accertata potenzialità cancerogena della sostanza (metà anni Settanta)¹⁴⁸; è la

ne è scaturita una questione di legittimità costituzionale con conseguente declaratoria parziale di incostituzionalità (Corte cost. n. 200/2016) la quale, tuttavia, al momento fa salva la possibilità di procedere *anche* per i delitti di omicidio, nonostante il giudicato formatosi in materia di disastro innominato. In senso critico, B. LAVARINI, *Il 'fatto' al fine del bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, *Proc. pen. giust.* 2017, 1, p. 68; D. PULITANO, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, *Dir. pen. proc.* 2016, 12, p. 1588.

¹⁴⁷ La circostanza che, nel caso di specie, si trattasse di un cantiere di una compagnia pubblica (*Brincat et al.*, cit., § 6) non parrebbe costituire un ostacolo, attesa la tendenziale equiparazione, ai nostri fini, fra invocazione della responsabilità di Stato per violazioni dirette e per omesso impedimento di violazioni da parte di privati (Öneryildiz, cit., § 71).

¹⁴⁸ Da ultimo, sulle resistenze della classe politica ad adottare una seria ed efficace politica legislativa in materia di amianto (sugli aspetti prevenzionistici, di bonifica, di sorveglianza sanitaria), F. CASSON, *Magistratura, mondo scientifico e mondo politico, quali difficoltà da superare per ridurre il gioco delle interpretazioni nella dialettica del processo penale*, in *I procedimenti penali per tumori pro-*

stessa Cassazione a soffermarsi sul ritardo della Repubblica italiana nell'adequarsi alla normativa europea sul rischio da amianto, ritardo peraltro cristallizzato da una sentenza della Corte di Giustizia¹⁴⁹.

Quanto alla disciplina penale, invece, giova ricordare che l'esito infausto del processo Eternit è figlio della scelta di contestare un unico delitto di disastro in-nominato in luogo di una pluralità di delitti di omicidio: strategia processuale sì «ad alto rischio suicida»¹⁵⁰ ma, d'altronde, dettata dall'esigenza di ovviare alle «macroscopiche lacune di tutela dell'ambiente e [al] difetto di una specifica fattispecie incriminatrice volta a proteggere la salute collettiva dal pericolo conseguente all'esposizione a sostanze tossiche»¹⁵¹.

Spostandoci sul versante della 'rimproverabilità', ossia di conoscenza del pericolo, la sentenza della Corte di Cassazione dà ampiamente conto delle prove scientifiche circa la pericolosità dell'amianto, tanto per l'ambito lavorativo quanto per l'ambiente circostante¹⁵², che impediscono di considerare il disastro da amianto come 'evento occulto'¹⁵³. Si tratta di prove, in effetti, consolidate a partire dalla fine degli anni Sessanta, che non consentono di concludere circa la prevedibilità/evitabilità dell'evento in concreto sul piano individuale ma che, per converso, riteniamo possano pesare sul giudizio di responsabilità dello Stato, rimasto colpevolmente inerte pur a fronte di saperi scientifici (seppur non definitivi) sempre più nitidi e concordanti¹⁵⁴.

(II) Quanto agli obblighi di tipo *procedurale*, escluso che possa costituire violazione la contestazione del delitto di disastro piuttosto che quello di omicidio¹⁵⁵, il nodo risiede nello scarto temporale tra iscrizione della notizia di reato (2009) e conferma della cancerogenicità dell'amianto, o quantomeno della sua radicale messa al bando. Tale scarto parrebbe integrare pienamente un'infrazione dell'art. 2 CEDU sotto il profilo procedurale: l'azione penale della Procura torinese, a ben vedere, difetterebbe di quei caratteri di 'esemplare diligenza e tempestività' richiesti qualora la perdita di vite umane dipenda dall'omessa adozione di misure

fessionali: giustizia o ingiustizia?, 2016, consultabile sul sito dell'AIEA (Associazione Italiana Esposti Amianto), p. 47.

¹⁴⁹ Cass. pen. sent. 7941/2014, cit., § 8.3 del considerato in diritto.

¹⁵⁰ G.L. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale di fronte al dramma dell'amianto*, cit., p. 80.

¹⁵¹ A. GARGANI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale*, cit., p. 6. Cfr. in particolare Cass. pen. sent. 7941/2014, cit., § 4.4 del considerato in diritto.

¹⁵² Cass. pen. sent. n. 7941/2014, cit., § 2.4 della parte in fatto.

¹⁵³ Cass. pen. sent. n. 7941/2014, cit., § 8.3 del considerato in diritto.

¹⁵⁴ Sul punto, si veda *Brincat et al.*, cit., § 105 ss., ove la Corte sottolinea come il tardivo recepimento di atti internazionali volti a impedire la diffusione dell'amianto non possa certo escludere che lo Stato avrebbe comunque dovuto essere a conoscenza dei rischi connessi all'uso della sostanza.

¹⁵⁵ Non essendoci obbligo di emettere uno specifico tipo di sentenza (*Öneryıldız*, cit., § 96; *Bu-dayeva et al.*, cit., § 144; *Kolyadenko et al.*, cit., § 192), riteniamo che, a monte, non vi sia obbligo di procedere per uno specifico tipo di reato.

preventive da parte dello Stato¹⁵⁶; il sistema investigativo e giudiziario, insomma, si sarebbe rivelato inadeguato in rapporto alla prevenzione di violazioni del diritto individuale alla vita¹⁵⁷.

Ad ogni buon conto, i principi generali qui ricordati non paiono di agevole applicazione al caso di specie. In primo luogo, se è vero che gravi indizi sulla tossicità dell'amianto sono emersi ormai da decenni, non si può tuttavia escludere che gli effetti devastanti della sostanza, a livello *individuale*, si siano verificati molto tempo dopo. In altri termini, un conto è sostenere che sullo Stato gravasse obblighi preventivi prima dell'insorgenza delle malattie; un altro è sostenere che, prima dell'insorgenza delle malattie, sullo Stato incombesse, altresì, l'obbligo di avviare indagini penali.

Peraltro, sul punto, di poco conforto sono le conclusioni della sentenza *Brincat*, che sposa un approccio particolarmente restrittivo, arrivando a escludere che Malta abbia violato l'art. 2 CEDU sotto il profilo procedurale. Anzitutto, come accennato, la Corte giudica il ricorso ammissibile solo in relazione ai parenti del ricorrente deceduto, non ai ricorrenti 'semplicemente' ammalati. In aggiunta, ad avviso dei giudici, la morte per mesotelioma conseguente all'esposizione ad amianto non rientra in quel genere di attività pericolose per le quali un'indagine penale è indispensabile, considerato che tale rischio non poteva definirsi propriamente incerto o, comunque, conoscibile esclusivamente dall'autorità pubblica¹⁵⁸.

È opportuno aggiungere, comunque, che il rigore nel (non) ammettere obblighi di iniziativa penale, nell'ottica di tutela delle vittime da amianto, è compensato dalla flessibilità con cui la Corte, in sede civile, riconosce il diritto dei parenti al risarcimento per danni non patrimoniali ben al di là degli ordinari termini di prescrizione¹⁵⁹.

6. La prevenzione dei disastri come alternativa al diritto penale

L'illecito di Stato per violazione delle norme CEDU sembra attagliarsi perfettamente alla fenomenologia dei *disastri*: 'punendo' la protratta, diffusa inerzia

¹⁵⁶ *Budayeva et al.*, cit., § 142.

¹⁵⁷ Arg. ex *Öneryildiz*, cit., § 93; *Budayeva et al.*, cit., § 145; «*the fact that those responsible for endangering life were not charged with a criminal offence or prosecuted may amount to a violation of Article 2, irrespective of any other type of remedy which individuals may exercise on their own initiative*». *Kolyadenko et al.*, cit., § 190.

¹⁵⁸ *Brincat et al.*, cit., § 124.

¹⁵⁹ In *Howald Moor et al. vs Switzerland*, appl. 52067/2010, 11 marzo 2014, con commento di N. BERTOTTO, *Prescrizione e danno lungolatente tra Roma e Strasburgo*, *Forum cost.* 19 gennaio 2015, p. 1; in generale sull'art. 6 CEDU in materia ambientale, E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente*, cit., pp. 101 ss.

pubblica di fronte a situazioni pregiudizievoli per la vita, la salute e l'incolumità delle persone, questo modello di responsabilità s'indirizza al reale garante prioritario della sicurezza collettiva. L'analisi condotta in queste pagine consente di tratteggiare, seppur a grandi linee, un messaggio implicito rivolto al nostro ordinamento: la centralità della *prevenzione*, da non attuarsi necessariamente – o, comunque, preliminarmente – attraverso gli strumenti del diritto penale individuale.

L'evoluzione in materia di obblighi positivi, abbiamo visto, ha dato un impulso determinante al consolidamento del modello di responsabilità dello Stato in materia di disastri; essi, nel loro complesso, disegnano un sistema di protezione attiva dei diritti umani che non si limiti a fornire risposte *ad hoc* ma si proietti verso la prevenzione generalizzata¹⁶⁰. Ciò vale senza dubbio anche nei casi in cui dalla negligenza statale derivino conseguenze – morte di un individuo per mesotelioma, contaminazione di falda acquifera conseguente all'accumulo di rifiuti ecc. – per le quali la misura della *restitutio in integrum* risulti impossibile da adottare; si comprende perché, allora, accanto all'equa soddisfazione delle parti lese (art. 41 CEDU), la Corte in questi casi tenda «a raccomandare agli Stati membri l'adozione di comportamenti virtuosi *atti a prevenire in futuro* il ripetersi della violazione»¹⁶¹. E, anzi, in quest'ottica, la graduale estensione dell'art. 2 CEDU – vertice alto della piramide tracciata dalla Convenzione – dispiega indubbia efficacia deterrente in relazione all'attività futura dello Stato convenuto¹⁶².

L'ordinamento deve dotarsi di una politica *lato sensu* ambientale che *non insegu*a le emergenze, ma le *prevenga*¹⁶³. In questo senso, s'impone un netto mutamento di paradigma, una progettualità di ampio respiro e a vocazione integrata, multidimensionale e multidisciplinare, da attuare «mediante la pianificazione di azioni che riguardino ognuna delle principali funzioni di governo rientranti in un modello gestionale che riconosca l'esistenza di molteplici attori e portatori di interessi»¹⁶⁴. Da questo punto di vista, oltretutto, la peculiare modalità di funzio-

¹⁶⁰ D. XENOS, *The positive obligations of the State*, cit., pp. 207, 214.

¹⁶¹ M. FERRARA, *La sentenza Di Sarno e Altri c. Italia*, cit., p. 176. Secondo F. TANGUAY-RENAUD, *Criminalizing the State*, cit., pp. 268 s., il fatto che le sanzioni imposte agli Stati per la violazione di obblighi costituzionali – fra i quali, potremmo qui includere il diritto alla vita – non siano propriamente punitive, non dovrebbe portare a escludere che lo Stato possa essere responsabile di veri e propri *State crimes*.

¹⁶² A. SIRONI, *La tutela della persona in conseguenza di danni all'ambiente*, cit., p. 33.

¹⁶³ F. GRASSI, *Il caso Ilva*, cit., p. 191. Proprio analizzando il modello di responsabilità statale *ex art. 2 CEDU*, in dottrina si è sottolineato che l'obbligo di protezione della vita umana dev'essere attuato mediante strumenti non emergenziali (D. XENOS, *Asserting the right to life*, cit., p. 241). Per opinione dominante, comunque, si tratta di obbligazione di mezzi, non di risultato (A. BONFANTI, *Imprese multinazionali*, cit., pp. 51 ss.).

¹⁶⁴ V. CARDINALE, *Il caso Di Sarno et a. contro Italia*, cit., p. 14; la necessità programmatica multilivello è ben riassunta da F. GRASSI, *Il caso Ilva*, cit., pp. 191 ss.; sulla trasmutazione del sequestro preventivo quale misura di prevenzione *ante delictum* e sulla correlata esigenza di operare un

namento dei ricorsi alla Corte EDU rafforza le «capacità partecipative» dell'*individuo*, conferendogli l'inedito, straordinario potere di obbligare *un intero Stato* a dare priorità alla *protezione* dei diritti umani¹⁶⁵, e contribuendo, per tale via, all'affermazione dei valori di democrazia, autorevolmente ritenuti elemento indispensabile per coniugare disastri e giustizia¹⁶⁶.

La politica di prevenzione sembra fare *pendant* con la funzione altresì eminentemente preventiva che la Corte, più specificamente, riconosce a diritto e sanzione penale¹⁶⁷. Sennonché, nonostante la spinta incriminatrice promossa nel caso *Önerildiz*¹⁶⁸, l'obiettivo di prevenzione postulato dalla Corte, avuto riguardo al nostro Paese, non sembra costituire necessariamente fonte di obblighi di tutela penale¹⁶⁹.

In primo luogo, vanno esclusi obblighi di incriminazione – intesi come obblighi di introduzione di nuove fattispecie – nonché divieti di depenalizzazione in senso lato: la disciplina in materia di ambiente e di sicurezza collettiva, a ben guardare, già si caratterizza per la sua ampia portata applicativa; essa, come noto, racchiude pressoché ogni ipotesi di infrazione, dalle micro-violazioni tabellari alla compromissione di interi ecosistemi. Una vera e propria ipertrofia legislativa che non solo non s'è rivelata idonea a impedire il deturpamento dell'«ambiente» ma, anzi, per opinione concorde, è tra i fattori che contribuiscono a pregiudicare l'efficacia dell'intero impianto punitivo.

In via generale, è difficile prospettare anche obblighi procedurali, come abbiamo visto parlando di Eternit e come, d'altronde, dimostra il caso *Smaltini*. In dottrina, si è evidenziato che la diversa funzione della Corte EDU rispetto alle corti nazionali, da una parte, consente il ricorso a standard probatori diversificati; dall'altra, esclude che la Corte stessa resti vincolata ai risultati dei processi penali interni; ciò, nel rispetto dell'autonomia di cui gode lo Stato nell'esercizio del po-

nuovo bilanciamento tra principi costituzionali, P. TONINI, *Il caso Ilva induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo*, *Dir. pen. proc.* 2014, 10, p. 1153.

¹⁶⁵ D. XENOS, *The positive obligations of the State*, cit., pp. 3, 205; già in precedenza ID., *Asserting the right to life*, cit., p. 252: «*within this framework, individuals can constitutionalise their claims and acquire direct course of action to force human rights standards on industries whose minimum content is determined by guaranteeing the right to life in absolute priority*».

¹⁶⁶ Così, citando il premio Nobel Amartya Sen, R. VERCHICK, *Disaster justice*, cit., pp. 61 s.

¹⁶⁷ F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, cit., p. 202 s.

¹⁶⁸ Per L. LAZARUS, *Positive obligations and Criminal justice: duty to protect or to coerce?*, *Oxf. leg. stud. res. pap.* 2013, 41, p. 7, la sentenza *Önerildiz* rappresenta un esempio di come la protezione del diritto alla vita possa avere un forte impatto nel modellare il sistema penale.

¹⁶⁹ Sull'argomento, fra i molti, S. MANACORDA, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, *Riv. it. dir. pen. proc.* 2012, 4, p. 1364; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, pp. 255 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa 2009, pp. 167 ss.; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2645; con spiccati accenti critici sulla tendenza «vittimo-centrica», V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., pp. 47 ss.

tere punitivo, non impedirebbe che l'attività degli organi giudiziari nazionali, pur formalmente corretta, possa essere concretamente sottoposta al sindacato dei giudici di Strasburgo¹⁷⁰. Premessa certamente condivisibile; eppure, in questo specifico frangente, è difficile ipotizzare che lo Stato sia chiamato a rispondere, ad esempio, per le conseguenze derivanti dalla scelta di contestare una certa fattispecie piuttosto che un'altra¹⁷¹ (prescrizione del reato contro l'incolumità pubblica, mancato accertamento del nesso causale del reato contro la vita), oppure per intempestività dell'azione penale, specie in situazioni di incertezza/mutevolezza scientifica¹⁷². Diversamente, lo Stato può adempiere all'obbligo procedurale di rispetto della vita, incolumità e salute pubblica attraverso canali ulteriori, come la concessione al privato della facoltà di partecipare al procedimento amministrativo volto a regolamentare una data attività pericolosa¹⁷³.

Residuerrebbero, infine, quelli che la dottrina definisce genericamente 'obblighi di prevenzione', consistenti nel dovere di adottare ogni misura pratico-operativa necessaria, per l'appunto, a prevenire i rischi alla vita che provengano da comportamenti criminali di terzi¹⁷⁴ (ad esempio, l'insorgenza di un tumore connessa all'inquinamento industriale). Ancora una volta, tuttavia, è lecito nutrire qualche dubbio circa l'opportunità di perseguire tale fine col mezzo penale: l'esperienza degli ultimi vent'anni dimostra che, in materia di disastri, lo strumento penale – adoperato come improprio succedaneo d'una politica di gestione dei rischi assolutamente carente¹⁷⁵ –, in aperta contraddizione con la propria funzione di *extrema ratio*, spesso è arrivato *per primo*, è arrivato *da solo* ed è arrivato *male*, vestendo i panni del convitato di pietra¹⁷⁶ e appesantendo, così, un sistema già affetto da «gigantismo autoreferenziale e afinalistico»¹⁷⁷.

¹⁷⁰ F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, cit., pp. 163 ss., il quale, tuttavia, seppur prima del 2004, in parte accenna alle peculiarità delle violazioni del diritto alla vita (anche gravi) in contesti di attività industriali pericolose. *Op. cit.*, pp. 207 ss.

¹⁷¹ È quanto avvenuto, ancora, in *Öneryıldız*, cit., § 116 s., ove la violazione dell'aspetto procedurale dell'art. 2 CEDU è dipeso anche dalla scelta della magistratura turca di procedere per reati contro la pubblica amministrazione anziché per reati 'esplicitamente' orientati a tutela della vita e dell'incolumità pubblica.

¹⁷² Da questo punto di vista, anzi, la responsabilità statale ai sensi della CEDU rappresenta una valida traduzione *giuridica* (e non meramente etica o politica) del principio di precauzione, con l'indubbio pregio di addossare sulle autorità pubbliche, e non sui privati, l'incombenza di fronteggiare fenomeni scientificamente incerti.

¹⁷³ Chiaramente, sul punto, D. XENOS, *The positive obligations of the State*, cit., p. 188.

¹⁷⁴ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 272 ss.

¹⁷⁵ Sull'indebito utilizzo del diritto penale, peraltro filtrato dal procedimento cautelare reale, per governare i rischi e prevenire reati futuri, D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa*, cit., pp. 45 ss., il quale riconduce il c.d. decreto *ad Ilvam* in un'area contesa tra due modelli d'intervento: quello giurisdizionale e quello politico-legislativo.

¹⁷⁶ L'efficace richiamo è di G. MORGANTE, *Il diritto penale nel caso Ilva*, cit., part. p. 6.

¹⁷⁷ F. FORZATI, *Irrelevanza penale del disastro*, cit., p. 7.

Beninteso: la difficile compatibilità tra schemi penalistici e disastri, da un lato, e l'assenza di autentici obblighi di incriminazione, dall'altro, non necessariamente debbono portare al radicale abbandono del diritto penale in contesti caratterizzati da macro-eventi offensivi. Non rientrando negli obiettivi di questo lavoro analizzare le alternative sanzionatorie alle tradizionali fattispecie codicistiche¹⁷⁸, ci limitiamo a segnalare che un'adeguata politica legislativa e amministrativa di gestione dei rischi, realmente indirizzata alla prevenzione, rappresenta la naturale *precondizione* affinché l'apparato repressivo – comunque esso sia strutturato – possa, a livello *individuale*, ambire all'efficacia. In questa direzione, dunque, l'obbligo gravante sullo Stato è quello di delineare un modello organizzativo di prevenzione dei disastri – *rectius*: dei delitti di disastro – in prospettiva multilivello, cosicché tra potere pubblico e condotte dei privati s'instauri un rapporto dia-logico continuo, ispirato ai canoni propri della *corporate governance*¹⁷⁹.

L'illecito da violazione della CEDU in materia di disastri sanziona la 'mancata interferenza' da parte dello Stato a fronte di situazioni pericolose, magari già evolute in danni, colpendo la creazione di un contesto favorevole non solo all'impunità per determinati reati ma, ancor prima, alla loro commissione. Attraverso principi in via di progressivo consolidamento, la giurisprudenza di Strasburgo mira a stigmatizzare la priorità della tutela della vita e della salute in contesti pericolosi, da realizzarsi attraverso leggi aggiornate, amministrazione efficiente, controlli sistematici, misure pratiche adeguate, risposte giudiziarie pronte ed effettive. Nella consapevolezza che non è irrogando sanzioni penali individuali 'fuori tempo massimo' e 'a campione' che lo Stato può pretendere di colmare la propria assenza; e che, comunque, la forzatura della legalità da parte del giudice – per quanto 'ben intenzionato'¹⁸⁰ – non può certo essere considerato la corretta modalità con cui affrontare la violazione dei diritti umani¹⁸¹.

¹⁷⁸ Fra le ipotesi sul campo: la rimodulazione delle sanzioni, l'integrale amministrativizzazione delle sanzioni penali, il sistema delle agenzie regolatrici, i modelli pan-penalistici di co-gestione del rischio, la responsabilità delle persone giuridiche.

¹⁷⁹ V. ESPOSITO, *Danno ambientale e diritti umani*, *Dir. pen. cont.* 12 novembre 2012, p. 9; chiarissimo sul punto M. PACINI, *Principio di precauzione e obblighi di informazione*, cit., pp. 590 s., secondo il quale i valori di trasparenza e partecipazione appaiono orientati a fini non solo di controllo e legittimazione, ma anche «di attivazione dei soggetti privati per la migliore protezione dei propri diritti e l'assunzione delle più appropriate decisioni pubbliche».

¹⁸⁰ Di 'autoritarismo ben intenzionato della giurisprudenza' capace di trasformare istanze di giustizia in abusi, parla D. PULITANÒ, *Crisi della legalità*, cit., pp. 53 ss.

¹⁸¹ In questo senso, argutamente, *Brinca et al.*, cit., § 52: «*an occasional lapse by a good-hearted judge [...] could hardly be considered the right way of dealing with human rights violations*».

GHERARDO MINICUCCI

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL DOLO
DI BANCAROTTA PATRIMONIALE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Alcune premesse sul ruolo della sentenza dichiarativa – 3. Il requisito inespresso dello stato d'insolvenza – 4. Un'analisi sistematica del dolo (delle fattispecie) di bancarotta – 5. Sulla compatibilità dei “segnali di allarme” (e del dolo eventuale) col dolo di bancarotta – 6. Sulla tipicità soggettiva della bancarotta patrimoniale pre-fallimentare – 7. Conclusioni.

1. *Introduzione*

L'assetto complessivo dei delitti di bancarotta ha una genesi lontana, che riecheggia alcuni connotati storici imprescindibili costituenti un necessario punto di partenza per orientare un'indagine consapevole su illeciti che “*sono venuti su come piante selvatiche fuori del recinto coltivato dai giardinieri del diritto penale*”, ed il cui “*difetto di coltivazione scientifica si avverte prima di tutto sul piano legislativo*”¹. Difatti, essi continuano ad essere legati a doppio filo alla nozione storica e normativa di “fallimento”, la quale evoca l'inganno e la frode, in uno con i violentissimi portati *lato sensu* sanzionatori della sua valutazione: mentre negli ordinamenti anglosassoni le procedure concorsuali divengono progressivamente una garanzia per il fallito (spesso considerato un *honest but unfortunate debtor*), assicurandosi la pena solo ai casi di frode², la tradizione giuridica continentale³ (ed in particolare italiana) ha mantenuto quasi indenne un assetto normativo nel quale il fallimento è stato (ed in parte, ancora oggi, è) presuntivamente meritevole di pena⁴, e nel quale i delitti di bancarotta hanno altresì costituito semplicemente “prove” o “indizi” di quest'ultimo.

¹ CARNELUTTI, *Recensione a Nuvolone, Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 254.

² Da ultimo, per un quadro d'insieme della disciplina fallimentare e penale, cfr. ARTALE, *I reati concorsuali nel sistema giuridico statunitense. Spunti comparativi per una revisione interpretativa dei reati fallimentari*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2016.

³ In tema cfr. DANNECKER, *Il diritto penale tedesco dell'insolvenza: tutela necessaria o ostacolo all'economia?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 357 ss.

⁴ Tornano alla mente le parole di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con il commento di Voltaire*, Roma 2012, 77, § XXXIV: “[...] io credo importante il distinguere il fallito doloso dal fallito innocente: il primo dovrebbe esser punito coll'istessa pena che è assegnata ai falsificatori delle monete, poiché il falsificare un pezzo di metallo coniato, che è un pegno delle obbligazioni de' cittadini, non è

In ogni caso, l'interprete deve oggi fare i conti con la staticità del settore penalistico della legislazione fallimentare e pervenire a risultati accettabili e costituzionalmente compatibili, annullando fin dove possibile l'assenza assoluta di frammentarietà che fa del Titolo VI della legge fallimentare un corpo normativo pieno, privo di lacune, ed anzi caratterizzato dalla tendenziale sovrapposibilità di molte delle ipotesi di reato ivi contenute (causata, ad esempio, dal vorace concetto di "distrazione"). Tali condizioni, al contrario, hanno condotto allo sviluppo di una giurisprudenza che complessivamente si apprezza per la sua generale lontananza dai principî primi dell'ordinamento penale, che sfumano e si perdono nel "particolarismo fallimentare".

Nondimeno, le componenti teleologiche ordinamentali devono necessariamente riacquisire il loro ruolo fondativo della costruzione dogmatica⁵: in un momento storico in cui si assiste ad una sorta di "delega" – espressa⁶ od occulta⁷ – al diritto vivente per la tipicizzazione degli illeciti, il ruolo dell'interprete trova un vigore che deve in qualche modo essere messo a frutto nel senso della valorizzazione dei (restanti) principî. In questo senso, la sfida per il recupero delle fattispecie di bancarotta ai canoni del diritto penale sembra doversi giocare, essenzialmente, su una rinnovata attenzione al piano del ruolo dell'elemento psicologico e della sua efficacia conformativa sul fatto.

Difatti, uno sguardo profondo sul diritto penale fallimentare consente di avvedersi immediatamente che la legislazione – e di riflesso la giurisprudenza – soffre di due macro-patologie. Da un lato, v'è la scarsa tecnicità delle norme incriminative

maggior delitto che il falsificare le obbligazioni stesse. Ma il fallito innocente, ma colui che dopo un rigoroso esame ha provato dinanzi a' suoi giudici che o l'altrui malizia, o l'altrui disgrazia, o vicende inevitabili dalla prudenza umana lo hanno spogliato delle sue sostanze, per qual barbaro motivo dovrà essere gettato in prigione, privo dell'unico e tristo bene che gli avanza di una nuda libertà, a provare le angosce dei colpevoli [...]?"

⁵ In termini cfr. PAGLIARO, *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano 2006, 1601.

⁶ Basterà in questa sede riferirsi alla relazione al disegno di legge A.S. n. 19 del Sen. Prof. Nico D'Ascola, nella seduta del 31 marzo 2015, sul tema della rilevanza penale delle valutazioni nell'ambito delle fattispecie di false comunicazioni sociali: "La nostra Corte di cassazione dovrà valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti. [...] il relatore a tal proposito non dà alcuna risposta, perché non la deve dare: ci mancherebbe altro che la desse. Noi non siamo la Corte di cassazione che dà risposte giurisprudenziali: questo è un tema che la giurisprudenza affronterà. Ripeto, il relatore ha la sua risposta, ma non avrebbe alcuna efficacia e alcun significato vincolante, pertanto il relatore ritiene di non poterla dare, bensì di non dover dare alcuna risposta su questo aspetto".

⁷ Si pensi, ad esempio, alle riforme che hanno introdotto il delitto di autoriciclaggio (legge 15 dicembre 2014, n. 186) e i cc.dd. "eco-delitti" (legge 22 maggio 2015, n. 68); ovvero alla questione della determinatezza degli eventi-condizioni nel reato di atti persecutori, pur a fronte dell'intervento della Corte costituzionale (sentenza 11 giugno 2014, n. 172, con nota di GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, 2738 ss.).

minatrici, chiaramente legate a concettualizzazioni di matrice civilistica (per di più risalenti) e sconnesse dai canoni del codice penale; il “particolarismo” è ulteriormente favorito dagli impalpabili argomenti fondati sulla c.d. “unitarietà della bancarotta”, rievocanti tesi dottrinali elaborate sotto l’impero del codice di commercio del 1882, ultra-valorizzando il disposto dell’art. 219 l.f. e sostanzialmente annullando le caratteristiche proprie dei singoli illeciti. Dall’altro lato, la pregiudiziale “sostanziale” imposta dalla necessità della previa dichiarazione di fallimento mantiene quest’ultimo al centro del palcoscenico del sistema di tutela, con una enfattizzazione che induce meccanismi presuntivi di identificazione e di ascrizione della responsabilità: il rischio è quello della consacrazione implicita di un diritto penale autoriale, proprio in ragione di un tipo di autore che viene strutturalmente “dichiarato” e posto in (tendenzialmente immutabile) premessa ad ogni giudizio per bancarotta⁸.

Più in generale, pare non del tutto peregrino il dubbio sull’idoneità del causalismo puro a far fronte ai temi che vengono sollevati in questo ambito. Sia chiaro: certamente la selezione causale delle condotte è uno strumento efficace e necessario nell’opera selettiva dell’illecito penale, ma laddove al fallimento si attribuisca valore consustanziale all’illecito, nella veste di requisito accentratore lo stesso disvalore penale (assoluto o differenziale), si finisce con l’aver già individuato il termine finale, legato per presunzioni – inesprese, ma chiaramente presenti – a condotte che verranno ritenute eziologicamente adeguate unicamente in una prospettiva *ex post*⁹.

Prima di pervenire alla descrizione dei connotati del dolo di bancarotta, nell’ottica di voler fornire un contributo ricostruttivo, sono necessarie alcune tappe argomentative intermedie, rivolte alla messa a fuoco degli aspetti oggettivi del fatto tipico e alla descrizione del minimo comun denominatore subiettivo del sistema di tutela.

In questo senso, la prima operazione consiste nella chiara individuazione del ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento, nonché del collegamento oggettivo-soggettivo con il soggetto agente del suo sostrato materiale.

Secondariamente, occorrerà porre i singoli delitti di bancarotta in ottica sistemica, lumeggiando distinzioni e tratti comuni: dalla particolare conformazione delle fattispecie post-fallimentari, nelle quali la declaratoria civile riveste il ruolo di presupposto della condotta; alle fattispecie a dolo specifico, che nel movente tipizzato riscontrano la loro peculiarità, pur nella costante equivalenza san-

⁸ DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d’uscita da una condizione di perenne “specialità”*, in *Jus*, 2011, 67.

⁹ In questi termini 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. econ.*, 2000, 609.

zionatoria (eccettuato l'art. 216, comma 3); all'indifferenza dell'elemento soggettivo delle fattispecie di bancarotta semplice; infine, alle ipotesi relative alla dinamica collegiale delle decisioni, quanto mai delicate poiché costituiscono il luogo concettuale in cui trovano riparo forme di responsabilità oggettiva, quando non addirittura per fatto altrui.

In sostanza, si proverà a valorizzare la parificazione del trattamento sanzionatorio di chi commette un fatto prima del fallimento rispetto a chi lo commette consapevolmente dopo l'intervenuta declaratoria civile, comportando essa un'equivalenza di disvalore oggettivo, ma anche la medesima rimproverabilità sotto il profilo soggettivo.

Il tema si lega alla collocazione dell'elemento soggettivo nella teoria del reato e all'influenza di questo sul fatto tipico, in quanto fattore conformativo, oltre che ascrittivo: com'è stato persuasivamente osservato, *“persino un cane distingue tra l'essere colpito da una persona che gli inciampa sopra e l'essere preso a calci”*¹⁰. Si allude alla trasmigrazione del dolo e della colpa – o, meglio, di una loro “misura” – dalla colpevolezza al *Tatbestand*, secondo una interpretazione che si sta consolidando anche nella più recente giurisprudenza di legittimità delle Sezioni Unite, allo scopo di restaurare la precisa fisionomia tipica-offensiva degli illeciti¹¹.

Il modello teorico indicato pare funzionale alla messa in luce di distinzioni che non solo intervengono tra fattispecie dolose e colpose, ma anche tra fattispecie ugualmente dolose, seppur sorrette da un dolo di tipo diverso, più ricco, finalisticamente orientato. Si noti: non s'intende proporre una diversa ed eccentrica forma di dolo, bensì sottolineare che nelle ipotesi fraudolente il dolo generico sembra doversi necessariamente connotare secondo una rafforzata considerazione dell'insolvenza e dei profili volontaristici, con conseguente esclusione del dolo eventuale.

In questo senso, pertanto, si andrà alla ricerca delle tracce della volontà nell'azione, nelle sue modalità, nei suoi presupposti, nella sua direzione e nel suo oggetto: alla ricerca, in breve, della fisionomia del “dolo di frode”, già in qualche modo evocato nell'insegnamento di DELITALA¹² e presente anche in CARRARA, il quale era netto nel distinguere chi originava *“maliziosamente il suo fallimento con fraude preordinata ad arricchirsi a danno dei suoi corrispondenti”*, da chi, diversa-

¹⁰ HOLMES, *The Common Law*, Londra 1882, 3.

¹¹ Cass. pen., SS.UU., 25 febbraio 2016, nn. 13681 e 13682, entrambe in CED, *rv.* 266589 e 266595, rispettivamente p. 10 e p. 8: “[...] se è vero che lo sviluppo del progetto normativo ha in più occasioni mostrato di preferire la considerazione dei tratti più obiettivabili rifuggendo dai profili interiori, tuttavia, come ormai comunemente ritenuto, anche l'elemento soggettivo del reato penetra nella tipicità oggettiva. Ciò è particolarmente chiaro nell'ambito della colpa, ove rileva il tratto obiettivo della violazione della regola cautelare. Ma anche nell'ambito del dolo condotta e colpevolezza si intrecciano”.

¹² DELITALA, *Il reato di bancarotta nel progetto del nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, 129; ID., *Studi sulla bancarotta*, Padova 1935, 63.

mente, sottraeva sostanza all'attivo fallimentare "sospinto dalla miseria nella quale vedesi ruinato e che come marea montante gli opprime il cuore"¹³.

2. Alcune premesse sul ruolo della sentenza dichiarativa

Guardando alle molteplici soluzioni proposte nella sterminata letteratura sul tema del ruolo della sentenza dichiarativa, si palesa la (quasi) comune convinzione che, per restituire concreta offensività alle fattispecie di bancarotta, l'interprete debba arricchire in via ermeneutica il disposto normativo con elementi ulteriori, anche testualmente inespressi, ma logicamente presupposti dalle norme incriminatrici¹⁴.

Un'operazione preliminare che pare ineludibile concerne la scelta del lessico da impiegare, soprattutto a fronte di un disposto legislativo spiazzante¹⁵, nell'ambito del quale emerge il distacco della bancarotta dall'insolvenza (richiamata invece nell'art. 218), nonostante quest'ultima costituisca un concetto del quale è del tutto chiara la base normativa (art. 5, comma 2, l.f.).

Com'è già stato autorevolmente proposto, sembra necessario delimitare tre diverse nozioni, con diverse connotazioni e diverse funzioni¹⁶.

¹³ CARRARA, *Pensieri sulla nozione di bancarotta*, in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, V, Prato 1881, 159 e 162. Il bancarottiere fraudolento sarebbe così distinguibile sotto un triplice profilo: morale, in quanto mosso da spietata avidità, contro la buona fede altrui; giuridico, poiché l'illecito appare inequivocabilmente mosso da una spinta volontaristica maggiore; "politico", poiché l'illecito si sviluppa, nell'ipotesi fraudolenta, quando l'insolvenza non si è ancora manifestata mediante una formalizzazione giudiziale, così beneficiando della fiducia dei terzi estranei. Sul tema cfr. TETI, *La bancarotta nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind. pen.*, 2011, 798 ss.

¹⁴ Per un'aggiornata panoramica dei diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali cfr. FONDAROLI, *La collocazione della sentenza dichiarativa di fallimento nella struttura dell'illecito penale*, in CARLETTI (a cura di), *I reati nel fallimento e nelle procedure concorsuali*, parte di BRICOLA-ZAGREBELSKY (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino 1990, 202 ss.; COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, in PALAZZO-PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*², Padova 2007, 1141 ss. e 1151 ss.; CASAROLI, *Disposizioni penali*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*⁶, Padova 2013, 1408 ss.; ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, in PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale*, II, Torino 2013, 361 ss.; ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano 2016, 13 ss. Per un'interessante disamina dei più risalenti orientamenti dottrinali, anche della dottrina commercialistica, cfr. PERDONÒ, *Fatti di bancarotta e declaratoria di fallimento: dal problematico inquadramento dogmatico ad una proposta de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 447 ss.

¹⁵ Difatti, da un lato, gli artt. 216 e 217 fanno espresso richiamo alla sentenza dichiarativa di fallimento; dall'altro lato, l'art. 217, comma 1, n. 4 evoca il "dissesto", così come gli artt. 223, comma 2, n. 1, e 224, comma 1, n. 2; infine, si recupera ancora il fallimento quale evento della previsione dell'art. 223, comma 2, n. 1 (anche se viene generalmente ricondotto al dissesto/insolvenza, proprio in ragione del fatto che svolgerebbe il ruolo di evento del reato).

¹⁶ Circa la necessità di distinguere il fallimento dall'insolvenza e, più in generale, i concetti-base della disciplina, cfr. CRESPI, *I trent'anni della legge fallimentare: bilancio e prospettive di riforma*.

α) Lo *stato di insolvenza*, secondo la nozione fallimentare, è la condizione di strutturale incapacità di soddisfare le obbligazioni assunte, alla scadenza pattuita e con normali mezzi di pagamento; costituisce il presupposto essenziale per la dichiarazione di fallimento, e si qualifica per il non essere transeunte e sviluppata su un arco temporale non meramente momentaneo, anche se non necessariamente definitivo (la reversibilità, infatti, non esclude la condizione d'insolvenza).

β) Il *dissesto* è un evento quantitativo: rappresenta un apprezzabile squilibrio di risorse economiche che assume rilevanza solo unitamente all'insolvenza, essendo altrimenti indifferente ai fini delle procedure concorsuali in senso stretto. A differenza della prima, può essere concepito in termini gradati, di misurabilità (finanche di "aggravamento", così come statuisce l'art. 224, n. 2, l.f.), laddove l'insolvenza è invece uno *status* soggettivo insuscettibile di sfumatura¹⁷.

γ) Il *fallimento*, infine, rappresenta un dato processuale, un fatto di terzi – del Tribunale fallimentare, anche ove richiesto in proprio – ancorato al presupposto sostanziale qualificante dello stato di insolvenza e limitato ai soggetti e alle soglie di rilevanza previsti (art. 1 l.f.), al quale sembra doversi assegnare una funzione puramente condizionante della punibilità (nella specie della condizione estrinseca), essendo del tutto slegato dal disvalore del fatto tipico. Anche al di là della formulazione testuale della norma, militerebbero in tal senso due diversi indici sistematici: da un lato, la clausola prevista all'art. 238, comma 2¹⁸, che consente

ma, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 125 ss.; PERINI A., Il "cagionamento del dissesto": la nuova "banca-rotta da reato societario" al banco di prova della causalità, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 723 ss.; DONINI, *Per uno statuto*, cit., 48 ss.; FLORA, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 899 ss.; VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2013; CHIARAVIGLIO G., *Il fallimento è evento dei reati di bancarotta? La lesione del bene tutelato e la sua imputabilità nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 697 ss.; SPINOSA, *Nuova procedura da sovraindebitamento e sanzioni penali: è nata la bancarotta del piccolo imprenditore e del consumatore?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 787 ss.; FIORELLA-MASUCCI, *I delitti di bancarotta*, in AA.VV., *Gli effetti del fallimento*, parte di VASSALLI-LUIISO-GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, Torino 2014, 885 ss.; SGUBBI, *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 687 ss.; FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova 2015, 325 ss.

¹⁷ Contra ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., 29.

¹⁸ TRANCHINA, *Riflessioni intorno all'art. 238 legge fall.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 720 ss.; MANGANO, *La pregiudiziale fallimentare nei reati di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 703 ss.; ID., *La dichiarazione di fallimento nei reati di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1194 ss.; PAGLIARO, *Disposizioni di procedura*, in CONTI, *Il diritto penale dell'impresa*, Padova 2001, 679 ss.; SGUBBI, *Crisi d'impresa*, cit., 667 ss. Vale la pena di ricordare, *ad adiuvandum*, che il disposto dell'art. 63 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 prevede che il Pubblico Ministero possa chiedere il fallimento dell'imprenditore i cui beni sono soggetti a sequestro di prevenzione, nonostante la

l'avvio del procedimento penale anche in assenza della sentenza dichiarativa; dall'altro il regime della cognizione delle questioni pregiudiziali imposto dagli artt. 2, 3 e 479 c.p.p.¹⁹. Diversamente opinando, se la dichiarazione svolgesse un ruolo fondativo dell'offensività dei delitti in esame, così come costantemente affermato in giurisprudenza²⁰, si dovrebbe correlativamente ammettere il paradosso di un processo penale iniziato (o proseguito) in assenza di una cospicua "porzione" del fatto tipico che si intende addebitare²¹.

Ricapitolando, l'insolvenza sarebbe un elemento testualmente inespresso delle fattispecie di bancarotta, e nondimeno necessariamente legato alla loro configurazione²², laddove il dissesto si inserirebbe nella prospettiva dell'imprenditore – già, o divenuto – insolvente, determinando il grado di offesa agli interessi dei creditori; infine, il fallimento, esterno al fatto, costituirebbe una condizione estrinseca di punibilità.

Alcune considerazioni ulteriori sembrano avvalorare le argomentazioni svolte.

provvisoriamente della misura. In tema cfr. SGUBBI, *Parte generale*, in AA.VV., *Gli effetti del fallimento*, cit., 875 ss.

¹⁹ Com'è noto, sovvertendo le regole degli artt. 18-21 c.p.p. 1930, l'art. 2 dispone che il giudice penale risolve in piena autosufficienza ogni questione da cui dipende la decisione; coerentemente, l'art. 3 c.p.p. circoscrive entro limiti rigorosi l'ambito di rilevanza delle questioni pregiudiziali e la possibilità di sospendere il procedimento in attesa della sentenza civile definitiva; infine, l'art. 479 c.p.p. estende la regola della sospendibilità del procedimento quando la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente.

²⁰ Merita sottolineare che, durante la pubblicazione del presente volume, si è aperta una breccia in un orientamento altrimenti indiscusso – salva la *rara avis* "Corvetta" (Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 437 ss., con nota di MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, *ivi*) – sin dall'intervento delle Sezioni Unite nel 1958 (Cass. pen., SS.UU., 25 gennaio 1958, n. 2, in *Giust. pen.*, II, 1958, 513 ss.) che hanno dato avvio alla nota tesi del fallimento come "elemento essenziale del reato". Il riferimento è, in particolare, a Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 13910, in *CED*, *rv.* 269388, nella quale si sovverte decisamente il traluzio impianto motivazionale, sposando l'idea che la sentenza dichiarativa costituisca una mera condizione obiettiva di punibilità: "la dichiarazione di fallimento, ponendosi come evento estraneo all'offesa tipica e alla sfera di volizione dell'agente, costituisce una condizione obiettiva di punibilità, che circoscrive l'area di illiceità penale alle sole ipotesi nelle quali, alle condotte del debitore, di per sé offensive degli interessi dei creditori, segua la dichiarazione di fallimento". Sul tema specifico, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e bibliografici, sia permesso rinviare a MINICUCCI, *Maccheroni stare decisivi? Il ruolo del fallimento tra elemento essenziale, evento e condizione obiettiva*, in *Parola alla difesa*, 2/2017, di prossima pubblicazione.

²¹ Così, per tutti, CASAROLI, "Fallimento" e bancarotta: una convivenza difficile ma obbligata, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa*, cit., 317 e in particolare nota 124.

²² Cfr. PAGLIARO, *Principi penalistici*, cit., 1604: "[...] non vi è differenza di efficacia giuridica tra norme espresse e norme inesprese (purché, ovviamente, anche queste ultime derivino in modo univoco da disposizioni vigenti)"; *amplius* NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Milano 1972, in particolare 35 ss. e 111 ss.

La marginalizzazione del ruolo del fallimento ha storicamente imposto alla dottrina di immaginare l'offesa ai creditori come requisito implicito della condotta²³, ovvero di concepire il presupposto della "zona di rischio"²⁴, allo scopo di emancipare i delitti di bancarotta dalla prospettiva di fondarsi semi-esclusivamente su fattori che attengono alla collocazione economico-sociale dell'individuo ed alle sue attività (e, dunque, di essere meramente parte del rischio sociale²⁵). Difatti, una lettura superficiale della bancarotta pre-fallimentare non solo non manifesta la necessità che l'insolvenza sia già acclarata (né tantomeno dichiarata), ma consente anche di affermare che la stessa non sarebbe necessaria.

Tre, tuttavia, sembrano gli argomenti decisivi per virare decisamente verso la centrale rilevanza del requisito inespresso dell'insolvenza.

In primo luogo, militano in tal senso le già indicate ragioni di sistema, nonché l'identità di pena tra fattispecie pre- e post-fallimentari, nell'ambito delle quali svolge pacificamente un ruolo determinante, quasi fondativo.

In secondo luogo, com'è chiaramente messo in evidenza dalle dottrine della "zona di rischio" e della imputazione obiettiva dell'insolvenza²⁶, scollegare l'azione

²³ DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta* (1926), ora in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano 1976, 723 ss.; MANTOVANI F., *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 456 ss.; ZANOTTI, *Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni di punibilità*, in *Arch. pen.*, 1984, 82 ss.; PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 898 ss.; PEDRAZZI, *Sub art. 216*, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227*, parte di GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna-Roma 1995, 11 ss.; D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2013, 357 ss.; ROSSI A., *I reati fallimentari*, in ANTOLISEI (a cura di GROSSO), *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II³, Milano 2014, 39 ss.; ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 111 ss.; MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario tra teoria e prassi?*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2015.

²⁴ NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano 1955, 28; BRICOLA, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1967, 594; DURIGATO, *Ancora un interrogativo sulle condizioni obiettive di punibilità*, in *Ind. pen.*, 1989, 735; LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano 1999, 244 e 249 ss. (pur senza riferimento alla zona di rischio e con riguardo ad un bene giuridico di natura patrimoniale); LANZI A., *Interpretazione giurisprudenziale della bancarotta patrimoniale nel sistema penale*, in *Il fall.*, 2013, 565 ss.; CASAROLI, *"Fallimento" e bancarotta*, cit., 314 ss.

²⁵ In tema è obbligato il riferimento a SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna 1990, 7 ss.

²⁶ DONINI, *Per uno statuto*, cit., 53; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2006, 138 ss.; ID., *I pagamenti preferenziali nella bancarotta* (art. 216, comma 3, l. fall.): *frode ai creditori e colpa grave come limiti "esterni" alla fattispecie. Il rischio non più consentito come elemento oggettivo "interno"*, in *St. Iuris*, 1999, 143 ss.; BARTOLO,

del reo dalla consapevolezza di un'afferenza della condotta alle condizioni economiche dell'impresa significa destrutturare la logica stessa del reato, privandolo proprio dell'attitudine "fraudolenta" che ne costituisce requisito caratteristico.

In terzo luogo, si può sottolineare che l'irrelevanza di un collegamento tra fatto tipico e insolvenza accredita l'idea che sia concepibile una fattispecie a compartimenti stagni, in cui è necessario operare una scelta di valorizzazione alternativa rispetto alla condotta o al fallimento: nel primo senso, è evidente che si finirebbe col reprimere la mera trasgressione dell'etica imprenditoriale, peraltro alla mercé dell'eventuale "arbitrio dirigista" del giudice; nel secondo caso, al contrario, si rischierebbe di tornare all'equazione tra fallimento e bancarotta, laddove la seconda finisce sostanzialmente per essere una condizione obiettiva del primo (o un suo "indizio")²⁷.

3. *Il requisito inespresso dello stato d'insolvenza*

Imposta la distinzione concettuale tra insolvenza, dissesto e fallimento, occorre chiedersi quali siano il contenuto, la qualificazione e il meccanismo imputativo della prima, nella sua veste di elemento inespresso, ma centrale, per un'interpretazione costituzionalmente orientata dei delitti di bancarotta.

Sul versante del contenuto, la nozione non può che essere recuperata dall'art. 5, comma 2, l.f. nei termini anzidetti; tuttavia, occorre specificare che essa non deve legarsi ai requisiti dell'art. 1 l.f. in qualità di "soglie di offensività" delle norme incriminatrici, posto che, da un lato, esse non intendono limitare l'operatività dei delitti, e che, dall'altro, afferendo i criteri dell'art. 1 alla soggettività di chi è ammesso alle procedure concorsuali, e non alla gravità dell'offesa

Bancarotta e infedeltà patrimoniale infragruppo. La distrazione seguita dal fallimento, Roma 2009, 89 ss.; PISANI N., *Attualità dell'offesa e "zona di rischio penale" nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in ID. (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino 2010, 17 ss.; CORNACCHIA, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013, 268 ss.; NISCO, *Il nesso oggettivo tra bancarotta fraudolenta patrimoniale e insolvenza*, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa*, cit., 379 ss.

²⁷ Non dissimilmente da quanto affermato da BONELLI, *Del fallimento*, in ANDRIOLI (a cura di), *Commento al Codice di Commercio*, III, Milano 1939, 316, o da CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova 1939, 504 ss., secondo cui il fallimento costituirebbe l'elemento (costitutivo) decisivo del reato, rispetto al quale la bancarotta opera in termini puramente condizionanti; ovvero da ROCCO AL., *Il fallimento*, Torino 1917, 117 ss., che teorizzava la sussistenza di una duplice presunzione (di causa e colpevolezza) tra fatto e fallimento; ovvero ancora da LONGHI, *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, Milano 1930, 75 ss., ROVELLI, *Reati fallimentari*, Milano 1952, 12 ss., e PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano 1955, 1301 ss. (il quale, tuttavia, successivamente aderirà alla teoria condizionale; cfr. ID., *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano 1974, 2611 ss.), uniti nel legare presuntivamente la condotta all'evento-fallimento.

dell'illecito, esse risultano interferenti unicamente con la dichiarazione di fallimento in quanto tale (in funzione di condizione obiettiva estrinseca)²⁸.

Quanto al ruolo dello stato di insolvenza, il fatto che la punibilità sia legata alla sentenza dichiarativa consente di affermare che quest'ultima costituisce un indice del pericolo derivante dal nesso di rischio e di concludere per la sufficienza della relazione tra la condotta e il pericolo dell'insolvenza in termini di presupposto o di conseguenza²⁹; si tratta del nucleo centrale delle argomentazioni proprie dei teorici dell'imputazione obiettiva³⁰, il cui maggior merito consiste proprio nell'aver chiaramente messo in luce l'importanza del rapporto di rischio rilevante necessario per l'ascrizione dell'evento, determinato o incrementato dalla condotta del reo³¹, con esclusione, dunque, degli esiti derivati da un "rischio consentito"³².

La scelta della collocazione di un simile giudizio sul piano obiettivo è notoriamente al centro del più ampio dibattito: sia sul piano della teoria generale, risolvendosi – secondo un consolidato orientamento – in una "duplicazione" concettuale del giudizio di colpa³³; sia sul piano specifico degli illeciti in esame, posto che ogni condotta di bancarotta tipizzata – salva, in parte, l'ipotesi preferenziale – presenta uno spiccato disvalore d'azione, cosicché parrebbe difficilmente individuabile il "rischio consentito" al di fuori del riferimento allo stato d'insolvenza. Difatti, se la teoria ha il merito di provare a "selezionare" tra i fatti causalmente legati alla condotta, circoscrivendola, specie con riguardo ai reati a forma libera³⁴, non sembra riuscire nel medesimo intento con riferimento ai reati a forma vinco-

²⁸ La ricostruzione appena delineata sembra poi confermata dalla possibilità di aggiornamento delle soglie previste mediante fonte regolamentare, che sarebbe illegittimamente disposta in relazione ad un settore dell'offensività del fatto. Cfr. DONINI, *Per uno statuto*, cit., 42 e, in una prospettiva generale, ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., 1732.

²⁹ Sul punto, con riferimento ad un necessitato "contesto qualificato di rischio", cfr. FOFFANI, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: le proposte del progetto "Eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, cit., 2330 ss.

³⁰ DONINI, *Per uno statuto*, cit., 56; NISCO, *Il nesso oggettivo*, cit., 379; PISANI N., *Attualità dell'offesa*, cit., 17 ss.; BARTOLO, *Bancarotta e infedeltà*, cit., 89 ss.

³¹ CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino 2013, 110 ss.; DONINI, voce *Imputazione oggettiva*, cit., 639.

³² ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli 1998, 83 ss. (trad. it. a cura di Sergio Moccia di *Die Problematik der objektiven Zurechnung*), 83 ss.; nella dottrina italiana, cfr. PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano 2010, 78 ss.; FORTI, *Colpa e evento nel diritto penale*, Milano 1990, 456 ss.; MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, 55 ss. e 232 ss. (con riferimento esclusivo al reato colposo).

³³ Così, su tutti, MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss.

³⁴ In tema DE VERO, *Corso di diritto penale*², I, Torino 2012, 467.

lata, nei quali il legislatore non ha inteso individuare un antecedente logico del rischio riprovevole, ma selezionare alcune forme di aggressione ad un bene giuridico ritenuto immeritevole di una più libera forma di tutela³⁵. Infine, andrebbe chiaramente risolto un ultimo interrogativo afferente il momento del giudizio di aumento di rischio: in una prospettiva *ex ante*, infatti, esso perde gran parte del suo carattere di “obiettività”, dovendosi necessariamente ancorare a dati soggettivamente o socialmente individualizzanti³⁶; in una prospettiva *ex post*, invece, la teoria sembra radicalmente perdere ogni capacità selettiva.

Tornando al tema specifico, va notato che la necessità dell’insolvenza è un’acquisizione ormai pacifica della dottrina e della giurisprudenza in tema di bancarotta preferenziale, con riferimento alla quale la tipizzazione di una condotta doverosa (qualora l’imprenditore sia *in bonis*) ha condotto ad affermare l’impossibilità di prescindere dal predetto stato, che viene talora ritenuto un presupposto della condotta³⁷, talaltra valorizzato nella prospettiva soggettiva, poiché il fine di avvantaggiare uno dei creditori non può sussistere se non quando l’impresa è prossima ad una procedura concorsuale³⁸.

In una prospettiva comparata, poi, si può rilevare che la scelta di esplicitare nel § 283 StGB la necessaria sussistenza del presupposto dello “*stato di eccessivo indebitamento o di insolvenza imminente o già in atto*” (comma 1) è confermativa di quanto già osservato, in connubio con quanto prescrive il comma 2, laddove sanziona con la stessa pena le condotte legate da un nesso di causa con l’indebitamento-insolvenza. L’ultimo comma, in base al quale si stabilisce che “*il fatto è punibile solo se l’autore ha cessato i propri pagamenti o sul suo patrimonio è stato aperto il procedimento per insolvenza, ovvero se la richiesta di apertura della procedura è stata respinta per carenza di massa*”³⁹, dà chiaramente conto, infine, della concreta possibilità di distinguere i concetti di “fallimento” e di “insolvenza”, inquadrandoli rispettivamente come condizione obiettiva e come elemento costitutivo⁴⁰.

³⁵ Contra DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento*, cit., 136.

³⁶ In tema cfr. KINDÄUSER, *Imputazione oggettiva e soggettiva del delitto doloso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 59 ss. (trad. it. a cura di Marta Borghi e Andrés Schlack di *Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt*, in *Festschrift für Joachim Hruschka*, Berlino 2005, 527 ss.), in particolare 69 ss.

³⁷ Per tutti, COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli 1987, 160 ss.

³⁸ ROSSI A., *I reati fallimentari*, cit., 154.

³⁹ Le traduzioni sono tratte da VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*², Padova 2003, 321 ss.

⁴⁰ Cfr. DANNECKER, *Il diritto penale tedesco dell’insolvenza*, cit., 357 ss.; TIEDEMANN, *Il nuovo diritto penale fallimentare tedesco da un punto di vista comparatistico*, in PISANI M. (a cura di), *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano 1991, 427 ss.

In conclusione, si deve ritenere che l'insolvenza debba essere regolarmente ascritta sotto il profilo soggettivo: occorrerà che il reo abbia non già soltanto "considerato" il danno per i creditori a mezzo di un'azione sottrattiva o di una manomissione delle scritture, ma che egli abbia violato, consapevole dello stato di insolvenza (anche "potenziale"), quella regola oggettiva che gli impone di non depauperare il proprio patrimonio⁴¹, dovendosi altrimenti ammettere la possibilità di imputare il fatto a titolo doloso unicamente per la volontà-desiderio di lesione, e non già per un connotato obiettivo significativo del medesimo⁴².

4. *Un'analisi sistematica del dolo (delle fattispecie) di bancarotta*

Come già detto, una seconda tappa argomentativa passa per l'analisi sistematica dell'elemento soggettivo delle diverse fattispecie incriminatrici.

Allo scopo, merita primariamente confrontarsi col contenuto del dolo delle fattispecie post-fallimentari, nelle quali, in ragione dell'importanza assegnata alla dichiarazione di fallimento (e ai relativi effetti giuridici), esso mostra delle caratteristiche tipiche che valgono a farne emergere segni peculiari; difatti, diversamente da quanto avviene con riferimento alla bancarotta pre-fallimentare, non solo la dichiarazione costituisce pacificamente il presupposto della condotta, ma la qualifica di fallito pare entrare a pieno titolo nei requisiti di soggettività della fattispecie⁴³.

Conseguentemente, in punto di elemento psicologico, sembrerebbe palesarsi un ingiustificabile diaframma che separerebbe le ipotesi pre- e post-fallimentari: mentre nelle prime il fallimento sarebbe una semplice condizione obiettiva, nelle seconde esso sarebbe necessariamente oggetto di rappresentazione, sotto il profi-

⁴¹ Cfr. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, 2577: "La violazione di qualche cautela è spesso oggettivamente sottostante il dolo, e se non lo è, comunque contrassegna un livello di rischio socialmente rilevante, al di sotto del quale ci sono condotte socialmente lecite o non sanzionabili, ovvero le speranze, i desideri malevoli e il peccato". Per un timido e piuttosto isolato riconoscimento giurisprudenziale della tesi proposta, cfr. *Cass. pen.*, Sez. V, 24 novembre 1977, n. 14905, in *CED*, *rv.* 137341; maggior slancio argomentativo è riscontrabile in *Cass. pen.*, Sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, in *CED*, *rv.* 269562, depositata mentre il presente volume era in corso di pubblicazione, laddove si afferma che "[...] quale che sia la collocazione della dichiarazione di fallimento all'interno della fattispecie – anche ove si candidasse quest'ultima a ricoprire il ruolo di condizione per la sola punibilità [...] –, non ne risulta comunque esclusa l'esigenza di una indagine sulla imputabilità soggettiva del pericolo concreto per la massa dei creditori, come da tempo pone in luce una parte non minoritaria della dottrina".

⁴² Così MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 34; PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano 1993, 78 ss.; FORTI, *Colpa e evento*, cit., 383 ss.

⁴³ PEDRAZZI, *Sub art. 216*, cit., 111.

lo ontologico e di significato; tale separazione, tuttavia, non ha ragione di sussistere laddove si ritenga, come proposto, che l'insolvenza sia comunque un requisito costitutivo della fattispecie, indipendentemente dalla sua dichiarazione.

Quel che è certo, invece, è che la componente psichica assume una connotazione rivolta non più al generico pericolo di diminuzione della garanzia, bensì al depauperamento dell'attivo fallimentare nella forma del danno, che vede direttamente aggrediti gli organi della procedura; tanto che nelle ipotesi documentali viene a cadere proprio il requisito del dolo specifico, posto che in casi simili il fallito "non può mirare se non ad impedire la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari, donde la inutilità di richiedere questo estremo per la incriminazione del fatto"⁴⁴. L'asserzione, pur richiamando un *dolus in re ipsa*, può essere recuperata nel senso di una seria valorizzazione della conoscenza del presupposto, che non concreti una presunzione di dolo, bensì un ridimensionamento della fattispecie tipica a fronte della perdita del fine specifico come fattore di selezione⁴⁵.

L'alleggerimento del dolo trova giustificazione nel fatto che la bancarotta post-fallimentare costituisce una c.d. fattispecie "soggettivamente pregnante", nella quale l'uso di espressioni particolarmente qualificative e significative, accompagnate da un particolare condizionamento temporale, comporta che il dolo generico implichi una più ampia volizione, rivolta ad un elemento inespresso che costituisce il profilo offensivo implicito della fattispecie⁴⁶ (senza la necessità di estendere oltre i suoi confini il dolo specifico previsto nelle altre incriminazioni⁴⁷).

Correlativamente, si deve concludere che la legge, quando ha imposto il dolo specifico, lo ha fatto al precipuo scopo di "innalzare" fattispecie dalla minor pregnanza obiettiva al livello di altre, già abbastanza "solide" da non richiedere un movente tipizzato⁴⁸: queste ultime, lungi dall'essere caratterizzate per un *quid minus*, costituiscono al contrario le fattispecie più intensamente caratterizzate in termini di offensività e più determinate – almeno nella *intentio legis* – dal punto di vista soggettivo. In questa prospettiva, pertanto, il dolo generico non deve es-

⁴⁴ *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa. Con la relazione ministeriale alla Maestà del Re Imperatore*, Roma 1942, 50.

⁴⁵ In tema PEDRAZZI, Sub art. 216, cit., 115.

⁴⁶ Così, su tutti, BRICOLA, Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo, Milano 1960, 159; da ultimo, cfr. anche PIERDONATI, Dolus e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti", Napoli 2012, in particolare 5 ss. e 65 ss.

⁴⁷ *Contra*, nel senso di rendere unitario il dolo di bancarotta sotto il segno del dolo specifico, cfr. ANTOLISEI (oggi in ROSSI A., *I reati fallimentari*, cit., 123); in senso analogo, cfr. CASAROLI, Sub art. 216, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario*, cit., 1445 ss.; CONTI, *I reati fallimentari*, in ID., *Diritto penale commerciale*, Torino 1991, 170 ss.; DE SIMONE, *La bancarotta fraudolenta*, in CARLETTI (a cura di), *I reati nel fallimento*, cit., 54; LANZI A., *La tutela penale del credito*, Padova 1979, 223; PIACENZA, *L'elemento psichico del delitto di bancarotta*, in *Giur. it.*, 1948, 123 ss.

⁴⁸ In questi termini NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 71 ss.

sere oggetto di una svalutazione, bensì valorizzato nella sua componente strettamente psicologica e, soprattutto, nella sua capacità conformatrice del fatto tipico.

Passando all'esame delle fattispecie a dolo specifico, si trovano alcune conferme della ricostruzione proposta: pur con una proteiforme fisionomia, il fine tipico assolve una funzione analoga nelle fattispecie fraudolente, mentre ha una sua autonomia con riferimento alla bancarotta preferenziale.

Nella bancarotta "da esposizione", esso si rivolge a supplire alla marcata assenza di univocità offensiva, soprattutto con riferimento all'illecito dell'art. 220 l.f., primo periodo (punibile anche a titolo di colpa, ai sensi del comma 2), nella qualità di dolo specifico differenziale⁴⁹; con riguardo alle fattispecie documentali, diversamente, l'alternatività tra dolo generico e specifico è manifesta in entrambi i sensi (entro la fattispecie pre-fallimentare, nonché tra questa e la previsione dell'art. 216, comma 2), dando piena conferma della funzione selettiva del dolo di bancarotta.

Diverso capitolo è quello relativo alla bancarotta preferenziale, connotata da peculiarità che valgono a distinguerla chiaramente dalla bancarotta fraudolenta in senso stretto: in effetti, nell'alterazione della *par condicio creditorum* non si ravvede, se non in minima misura (e con esclusivo riferimento alla condotta di simulazione di titoli di prelazione), quella attitudine ingannatoria e lesiva propria delle altre ipotesi di cui all'art. 216; non è forse casuale che il requisito del "danno per i creditori" abbia finito con l'essere considerato da taluno come evento di fattispecie, proprio allo scopo di supplire a eventuali carenze di offensività della condotta⁵⁰. In questo frangente, l'efficacia conformativa del dolo si palesa con notevole chiarezza e incidenza: senza l'apporto tipicizzante dell'elemento soggettivo, infatti, la bancarotta preferenziale costituirebbe un illecito dai chiari profili di incostituzionalità.

Il precipitato delle argomentazioni svolte può riassumersi in due ordini di considerazioni.

Da un lato, si può affermare che fattispecie in rapporto di alternatività modale (nn. 1 e 2 al loro interno) o temporale-cronologica (ipotesi pre- e post-fallimentari), anche se divergenti per formulazione, devono essere analoghe dal punto di vista disvaloriale, *humus* nel quale si evidenzia il ruolo del dolo specifico, rivolto all'irrobustimento delle fattispecie dalla minor pregnanza.

Dall'altro lato, comincia a manifestarsi il più importante tratto comune del dolo di bancarotta, consistente nella volontà diretta all'offesa dell'interesse patrimoniale dei creditori, la quale è fatta palese nei delitti a dolo specifico ed è impli-

⁴⁹ Per la terminologia impiegata cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*⁹, Padova 2015, 215.

⁵⁰ Per un approfondimento sul tema specifico, volendo, cfr. MINICUCCI, *Profili penalistici dei pagamenti "preferenziali" all'amministratore di società*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 313 ss.

citamente sottesa alle fattispecie soggettivamente pregnanti; volontà che deve definirsi “di frode” in ossequio alla rubrica dell’art. 216 ed in ragione, altresì, del mezzo non violento impiegato per il raggiungimento dello scopo.

Val la pena di sottolineare che il confronto di questi assunti con le ipotesi di bancarotta semplice, che si ripartiscono con la forma fraudolenta l’“area” del dolo⁵¹, reca una riprova di non poco momento: in primo luogo, poiché l’imprenditore conscio dell’insolvenza non sembra poter commettere un fatto assimilabile allo schema dell’art. 217, posto che le condotte descritte acquisterebbero un’immediatezza e un’univocità lesiva cui farebbe inevitabilmente riscontro l’impronta della fraudolenza; in secondo luogo, poiché la bancarotta semplice non è concepibile in forma post-fallimentare, proprio perché la dichiarata insolvenza “colorerebbe” le condotte di diverse e più gravi valenze. Pertanto, la bancarotta semplice si caratterizzerebbe per un rischio non fraudolento (essendo slegato dall’insolvenza), secondo un diverso atteggiarsi del momento rappresentativo, e, dal punto di vista psicologico, mostrerebbe un coefficiente di colpevolezza che si può sposare al dolo eventuale o alla colpa, in ragione della singola norma coinvolta. Conclusivamente, l’elemento discriminatore tra bancarotta semplice e fraudolenta non può che essere rinvenuto nel finalismo che è caratteristico della seconda, il quale deve trovare necessario riscontro nell’elemento soggettivo⁵².

5. *Sulla compatibilità dei “segnali di allarme” (e del dolo eventuale) col dolo di bancarotta*

Così delineato l’aspetto intellettuale e il necessario finalismo del dolo di bancarotta fraudolenta, occorre misurarsi con la tematica dei “segnali di allarme”, implementata dalla più generale riflessione sugli “indicatori” del dolo, la quale si sposa al connubio delle fattispecie incriminatrici in esame con la dinamica collegiale delle decisioni in ambito societario.

Com’è noto, tale concettualizzazione rappresenta la via mediante la quale, in difetto della prova del concorso, si istituisce comunque un rapporto partecipativo tra soggetti delegati e deleganti (e/o con i sindaci), retto (semi-) esclusivamente da una ascrizione a titolo di dolo eventuale. In questo contesto, appunto, è sorta l’esigenza di giovare di “indici rivelatori”, perspicui e peculiari⁵³, che con-

⁵¹ FIORELLA-MASUCCI, *I delitti di bancarotta*, cit., 943.

⁵² NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 210 ss.; PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo 1957, ora in ID., *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008*, II, Milano 2009, 92 ss.

⁵³ In giurisprudenza, è un riferimento obbligato Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, in *Le Soc.*, 2008, 902 ss., secondo cui “non può esservi equiparazione tra ‘conoscenza’ e ‘conoscibilità’ dell’evento che si deve impedire, attendendo la prima all’area della fattispecie volontaria e la seconda,

sentano di accertare che il garante ha ommesso l'azione impeditiva dell'altrui reato pur essendo stato messo di fronte a circostanze riverberate dai predetti segnali⁵⁴.

V'è da dire che la teorizzazione muove (anche) dall'intento di marginalizzare una certa prassi che più volte ha equivocato la reale conoscenza del fatto e la doverosa possibilità di pervenirvi, accertando in sostanza la colpa⁵⁵: in questo senso, si è ribadito che non è consentito equiparare conoscenza e conoscibilità, ma neppure è consentito, sul piano probatorio, "saltare" dalla colpa al dolo, considerando prova di questo la mera conoscibilità del fatto; nondimeno, l'applicazione della teorica con estensione alla forma eventuale sconta la concreta possibilità di punire condotte sostanzialmente colpose, quando non inesigibili⁵⁶. Del resto, giovarsi della ragionevole possibilità di rilevare l'illiceità dei fatti altrui quale equivalente della consapevolezza (transitando dalla possibilità all'attualità psichica), prima ancora che trasformare il dolo in colpa⁵⁷ implica una malcelata responsabilità per fatto altrui (e da posizione)⁵⁸. È appunto in questi frangenti che si manifesta l'efficacia processuale del dolo eventuale, già lucidamente definito come un "mero stratagemma probatorio"⁵⁹.

Al netto delle notevoli questioni poste dall'accertamento e dalla "processualizzazione" del dolo eventuale⁶⁰, ciò che interessa in questa sede è verificarne la

quale violazione dei doveri di diligenza, all'area della colpa". Cfr. anche Cass. pen., Sez. V, 16 aprile 2009, n. 36595, in CED, rv. 245138; Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2012, 951 ss.; Cass. pen., Sez. V, 7 aprile 2016, n. 14045, in Giur. it., 2016, 2250 ss. (con nota di CAPUTO M., *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, *ivi*, 2252 ss.).

⁵⁴ PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2013, 38.

⁵⁵ Così MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, 430. Celebre, in proposito, la massima di DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova 1930, 84 ss.: "[...] il fatto doloso è un fatto volontario che non si doveva volere, e il fatto colposo un fatto involontario che non si doveva produrre".

⁵⁶ Così, in particolare, Cass. Pen., Sez. V, 5 novembre 2008, n. 45513, in Cass. pen., 2009, 3050 ss.: "[...] nell'economia del dolo eventuale, sono di decisivo rilievo gli indici di allarme, sintomi eloquenti del fatto in itinere. [...] È altrettanto certo che la prova della responsabilità penale deve cadere pure sulla capacità di impedimento del fatto, una volta che il preposto alla posizione di garanzia abbia percepito l'evenienza dannosa. Diversamente si accollerebbe a costui un dovere connotato da inesigibilità".

⁵⁷ Chiara l'analisi di PIERDONATI, *Dolo e accertamento*, cit., 119 ss., il quale osserva che il declassamento del dolo si risolve in una responsabilità senza accertamento, "per equivalente": "[...] il fatto viene imputato 'come se' fosse sorretto dal dolo, collegando ad un certo fenomeno (la colpa) effetti propri di un altro e diverso fenomeno (il dolo), in realtà insussistente o, in ogni caso, non puntualmente accertato".

⁵⁸ CRESPI, *La giustizia penale*, cit., 1154; MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, 1040.

⁵⁹ Insuperabili le parole di PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, 1266.

⁶⁰ Per una panoramica sul tema cfr. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in Ind. pen., 1999, 527 ss.;

compatibilità concettuale con i tratti tipici dell'elemento psicologico della bancarotta fraudolenta evidenziati *supra*, anche alla luce delle indicazioni della giurisprudenza della Suprema Corte a Sezioni Unite.

Quest'ultima sembra aver chiara l'eventualità della deriva "processualistica" che può originarsi da un fraintendimento concettuale degli indici rivelatori: se, infatti, sostituire la prova degli indicatori a quella del dolo significa sostituire la prova al suo oggetto⁶¹, allora la campionatura di indici deve restare servente al mero accertamento e non contribuire a costituire l'oggetto o la struttura del dolo. Così, la giurisprudenza dichiara di propendere verso una rinnovata valorizzazione dell'elemento volontaristico, sottolineando tuttavia che nel dolo eventuale "*non vi è finalismo, non vi è rappresentazione di un esito immancabile o altamente probabile [...] non vi è volontà in azione, esteriorizzata*", dovendosi riscontrare "*qualcosa ad essa equivalente nella considerazione umana*"⁶².

È proprio quest'ultima asserzione a sbarrare il campo all'applicazione del dolo eventuale ai delitti in esame⁶³, al netto del giudizio che si può riservare in via ge-

PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 951 ss.; LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 418 ss., in particolare nota 34; FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli 2007, in particolare 22 ss. e 99 ss.; PIERGALLINI, *La regola dell'"oltre ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 593 ss.; BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza conoscibilità*, in DE FRANCESCO-PIEMONTESE-VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino 2010, 217 ss.; IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 463 ss.; ASTORINA, *Verità e problemi di imputazione soggettiva nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 924 ss.; PIERDONATI, *Dolo e accertamento*, cit., 255 ss.

⁶¹ Cfr. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità*, cit., 539: "*Così, una determinata circostanza assume ora valenza reale, ora valenza sintomatica, e la prova surroga il suo oggetto in un perverso capovolgere di funzioni*".

⁶² Cass. pen., SS. UU., 24 aprile 2014, n. 38343, in *CED*, *rv.* 261105, 149 ss., 156 ss. e 176 ss. (citazione a p. 182), con nota di EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (Thyssenkrupp)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 623 ss.; ROMANO M., *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 559 ss.; DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 77 ss.; SUMMERER, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2015, 490 ss.; BARTOLI, *Luci e ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"*, in *Giur. it.*, 2014, 2566 ss.; FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1938 ss.; RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1953 ss.

⁶³ Analogamente, cfr. ALESSANDRI, *Profili penali*, cit., 39; FIORELLA-MASUCCI, *I delitti di bancarotta*, cit., 926 ss., 944 e 948; CATENACCI, *Imputazione soggettiva e reati fallimentari: prospettive di riforma in tema di "dolo eventuale"*, in PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare*, cit., 78 ss.; PEDRAZZI, *I reati fallimentari*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI-FOFFANI-SEMINARA-SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*², Bologna 2000, 136. *Contra* PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 113; PE-

nerale a tale concettualizzazione: è infatti palese la collisione con la struttura della tipicità soggettiva della bancarotta fraudolenta sin'ora evidenziata, anche al di là dell'obiezione per la quale un reato a matrice economica non è commesso per l'eventualità che esso produca un profitto, qual che ne sia il genere, ma proprio in ragione della speranza di conseguirlo⁶⁴.

A ben vedere, una "*volontà indiretta o per analogia*"⁶⁵ non costituisce certamente un criterio di imputazione compatibile con la bancarotta fraudolenta, anche a prescindere dal fatto che la nozione di dolo eventuale offerta non rinuncia a considerare la rappresentazione come il "porto sicuro" in cui ricoverarsi⁶⁶; per come emerge, al contrario, essa sembra del tutto avulsa dalla realtà del volere: è assente il profilo centrale dell'impressione della volontà al mondo circostante, trascurandosi il carattere attivo della stessa in favore di stati mentali di rappresentazione passiva, gradati rispetto al loro quoziente di probabilità⁶⁷.

Nelle "frodi", *lato sensu* intese, la finalità è quella di acquisire un vantaggio economico o economicamente valutabile, rispetto alla quale è strumentale l'inganno del soggetto passivo. L'agente intende intenzionalmente ingannare, volendo compiere raggiuri con una direzione volitiva assoluta: "[...] *non si froda, se non con l'intenzione di ingannare [...]. Il che significa in ultima analisi che, in questi reati, il dolo generico deve essere comunque diretto o intenzionale*"⁶⁸.

Diversamente, ritenere che il garante possa partecipare di simili fatti senza questa precisa direzione della volontà significa piegare il diritto a scopi politico-criminali, anche in considerazione dello strutturale "affidamento" che costui ripone nell'operato del delegato. Si tratta di una lettura disarticolante dell'imputazione psicologica, che conduce ad una responsabilità socialmente attribuita in funzione della posizione rivestita: il soggetto agente, in quest'ottica, non è chi può causare o impedire l'illecito, e dunque "volarlo", bensì chi può essere punito in ragione della funzione "stabilizzatrice" del diritto penale⁶⁹. Si privilegia, così, una nozione del dolo come criterio di ascrizione processuale rispetto alla sua intima vocazione di essenza naturalistica e conformatrice del fatto, rintracciando la distinzione tra

RINI A.-DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova 2001, 174; CANESTRARI, "Rischio d'impresa" e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 557 ss.

⁶⁴ Per tutti, ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 537.

⁶⁵ Cass. Pen., SS. UU., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., 183.

⁶⁶ In termini, DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 86.

⁶⁷ RONCO, *Riflessioni sulla struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 616 ss.

⁶⁸ GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova 1996, 162; in termini generali, sul tema, è obbligato il riferimento a PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano 1955, 4 e *passim*.

⁶⁹ Così RONCO, *La dommatica come garanzia di razionalità del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2014, 353.

questo e la colpa non più nella mente e nelle azioni del reo, bensì nella considerazione sociale del comportamento come “fatto grave” o “fatto lieve”⁷⁰.

6. Sulla tipicità soggettiva della bancarotta patrimoniale pre-fallimentare

Lo scenario descritto consegna alcune riflessioni di sistema: se da un lato il vincolo della legge è ormai quasi inesistente (sia esso un fenomeno patologico o “fisiologico”), dall’altro lato la vita dell’elemento psicologico si atteggia per una forte valutatività, condizionata da esigenze probatorie e politico-criminali⁷¹; v’è una chiara propensione a metamorfizzare il dolo in chiave oggettivo-ascriviva pura, trasformando un sostantivo in un predicato e un fenomeno psicologico in una relazione valutativa⁷², così come confermato anche dall’analisi della sentenza *Thyssenkrupp*.

Il concetto post-finalistico di *Tatbestand*, al contrario, presuppone un rapporto tra azione ed evento che non sia puramente causale-ascrivivo, bensì un rapporto teleologico di posizione significativa⁷³. Esso prende dalla realtà ciò di cui ne-

⁷⁰ In quest’ultimo senso, com’è noto, si esprime ROXIN, *Über den “dolus eventualis”*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 1214 ss., secondo il quale il diritto penale, in una prospettiva teleologica e politico-criminale, non può fondare la distinzione tra dolo e colpa sulla verifica di uno stato interiore, ma solo sul significato sociale delle decisioni. La posizione in esame è ulteriormente sviluppata, in particolare, da PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea del dolo como estado mental*, Buenos Aires 2011, 129 ss., 635 ss. e 724 ss., laddove si esplicita il ruolo del diritto penale come mezzo di consenso comunicativo, nel quale il dolo sarebbe oggettivato in un paradigma normativo-sociale che richiede la “tipizzazione” di alcune condotte dolose e che pone logicamente dolo e colpa in un rapporto scalare di gravità senza soluzione di continuità. Illustre antecedente può ravvedersi in KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*², Aalen 1984, 97 ss., 133 ss. e 148 ss. (trad. it. a cura di Agostino Carrino, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della preposizione giuridica*, Napoli 1997), laddove si opta per una nozione di volontà sovrapponibile con l’imputazione (*Zurechnung*) e non con un fatto psichico di entità apprezzabile e apprezzata.

⁷¹ Sul tema cfr. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss.; FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.; GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d’oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 127 ss. Sempre attuali le riflessioni di ROXIN, *Senso e limiti della pena statutale*, Ferrara 1979, 11 ss., 33 ss. e 42 ss. (trad. it. a cura di Guido Casaroli di *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlino-New York 1973, 1 ss.).

⁷² KAUFMANN ART., *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*², Heidelberg 1976, 182.

⁷³ WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 1931, 51 ss., ora in ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlino-New York, 1975, 19. Su questo aspetto del pensiero di Welzel e della dottrina finalista, in particolare, cfr. BACIGALUPO, *La teoria finalistica dell’azione e il suo significato nel diritto penale*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo*

cessita, senza inventarne una inesistente: la dimensione ontica, in questa prospettiva, non impone un concetto di azione e di fatto, ma segna il limite oltre il quale la loro costruzione cessa di essere fedele al reale (peraltro, proprio un “mondo immaginario” è certamente stravolgibile con maggior facilità da parte di un “*autismo tecnocratico*”⁷⁴).

Tornando al tema specifico, la bancarotta fraudolenta patrimoniale rappresenta il reato “principe” del sistema di tutela fallimentare, non solo perché è senz’altro la norma che ha la maggiore e più incisiva applicazione, ma anche per la straordinaria attenzione teorica suscitata dalla sua criptica formulazione.

Tratteggiando sommariamente i caratteri oggettivi del fatto, occorre muovere dalla considerazione per cui, unico tra i delitti a matrice patrimonialistica, la bancarotta colpisce un oggetto materiale di proprietà dell’imprenditore, offendendo l’altrui interesse alla soddisfazione del credito. Presa contezza del diritto vivente, appare del tutto influente procedere ad una precisa delimitazione dei concetti integranti la condotta, essendo più proficuo metterne in luce il comune denominatore⁷⁵: in sostanza, la forma di bancarotta in esame sanziona il fatto di chi, con qualunque mezzo⁷⁶, distoglie dalla destinazione vincolata *ex art.* 2740 c.c. i beni dell’impresa, sottraendoli alla loro funzione di garanzia, senza ripianare l’estromissione con un adeguato corrispettivo⁷⁷.

L’esigenza di porre un correttivo di tipicità soggettiva è stato già chiaramente messo in luce, tanto da chi ha sempre richiesto la consapevolezza di ledere gli interessi dei creditori, intesa come previsione e volontà della verifica dell’insolvenza⁷⁸, quanto da chi ha qualificato il dolo della bancarotta fraudolenta patrimoniale in termini unitari come dolo specifico, ritenendo che lo “*scopo di recare pregiudizio ai creditori*” sia da riferire non solo alla condotta di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, bensì a tutte le condotte tipiche della prima ipotesi⁷⁹.

Quest’ultimo argomento, com’è noto, si sviluppa dall’inaccettabilità di una siffatta divergenza in punto di dolo, soprattutto tra modelli di comportamento rite-

nell’esperienza giuspenalistica, Napoli 2007, 81 ss.; VOLK, *Cosa voleva veramente Welzel. Riflessioni su origini e presupposti della sua dottrina*, *ivi*, 167 ss.; nonché i numerosi contributi contenuti in CORNACCHIA-PAWLK (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, Napoli 2015.

⁷⁴ ZAFFARONI, *Che cosa resta del finalismo in America Latina?*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive*, cit., 270 ss.

⁷⁵ Così PEDRAZZI, *I reati fallimentari*, cit., 121.

⁷⁶ Tanto che PEDRAZZI, *Sub art.* 216, cit., 54 ss., esplicitamente qualifica l’illecito come un reato a forma libera.

⁷⁷ NUVOLONE, voce *Fallimento (reati in materia di)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, 481.

⁷⁸ Per tutti, PEDRAZZI, *Sub art.* 216, cit., 76 ss.

⁷⁹ V. gli Autori citati *supra*, nota 47.

nuti equivalenti ed alternativi sotto il segno di una identica sanzione e di un unico *nomen iuris*, peraltro espressivo del particolare *animus* che deve muovere l'agente. Al netto della critica testuale, per la quale la formulazione della norma sembra decisamente escludere questa linea interpretativa, sono due i principali rilievi critici: da un lato, sembra necessario verificare il riflettersi delle note offensive tipiche anche nella sfera rappresentativa dell'agente, senza relegarle solo all'angusto spazio della finalità nel dolo specifico; dall'altro, non pare possibile attribuire decisivo rilievo alla finalità lesiva, magari a fronte di comportamenti sprovvisti di un reale contenuto di pericolosità⁸⁰.

Nella giurisprudenza di legittimità, oltre alla celebre sentenza "Parmalat 2015"⁸¹, si rinvencono talune decisioni che richiedono requisiti analoghi a quelli sopraindicati: dall'impossibilità di prescindere dalla consapevolezza che gli atti di distrazione cagionino o possano cagionare danno ai creditori, all'asserzione per cui il dolo (generico) non si esaurisce nella consapevole volontà del fatto, ma è volontà diretta a uno scopo, della quale è elemento intellettuale la rappresentazione dell'evento-lesione dei creditori⁸².

Avviandoci a delle conclusioni ricostruttive, occorre riannodare le considerazioni svolte.

Sin dalla formulazione della teoria della "zona di rischio penale", la dottrina ha posto l'accento sulla necessità che fosse assegnato il giusto spazio al requisito tipico inespresso dell'insolvenza. Nella dottrina di NUVOLONE, tuttavia, si annidano due "forzature": da un lato, la teorizzazione della preesistenza della zona di rischio non consentirebbe di imputarne la volontaria causazione; dall'altro, ri-

⁸⁰ Così PISANI N., *Attualità dell'offesa*, cit., 11 ss. e nota 17.

⁸¹ Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015, con nota di BRAY C., *La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*, *ivi*; ROSSI A., *Causazione del fallimento della società "con dolo o per effetto di operazioni dolose": peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2015. Sulla sentenza "Parmalat 2014" (Cass. pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, in *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2015, con nota di BALATO, *Sentenze Parmalat Vs. Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*, *ivi*), nonché sui rapporti intercorrenti tra le pronunce anzidette e la sentenza Corvetta, per una peculiare ricostruzione sistematica cfr. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale: l'"essere" e il "non essere" della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 469 ss.

⁸² Oltre alla recente Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2017, n. 17819, cit., cfr. da diverse prospettive Cass. pen., Sez. V, 17 luglio 2014, n. 47616, in *CED, rv.* 261683; Cass. pen., Sez. Fer., 10 settembre 2013, n. 41665, in *CED, rv.* 257231; Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11633, in *CED, rv.* 252308; Cass. pen., Sez. V, 6 novembre 2011, n. 3612, in *CED, rv.* 236043; Cass. pen., 3 novembre 2011, n. 9427, in *CED, rv.* 251996; Cass. pen., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388, in *CED, rv.* 250108; Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16579, in *CED, rv.* 246879; Cass. pen., Sez. V, 30 gennaio 2006, n. 7555, in *CED, rv.* 233413; Cass. pen., Sez. V, 3 giugno 1998, n. 8038, in *CED, rv.* 211638; Cass. pen., Sez. V, 10 maggio 1983, n. 7178, in *CED, rv.* 160107; Cass. pen., Sez. V, 13 marzo 1980, n. 5919, in *CED, rv.* 145258; Cass. pen., Sez. V, 25 febbraio 1977, n. 14905, cit.

chiedere il dolo specifico come criterio imputativo comporterebbe il travisamento del testo della norma. Al contrario, il delitto dovrebbe caratterizzarsi per un dolo generico e l'insolvenza, in qualità di sostrato materiale del fallimento, andrebbe imputata obiettivamente sia se preesistente, sia eventualmente in quanto prodotto dell'aumento del rischio innescato dalla condotta, secondo un criterio di prevedibilità *ex ante*⁸³. Non sposare l'imputazione obiettiva, in favore dell'ascrizione soggettiva, non comporta il disconoscimento dell'importanza degli elementi messi in evidenza sia con riferimento alla distinzione concettuale insolvenza-dissesto-fallimento, sia con riguardo al ruolo dell'insolvenza nell'economia delle fattispecie.

Come si è visto, ragioni sistematiche e logico-giuridiche impongono un ridimensionamento delle forme del dolo applicabili alla bancarotta fraudolenta, atteso che il dolo eventuale è ontologicamente scevro di qualsivoglia finalismo nei riguardi dell'evento, non manifestandosi come una volontà in azione; il che lo rende incompatibile non solo con le fattispecie a dolo specifico, ma anche con quelle post-fallimentari (e, sembra doveroso aggiungere, con i delitti di bancarotta impropria, la cui intrinseca attitudine ingannatoria, rievocante il *dolus malus* dell'art. 1439 c.c., sembra limitare il campo al dolo intenzionale o diretto⁸⁴)⁸⁵.

Ma se tali caratteri valgono per tutte le ipotesi analiticamente esaminate, essi devono necessariamente valere anche per la bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare: lo impone l'analogia oggettivo-soggettiva complessiva tra le fat-

⁸³ Da ultimo NISCO, *Il nesso oggettivo*, cit., 365 ss.

⁸⁴ *Contra*, nel senso della strutturazione come illecito preterintenzionale dell'art. 223, comma 2, n. 2, cfr. MICHELETTI, *La bancarotta societaria preterintenzionale*, Pisa 2013, *passim*; ID., *La bancarotta societaria preterintenzionale. Una rilettura del delitto di operazioni dolose con effetto il fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 39 ss.; MANNA, *La riforma della bancarotta impropria societaria del 2002 ed i suoi riflessi sistematico-esegetici sui reati di bancarotta*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 508 ss. In una diversa prospettiva cfr. PEDRAZZI, *Sub art. 223*, in PEDRAZZI-SGUBBI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 322 (limitandosi al modello strutturale); CAVALLINI, *La tipicità penalfallimentare della scissione parziale, tra archetipo distrattivo e ipotipo preterintenzionale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 636 ss., e PICCARDI, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose". Profili soggettivi della fattispecie*, in *Cass. pen.*, 4456 ss. (i quali richiamano il modello preterintenzionale anche a fronte della possibilità che l'"operazione dolosa" sia costituita da una condotta penalmente lecita). Va infine ricordato che la tesi è storicamente sorta negli scritti di PUNZO, *La bancarotta impropria e gli altri reati previsti dalla legge fallimentare*, Padova 1957, 178 ss. In giurisprudenza, cfr. *Cass. pen.*, Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, in *CED*, *rv.* 247315.

⁸⁵ Osserva CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., 1456, che "sul piano logico, l'ordine concettuale proprio della tripartizione classica dovrebbe escludere che la tipicità oggettiva possa dipendere dalla colpevolezza: ma proprio ciò avviene, se, perché si realizzi un fatto tipico di truffa, occorre un raggirò, e se è arduo concepire un 'raggirare' senza volerlo. Sul piano sociale, poi, il fatto di truffa è valutato in modo diverso, e risponde ad una tipologia empirico-criminologica chiaramente diversa, da quello che si realizza allorché, per errore, si cagiona un errore altrui, con conseguente danno patrimoniale; non si ravvisa un fatto (antigiuridico) di truffa non rimproverabile, ma manca fin dal principio un fatto di truffa".

tispecie e lo impone l'art. 3 Cost., nel senso che opinare diversamente sarebbe una scelta irragionevole, ferma l'identità della pena⁸⁶.

Pertanto, se è vero, com'è vero, che “*l'elemento soggettivo del reato penetra nella tipicità oggettiva*” e che “*nell'ambito del dolo condotta e colpevolezza si intrecciano*”⁸⁷, allora si deve concludere che senza elementi soggettivi nessuna condotta potrebbe mai avere un significato compiutamente criminale: essi condizionano la stessa formulazione dei fatti, unitamente ai quali danno luogo ad una vera e propria tipicità (dolosa e colposa) e al profilo “modale” del reato, con conseguente mutamento anche della funzione della pena⁸⁸. Conformandolo secondo la logica della sua struttura, il dato psichico concorre dunque a determinare un tipo che la legge registra in enunciati normativi che sorgono proprio per l'affacciarsi nell'esperienza comune di un tale comportamento, connotato da quelle caratteristiche cariche di pericolosità o di colpevolezza⁸⁹.

Il dolo della bancarotta fraudolenta deve dunque essere doppiamente “ricco”, secondo i caratteri della “fraudolenza” che si sono già lumeggiati *supra*, occorrendo: *a*) la “fraudolenza-rappresentazione”, insita nel legame della condotta con l'insolvenza, nel segno della rappresentazione *ex ante* dello *status* economico antecedente o futuribile, nonché della pericolosità dell'operazione⁹⁰; *b*) la “fraudolenza-intenzione”⁹¹, che impone di rifiutare la possibilità di ascrivere la fattispecie a titolo di dolo eventuale, sotto pena di uno snaturamento della *ratio* della tutela, e a favore di una rinnovata rivitalizzazione della frammentarietà interna della fattispecie⁹².

7. Conclusioni

Lo scopo dichiarato dell'interpretazione proposta, centrata sulla funzione tipicizzante degli aspetti subiettivi⁹³, è la migliore messa a fuoco delle condotte ri-

⁸⁶ Analogamente, cfr. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 72.

⁸⁷ Cass. pen., SS.UU., 25 febbraio 2016, nn. 13681 e 13682, cit., rispettivamente p. 10 e p. 8.

⁸⁸ DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 356.

⁸⁹ SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli 1955, 184.

⁹⁰ Limitatamente a questo singolo aspetto, cfr. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta*, cit., 489.

⁹¹ Osserva ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 146, che “*la via del 'correttivo soggettivo' è percorribile, ma solo a patto che la si coordini con un forte aggancio alla lesività delle condotte, nel momento in cui queste sono tenute: richiedendo, quindi, la consapevolezza di questa lesività*”.

⁹² In tema cfr. VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont.*, 28 ottobre 2014 (trad. it. a cura di Massimo Donini di *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, 2011, 660 ss.), 6 ss. e 13 ss.

⁹³ VASSALLI, *Il contributo di Filippo Grispigni alla teoria dell'elemento oggettivo del reato*, in *Scuola pos.*, 1956, 373; FIORE C., *Il reato impossibile*, Napoli 1959, 22 ss.; GELARDI, *Il dolo specifico*,

levanti *ex art.* 216, connotate da un dolo pregnante, caratterizzate da un elevato disvalore d'azione (oggettivo e soggettivo)⁹⁴, e, soprattutto, individuabili *ex ante* con un sufficiente grado di precisione, così ridimensionando un'imputazione squisitamente causale-obiettiva *ex post*.

Difatti, l'esaltazione del solo lato oggettivo del fatto non riesce a cogliere l'essenza umanistica del reato, la quale compendia il disvalore d'evento e il disvalore d'azione⁹⁵: il profilo modale dell'illecito penale – esplicito (fattispecie soggettivamente pregnanti; dolo specifico) o implicito (reati causalmente orientati) – deve riassumere valore decisivo, soprattutto in relazione alla tutela di beni non altamente personali, costituendo esso il profilo distintivo rispetto all'illecito civile, che è un illecito di pura lesione⁹⁶⁻⁹⁷. Com'è già stato efficacemente messo in luce, nell'imputazione dolosa solo la causazione biasimevole dell'evento è tipica e anti-giuridica, e non già la causazione (di per sé) dell'evento biasimevole⁹⁸; detto in altri termini, non è possibile vietare di agire causalmente, mentre si deve vietare di intraprendere consapevolmente dei comportamenti dannosi o pericolosi⁹⁹.

È noto che il timore maggiore che suscita la nozione di tipicità soggettiva si fonda sul sospetto che l'introduzione di note "personali" nel fatto, primo settore del penalmente illecito, porterebbe inesorabilmente a far dipendere il reato dall'atteggiamento interiore, compromettendone la funzione garantista, con con-

cit., 98. Rileva sul punto DONINI, *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano 1993, 316, che "il fatto doloso, nella sua tipicità (oggettivo)-soggettiva, non è 'dolo' (come realtà 'interiore') + condotta materiale soggettivamente neutra (come realtà 'esterna'), perché la compenetrazione tra il volere e la sua realizzazione caratterizza la stessa condotta di 'note' che sono una cosa sola, o comunque strettamente compenetrata, con l'atteggiamento interno del volere".

⁹⁴ Ancora DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 319.

⁹⁵ DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 105 ss.; *contra* RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 573 ss. e, in particolare, 594 ss.

⁹⁶ Cfr. CAVALIERE, *Riflessioni*, cit., 1456. GALLO M., *Il reato nel sistema degli illeciti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 774 ss.; DONINI, *Teoria del reato*, cit., 52 ss. (e, in relazione all'illecito amministrativo, cfr. pp. 59 ss.); BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1973, 7 ss., ora in ID., *Scritti di diritto penale*, I, Milano 1997, 539 ss., ed in particolare 554 ss., 560 ss., 635 ss. e 672 ss.

⁹⁷ Si pensi, per tutti, al delitto di insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.): la sua identità penalistica non si legittima sulla scorta del danno patrimoniale, ma richiede un'azione maliziosa e ingannevole, una frode con un corrispondente dolo (intenzionale).

⁹⁸ DE VERO, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., 1494; DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 56 ss.

⁹⁹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzioni della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 127.

seguenti effetti di “eticizzazione” e “psicologizzazione” della responsabilità, peraltro consegnata ad una incontrollabile valutazione del giudice¹⁰⁰.

Nondimeno, tali rilievi sembrano superabili facendo ricorso ad alcune precisazioni.

In primo luogo, l’elaborazione condotta non è certamente tesa all’enucleazione di un dolo di puro desiderio, né di un mero *animus nocendi* o di una *böse Gesinnung*. Il fatto “dolosamente tipico” deve infatti essere il necessario presupposto della verifica della dimensione psicologica: non c’è tipicità soggettiva senza tipicità oggettiva¹⁰¹; gli scopi o i moventi del reo, se possono valere a facilitare la prova del fatto¹⁰², non possono certamente sostituirla *in toto*, poiché non possono sovvertire l’impero dei dati obiettivi. Del resto, non pare possibile descrivere ciò che è vietato fare sostituendo elementi materiali con apporti puramente psicologici¹⁰³: l’oggetto del dolo necessariamente deve essere pre-individuato, poiché, in difetto, la norma non conterrebbe più un “fatto”, ma un mero modo di essere o di pensare, o ancor peggio uno *status*¹⁰⁴.

In seconda battuta, va detto che un’eventuale scelta verso forme di *Gesinnungsstrafrecht* non sarebbe certo ostacolata dal concetto puramente oggettivo di fatto, insuscettibile di per sé di arginarle in confini invalicabili.

In terzo luogo, non sembra davvero esservi alcuna pericolosità nel superamento del dolo quale mero fatto interiore in favore di una pluridimensionalità del medesimo, che postula l’affiancamento al foro squisitamente interno di un profilo esterno di tipicità, incarnato dai requisiti materiali rappresentabili/rappresentati per l’ascrizione (almeno) a titolo colposo¹⁰⁵.

¹⁰⁰ PADOVANI, *Diritto penale*¹⁰, Milano 2012, 109 ss.; MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino 1987, 175 ss.

¹⁰¹ HIRSCH, *Principi, sviluppi e fraintendimenti del “finalismo”*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive*, cit., 26.

¹⁰² Cfr., sul punto, la critica di PICOTTI, *Il dolo specifico. Un’indagine sugli “elementi finalistici” delle fattispecie penali*, Milano 1993, 501.

¹⁰³ Osserva in proposito STUCKENBERG, *Dolo, consapevolezza dell’illecito, dottrina dell’errore*, in PAWLIK-CORNACCHIA (a cura di), *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, cit., 135, che “*nel diritto penale ‘volere’ non significa ‘ambire’, ma ‘realizzare’, per cui è necessario che l’autore attribuisca a se stesso una possibilità di influenza sull’accadimento reale: chi manda qualcuno nel bosco mentre sta iniziando un temporale nella speranza che questi venga colpito a morte da un fulmine può solo desiderare la morte dell’altro, ma non volere realizzare, se egli ritiene l’evento fortuito*”.

¹⁰⁴ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 102.

¹⁰⁵ DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 323, nota 9; ID., *Illecito e colpevolezza*, cit., 17; DE FRANCESCO V., *Il “modello analitico” fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell’elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 127 ss. Per una “oggettività” differenziata per dolo, colpa e preterintenzione, cfr. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell’evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 798 ss.

Infine, il codice non definisce il dolo, ma il delitto doloso, così segnando la distinzione ontologico-materiale (e non meramente psicologica) intercorrente tra le varie forme di illecito¹⁰⁶.

Ciò posto, sembra possibile affermare che il baluardo garantistico del fatto tipico può soltanto rinforzarsi mediante l'apporto tipicizzante dell'aspetto soggettivo, valorizzando le componenti modali dell'illecito e confermando le note strutturali della tipicità materiale, dando così piena efficacia al principio del *nullum crimen sine lege* e vivificando la legalità dell'elemento soggettivo, nonché la sua capacità di incidere decisamente sulla punibilità¹⁰⁷.

Peraltro, l'approdo indicato non sembra disallineato rispetto all'insieme delle attuali esigenze che la teoria generale del reato si propone di tutelare, almeno intendendola non solo in una veste tassonomico-classificatoria, bensì, e soprattutto, in funzione costruttivo-prescrittiva¹⁰⁸. In questo contesto, la ricostruzione proposta tende ad una materializzazione del dolo che consenta di vivificarne le consistenze oggettive, mettendo a fuoco una tipizzazione orientata alla frammentarietà interna delle fattispecie senza rimettere all'interprete la selezione di atteggiamenti interiori che siano giuridicamente irrilevanti o sconnessi dall'azione, secondo un'opera di distinzione (e non di separazione¹⁰⁹) che individui gli aspetti obiettivi e subiettivi del fatto nel segno della loro "impersonalità" sotto il profilo autoriale¹¹⁰. Inoltre, viene così consegnata all'interprete (e al processo) una più ricca cognizione, posta la maggiore elevazione dell'argine della tipicità oggettivo-soggettiva rispetto ai contenuti della ricostruzione eziologica pura indotta dal modello classico-belinghiano¹¹¹.

¹⁰⁶ Così, in particolare, SANTAMARIA, *Interpretazione e dogmatica nella dottrina del dolo*, Napoli 1961, in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano 1996, 112.

¹⁰⁷ GALLO M., *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, Milano 1950, 47.

¹⁰⁸ CAVALIERE, *Riflessioni*, cit., 1445 ss.

¹⁰⁹ MAGGIORE, *Principii di diritto penale*⁵, Bologna 1951, 204.

¹¹⁰ DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino 1999, 259.

¹¹¹ FIORE S., *La teoria generale del reato*, cit., 134.

PIERPAOLO RIVELLO

IL RUOLO ATTRIBUITO ALLA VITTIMA DEL REATO DALLA
NORMATIVA PROCESSUALE ITALIANA IN RAPPORTO A QUELLO AD
ESSA SPETTANTE INNANZI ALLE CORTI PENALI INTERNAZIONALI

SOMMARIO: 1. La progressiva rivalutazione della posizione della vittima nell'ambito del processo penale. – 2. La necessità di revisione di talune impostazioni. – 3. La valenza della Direttiva 2012/29/UE. – 4. Analisi di alcuni interventi normativi adottati dal legislatore italiano ispirati a tale mutata consapevolezza. – 5. Il d.lgs. n. 212 del 2015. Considerazioni preliminari. – 6. Le modalità di assunzione delle dichiarazioni rese da soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità. – 7. L'assistenza linguistica a favore della persona offesa dal reato. – 8. Le ragioni dello scarso rilievo attribuito alle vittime del reato dal Tribunale militare internazionale di Norimberga e le soluzioni adottate al riguardo dal Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia e da quello per il Rwanda. – 9. Le *Truth Commissions* e il difficile percorso di "conciliazione" tra le vittime e i perpetratori dei crimini. – 10. La peculiare impostazione accolta in relazione ai procedimenti celebrati dal Tribunale speciale della Cambogia (ECCC, *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*) e dal Tribunale speciale per il Libano (STL, *Special Tribunal for Lebanon*). – 11. Le vittime del reato innanzi alla Corte penale internazionale nella regolamentazione del suo Statuto e in quella delle *Rules of Procedure and Evidence*. – 12. Le criticità e le carenze in ordine ad alcuni aspetti di particolare rilevanza. – 13. Le strutture organizzative finalizzate alla tutela delle vittime nell'ambito dell'ICC. – 14. Considerazioni conclusive.

1. *La progressiva rivalutazione della posizione della vittima nell'ambito del processo penale*

Appare difficilmente controvertibile l'affermazione diretta a rilevare come per un lungo arco di tempo il processo penale italiano (al pari di buona parte di altri sistemi processuali) abbia riservato poco spazio alle esigenze della vittima del reato, focalizzando invece la sua attenzione sulla posizione dell'imputato o su tematiche di "sistema", volte a rendere possibile la "tenuta" dell'intero modello, mediante interventi tendenti ad evitare rischi di inefficienza.

In tal modo nel corso degli anni si è data per scontata, con una sorta di supina accettazione, l'impostazione rigidamente basata sull'assetto triadico: «pubblico ministero – imputato – giudice»¹.

¹ S. LORUSSO, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 881.

Anche se non è questa la sede per esaminare il complesso mosaico delle finalità ricollegabili alla celebrazione di un processo, non sembra del tutto infondato sostenere che lo sforzo diretto a pervenire, nel rispetto delle regole legali, alla “verità giudiziale”, appare molto spesso sorretto da considerazioni ispirate quasi esclusivamente alla volontà di sanzionare i fatti di reato in un’ottica retributiva, influenzata dalle possibili ricadute sui comportamenti e sulle aspettative della collettività. Si finisce così generalmente col trascurare la posizione di chi ha “subito” il reato “sulla sua pelle” o nei suoi interessi economici, ed esige pertanto non solo che venga “accertata la verità”, ma anche che sia offerto un giusto ristoro alle sofferenze patite ingiustamente, in quanto «*victims mention a multitude of reasons for claiming justice*»².

In altri termini, il ruolo della vittima è stato scarsamente considerato³; non a torto si rileva che la vittima venne sostanzialmente “dimenticata”, tanto da essere definita come «*forgotten man*» all’interno dei diversi sistemi processuali⁴.

L’ottica volta a contrapporre la «*victim participation*» ai «*rights of the accused*»⁵, ha condotto a soluzioni assai insoddisfacenti per quanto concerne la posizione della vittima, completamente “sbilanciate” a suo sfavore.

La critica, formulata nei confronti del modello italiano, tendente a porre in risalto la sussistenza di un processo «imputato-centrico»⁶, deve essere estesa anche alla maggioranza degli altri ordinamenti, europei ed *extra*-europei.

Potrebbe affermarsi che, per una curiosa eterogeneità dei fini, il processo penale, nato per sostituire l’intervento dell’apparato statale alle “risposte” individuali, incentrate sul desiderio di vendetta espresso dalle vittime di determinate condotte, nonché dalle loro famiglie o talvolta dalle intere collettività, e sulla richiesta di adeguate riparazioni nei confronti delle conseguenze negative derivanti dai fatti di reato, abbia poi finito per dimenticare tale sua primigenia scaturigine.

In effetti, risalendo alle epoche più remote, i “sistemi vendicatori” hanno rappresentato i primordi di un processo evolutivo che ha poi invece condotto a meccanismi incentrati sullo stretto monopolio statale⁷.

Va osservato come nella società greca arcaica sui consanguinei della vittima gravasse il “dovere” di vendicare l’ucciso, e l’omicida avesse, quale possibile al-

² P. MASSIDA, *Retributive and restorative justice for victims and reconciliation: considerations on the Lubanga Case before the ICC.*, in *Peace Processes Online Review*, vol. 1, n. 1, *Summer Autumn* 2015, p. 22.

³ C. ZARCONI, *La vittima: quale spazio nel processo penale*, in *Quest. giust.*, ottobre 2016, p. 1 ss.

⁴ W.F. MAC DONALD, *Criminal Justice and the Victim*, Beverly Hills, 1976, p. 19.

⁵ V. al riguardo le lucide osservazioni critiche di S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims v. the Rights of the Accused*, in *Journ. Int. Criminal Justice*, 8, 2010, p. 140.

⁶ L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 845.

⁷ G. COSÌ, *Legge, diritto, giustizia. Un percorso nell'esperienza giuridica*, Torino, 2013, p. 24 ss.

ternativa al suo esilio volontario, la possibilità di “risarcire” pagando ai parenti il “prezzo del sangue”, nell’ipotesi in cui costoro avessero rinunciato al loro diritto/dovere di ritorsione⁸.

Nella Roma antica l’assenza di un organo pubblico diretto a svolgere le funzioni accusatorie rendeva assolutamente necessario l’intervento nel processo dell’offeso dal reato e la sua attiva partecipazione ad esso⁹, ove veniva considerato nella duplice veste di portatore di uno specifico interesse alla persecuzione di un fatto illecito e di idoneo collettore di fonti di prove di accusa¹⁰.

Invece nelle epoche successive il processo penale venne regolamentato normativamente al fine di permettere di sostituire le pulsioni in chiave “ritorsiva” dei diretti interessati, in un’ottica ispirata all’esigenza di un intervento valutativo oggettivo ed “imparziale”, operato da magistrati di nomina statale.

Ciò determinò il progressivo offuscarsi della precedente centralità del ruolo attribuito alla vittima del reato, in una logica giustificata dalla considerazione, tutt’altro che indubitabile, secondo cui gli spazi di intervento a favore della persona offesa dal reato si tradurrebbero quasi necessariamente in un corrispettivo decremento delle garanzie concernenti l’imputato.

In realtà questa stereotipata visione volta a contrapporre i diritti della vittima a quelli dell’accusato non appare sempre convincente, in quanto non sembra corretta l’impostazione raffigurabile icasticamente in una bilancia a due piatti, ove il sollevarsi o l’abbassarsi di uno di essi (che rappresenterebbe la posizione della vittima) comporterebbe un corrispondente ed inverso movimento da parte dell’altro.

Riteniamo invece che, come è stato lucidamente osservato, un modello procedimentale possa ambire alla sua qualificazione in termini di “giusto processo” so-

⁸ G. GLOTZ, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, 1904, p. 92; per ulteriori considerazioni v. A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, p. 275 ss.; E. CANTARELLA, *Lo scudo di Achille: considerazioni sul processo nei poemi omerici*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1972, n. 16, p. 247 ss.

⁹ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*, Milano, 1989, p. 6 ss.

¹⁰ V. al riguardo G. COSÌ, *Legge, diritto, giustizia*, cit., p. 34 e 35 «Pur con alterne vicende, almeno fino alla fine del II secolo a.C. a Roma continua a sussistere l’integrazione della vendetta in un insieme “penale” complesso [...] La vittima persegue il suo aggressore davanti al magistrato (che enuncia i principi di conduzione del giudizio), poi davanti al giudice o all’arbitro, con l’intenzione di ottenere una sanzione restituiva privata, e non la punizione pubblica di un criminale. Il tribunale si trova quindi ad agire come un regolatore della vendetta. Nei casi più gravi (*addictio*), i colpevoli vengono “assegnati” alla vittima, che decide se metterli a morte, ridurli in schiavitù, o incatenarli nella propria prigione privata. In caso di *injuria* (lesioni fisiche con conseguenze invalidanti permanenti), il tribunale consente alla vittima, nel caso non accetti una compensazione pecuniaria, di procedere senz’altro al “taglione”. Le composizioni e le transazioni sono delle vere e proprie pene private volte a soddisfare le vittime: il loro contenuto non è soltanto economico, ma comprende in larga misura la riparazione del danno etico necessaria a realizzare una “giusta vendetta”, la cui misura è data dunque dalla “somma” della gravità materiale dell’offesa, più l’estensione dell’affronto morale subito dalla vittima».

lo qualora venga considerato tale da tutti i soggetti in esso coinvolti a vario titolo, sia pur con aspettative talora contrapposte¹¹, in quanto un sistema davvero “garantista” deve essere idoneo ad implementare i diritti dell’offeso dal reato senza pregiudicare quelli della persona nei cui confronti viene formulata l’imputazione, la cui fondatezza andrà vagliata nel corso del procedimento¹². In un processo “equo” l’attenzione non può essere focalizzata solo sull’imputato.

All’offeso dal reato l’ordinamento processuale deve guardare sotto un duplice aspetto.

In primo luogo occorre evitare una sua marginalizzazione durante l’*iter* procedimentale, garantendo invece la possibilità di un intervento in chiave “incisiva” e non meramente formale (possibile peraltro solo qualora preceduto da una sufficiente attività informativa circa i propri diritti).

Al contempo, peraltro, bisogna far sì che le istanze ristorative non siano disattese da risarcimenti irrisori, stridenti con la gravità di determinati reati, implicanti magari la perdita di vite umane o la deprivatione di diritti fondamentali.

In caso contrario, oltretutto, sarebbe davvero difficile ipotizzare la possibilità di pervenire alla realizzazione di qualsivoglia tentativo di riconciliazione della vittima con il reo¹³.

L’intervento nel corso del procedimento da parte del soggetto i cui diritti sono stati lesi da un fatto di reato richiede almeno due distinte serie di garanzie¹⁴. Infatti, oltre ad accertare che costui possa essere messo in grado di fruire di una partecipazione “effettiva” e non “virtuale” (ad esempio, essa sarebbe sostanzialmente inutile laddove non risultasse correlata al diritto di traduzione degli atti e di interpretazione linguistica di ciò che sta avvenendo nel corso del procedimento, giacché altrimenti si avrebbe una presenza “muta”), si deve aver cura di garantire un’assistenza diretta ad evitare, con estrema attenzione, che tale partecipazione rappresenti, drammaticamente, una nuova fonte di sofferenza, a causa di quella che può essere definita come una “seconda vittimizzazione”¹⁵, derivante

¹¹ A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2010, p. 41 ss.

¹² C. ZARCONI, *La vittima: quale spazio nel processo penale*, cit., p. 2.

¹³ Per una approfondita analisi della valenza dell’eventuale “riconciliazione” susseguente alla commissione di un reato v. G. UBERTIS, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in *ID., Argomenti di procedura penale*, vol. II, Milano, 2006, p. 84 ss.

¹⁴ V. sul punto A. SANDERS, *Victim Participation in an Exclusionary Criminal Justice System*, in C. Hoyle-R. Young (a cura di), *New Visions of Crime Victims*, Oxford, 2001, p. 204 ss.

¹⁵ V. in ordine a questo sintagma F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l’adeguamento dell’Italia alla Direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2016, p. 5, nt. 15: «Con il termine “seconda vittimizzazione” si indicano quelle conseguenze negative, dal punto di vista emotivo e relazionale, che possono derivare dall’impatto tra la vittima e il sistema della giustizia penale. In altri termini, le vittime possono diventare tali una seconda volta per effetto delle modalità con cui vengono trattate da parte delle forze di polizia e degli appartenenti al sistema giudi-

tra l'altro dalle improprie modalità con cui talora viene chiesto di rievocare, in sede di escussione dibattimentale, gli abusi e le violenze subite.

La vittima inoltre dovrebbe fruire non solo di *procedural rights* ma anche di *service rights*, e cioè di diritti di assistenza nella fase antecedente, concomitante ed anche successiva alla celebrazione del processo¹⁶.

Viene affermato, non infondatamente, che l'ordinamento deve fornire ad essa, in senso figurato, non solo una "spada" atta a permettere, mediante un ampliamento degli spazi partecipativi, di incidere realmente in ambito procedimentale, ma anche uno "scudo", onde proteggerla dai riverberi negativi, impedendo che il processo rappresenti un ulteriore trauma per chi è già stato soggetto ad esperienze altamente drammatiche¹⁷.

Alla luce delle sovraesposte considerazioni, occorre salutare con aperto favore la progressiva "riscoperta" del ruolo della vittima nel contesto del processo penale¹⁸ (si è giunti a sostenere che la vittima negli ultimi decenni è divenuta la "*nouvelle étoile de la scène pénale*"¹⁹), in un'ottica tesa conseguentemente a spostare, sia pur parzialmente, il "baricentro" del processo, precedentemente sbilanciato sulla figura dell'imputato.

Questo percorso evolutivo è stato in gran parte favorito dalle indicazioni di fonte sovranazionale, dirette a sottolineare l'esigenza di valorizzare la posizione della vittima, in conformità ai più recenti orientamenti interpretativi²⁰.

Anche se tale cammino non sempre è stato del tutto lineare e privo di ambi-

ziario, sanitario e sociale: infatti, accade spesso che le vittime siano costrette a ripetere più volte le narrazioni dolorose relative al reato, al fine di verificare la loro credibilità e moralità, nonché la personalità del reo; per di più, se a distanza di tempo non ricordano dettagliatamente i fatti, vengono censurate. Emerge, pertanto, la figura di una persona lesa nei suoi diritti e, non di rado, sottoposta a traumi psicofisici non indifferenti». A sua volta S. LORUSSO, *Le conseguenze del reato*, cit., p. 885, osserva che molto spesso alla sofferenza derivante dal reato «se ne aggiunge un'altra, quella della partecipazione al processo penale, la cui intrinseca violenza è a tutti nota. Il processo accusatorio, sotto questo profilo, presenta punte estreme nella genetica rudezza della *cross examination*, e in ogni caso il dover riaffrontare nel processo il proprio "carnefice" è questione psicologica al tempo stesso pesante e delicata». Sul punto v. inoltre, per una serie di approfondimenti, J. WILLIAMS, *Secondary victimization. Confronting public attitudes about rape*, in *Victimology*, 1984, n. 9, p. 67 ss.

¹⁶ A. SANDERS, *Victim Participation*, loc. cit.

¹⁷ Al riguardo v., per tutti, S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPARIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012.

¹⁸ S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada*, cit., p. 13.

¹⁹ Cfr. A. WYVEKENS, *L'insertion locale de la justice pénale. Aux origines de la justice de proximité*, Paris, 1997, p. 117.

²⁰ Cfr. M.G. AIMONETTO, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1327 ss.; E.M. CATALANO, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1801 ss.; M. DEL TUFO, *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *Quest. giust.*, 2003, c. 705 ss.

guità²¹, ad esso va comunque riconosciuto, tra l'altro, il merito di aver rappresentato (parafrasando il titolo di un recente volume), il volano volto a favorire significativi processi di cooperazione a livello internazionale²².

2. La necessità di revisione di talune impostazioni

Si è dunque resa necessaria la rimediazione di talune concezioni caratterizzanti vari modelli processuali²³, accomunati da una scarsa sensibilità verso detta problematica.

Abbiamo già osservato come l'attenzione vada fissata non soltanto sulle legittime istanze risarcitorie della vittima del reato, ma anche sul ruolo sollecitatorio e di impulso che ad essa può essere attribuito nell'arco del procedimento.

Trattasi, come è evidente, di due aspetti nettamente distinti fra loro. Oltretutto, la vittima del reato può talora risultare interessata soltanto a veder garantita la sua possibilità di contribuire all'accertamento dei fatti di causa, e limitarsi a richieste di risarcimenti meramente simbolici. Inoltre non necessariamente l'offeso dal reato, titolare del bene leso o messo in pericolo dalla condotta criminosa, può esperire istanze risarcitorie²⁴.

D'altro canto, l'azione di risarcimento spetta anche a chi, pur avendo riportato un danno eziologicamente riconducibile ad un fatto di reato, non vanta la titolarità dell'interesse protetto dalla corrispondente norma penale incriminatrice.

L'eventuale confusione al riguardo può condurre ad un assetto non pienamente soddisfacente della materia.

²¹ G. ARMONE, *La protezione delle vittime dei reati nello spazio giudiziario europeo: prospettive e paradossi all'indomani del Trattato di Lisbona*, in *Foro it.*, 2011, c. 204 ss.

²² AA.VV., *L'ordine europeo di protezione. La tutela della vittima di reato come motore della cooperazione giudiziaria*, a cura di H. Belluta e M. Ceresa Gastaldo, Torino, 2016.

²³ L. LUPARIA, *L'Europa e una certa idea di vittima (ovvero come una Direttiva può mettere in discussione il nostro modello processuale)*, in R. Mastroianni-D. Savy (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2013, p. 91 ss.

²⁴ V. sul punto S. OLIVERO, *I titolari di interessi extrapenalici*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario ed E. Marzaduri, *Protagonisti e comprimari del processo penale*, contributi coordinati da M. Chiavario, Torino, 1995, p. 204, ove si osserva che l'offeso dal reato «quale titolare dell'interesse protetto dalla norma, risulta portatore di un interesse squisitamente penale finalizzato alla repressione del fatto criminoso: il danneggiato, invece, è titolare di una pretesa civile restitutoria o risarcitoria derivante, appunto, dal reato. La persona offesa, in quanto tale, resta perciò puntualmente distinta, nella considerazione giuridica complessiva, dalla parte privata, anche se la distinzione concettuale tra offeso e danneggiato non deve far dimenticare che in concreto le due qualità spesso coincidono nella stessa persona, così che il titolare dell'interesse leso dal reato è anche colui che può aver subito, in conseguenza del fatto criminoso, un danno patrimoniale o non patrimoniale ai sensi dell'art. 185 c.p.».

Si pensi alla soluzione accolta dal legislatore italiano, connotata, come ebbe a sottolineare la Corte costituzionale²⁵, da un rapporto di complementarità fra le garanzie riconosciute alla persona offesa nel corso delle indagini preliminari e quelle previste a favore della parte civile nei successivi segmenti procedurali.

Il codice di procedura penale attribuisce infatti alla persona offesa, con riferimento alla fase delle indagini preliminari, una serie di poteri di stimolo e di controllo, che si attenuano dopo l'avvenuta instaurazione dell'azione penale, nel presupposto che da tale momento il titolare dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice possa costituirsi parte civile per le restituzioni ed il risarcimento dei danni, patrimoniali o non patrimoniali, ai sensi dell'art. 185 c.p.

Tale regola in realtà può soffrire delle eccezioni, non essendo assolutamente scontato che la persona offesa assuma contestualmente la veste di danneggiato e sia legittimata quindi a costituirsi parte civile.

Peraltro non è questa la sola criticità sulla quale bisogna soffermare l'attenzione.

Occorre infatti parimenti evitare che la presenza della "vittima"²⁶ in ambito processuale sia vista alla stregua di un "ingombro", e che, per depotenziarne peso e funzioni, vengano ad essa attribuiti poteri di mera facciata.

Sotto questo aspetto, i rilievi non riguardano affatto il "*framework*" entro cui il nostro legislatore ha voluto collocare la normativa afferente alla persona offesa. Anzi, il fatto che ad essa sia stato dedicato un intero titolo, e cioè il titolo VI del libro I, rappresenta un'indubbia innovazione ed un chiaro progresso rispetto al passato, e costituisce un indice di maggiore attenzione e più elevata sensibilità verso queste tematiche.

Per quanto poi concerne la scelta volta ad attribuire all'offeso dal reato la veste di soggetto processuale e non quella di "parte", escludendo così l'attribuzione della titolarità al diritto alla prova, tale soluzione appare ricollegabile non solo a risalenti impostazioni al riguardo, ma anche al timore di evitare "appesantimenti" e alla volontà di scongiurare il rischio di una sorta di "accercchiamento" dell'indagato-

²⁵ Corte cost., 28 dicembre 1990, n. 559, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. 37.

²⁶ Va osservato che il nostro codice fa un uso estremamente parco del termine "vittima" (che ritroviamo in particolare nell'art. 498, comma 4-ter, c.p.p., ove si fa menzione del «minore vittima del reato» e del «maggiorenne infermo di mente vittima del reato»), temendo forse che esso assuma una connotazione "emotiva" e scarsamente tecnica. Del resto la dizione di "vittima" è di matrice prevalentemente criminologica, come è stato ampiamente sottolineato in dottrina: v. in tal senso S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in L. Luparia (a cura di), *Lo Statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova-Milano, 2015, p. 6; G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, in L. Luparia (a cura di), *Lo Statuto europeo delle vittime di reato*, cit., p. 63; T. PITCH, *Qualche considerazione sulla nozione di vittima*, in A. Bosi-S. Manghi (a cura di), *Lo sguardo della vittima. Nuove sfide alla civiltà delle relazioni. Scritti in onore di Carmine Ventimiglia*, Milano, 2009, p. 48; T. RAFARACI, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in questa *Rivista*, 2010, p. 258.

imputato, che si troverebbe altrimenti “isolato” nel corso dell’intero arco del procedimento.

Vedremo del resto come l’esistenza di questo timore sia stata profondamente avvertita quando si è dovuto chiarire quale ruolo andasse attribuito alla vittima del reato nei procedimenti innanzi alle Corti penali internazionali, volendosi impedire che l’implementazione dei poteri ad essa assegnati si traducesse in una coartazione dei diritti dell’accusato.

Il reale elemento di insoddisfazione tuttavia è dato dal fatto che alla persona offesa dal reato, anche con riferimento alla fase delle indagini preliminari, quando più significative appaiono le funzioni di “stimolo” e di sollecitazione ad essa riconosciute, sono comunque state attribuite quasi unicamente delle facoltà che non comportano dei correlativi obblighi di intervento in capo all’autorità giudiziaria²⁷, e si traducono dunque in un mero potere sollecitatorio²⁸.

Uno degli esempi più significativi in tal senso è offerto dalle memorie che la persona offesa può presentare, personalmente o per mezzo del difensore, in ogni stato e grado del procedimento, mediante deposito nella segreteria del pubblico ministero o nella cancelleria; infatti il diritto di presentazione di tali memorie determina quale unica concreta conseguenza l’insorgenza di un generico dovere, da parte del magistrato che le riceve, di valutarne il contenuto.

3. *La valenza della Direttiva 2012/29/UE*

Non può essere nutrito alcun dubbio in ordine al fatto che alla Direttiva 2012/29/UE del Consiglio e del Parlamento europeo, datata 25 ottobre 2012, vada riconosciuto un ruolo estremamente significativo nel contesto del cammino evolutivo volto a “rivitalizzare” la posizione, precedentemente trascurata, della vittima del reato nel processo penale.

Essa costituisce «il più evoluto e ampio strumento normativo dell’Unione in tema di vittime»²⁹, ed evidenzia la profonda consapevolezza che il fatto di reato, il cui accertamento discende dalla verifica processuale, non rappresenta unicamente un comportamento antitetico rispetto ai valori di una determinata società in un certo periodo storico, ma si traduce nella violazione dei diritti individuali di una

²⁷ G. CORDERO, *La posizione dell’offeso dal reato nel processo penale: una recente riforma nella Repubblica Federale Tedesca ed il nostro nuovo codice*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1124.

²⁸ P. RIVELLO, *Riflessioni sul ruolo ricoperto dalla persona offesa dal reato e dagli enti esponenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 615 ss.

²⁹ M. BARGIS-H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 15.

o più “vittime”, colpite in prima persona da tale condotta criminosa.

Questo dato emerge pienamente dal “*considerando*” n. 9 della Direttiva, ove si afferma che il reato non è soltanto «un torto alla società», e dunque un fatto socialmente dannoso, ma anche «una violazione dei diritti individuali della vittima».

A differenza della precedente Decisione Quadro 2001/220/GAI, concernente la posizione della vittima nel procedimento penale, adottata dal Consiglio dell’Unione europea il 15 marzo 2001, rimasta di fatto priva di concreta realizzazione (essa poneva meramente delle “premesse” che attendevano poi una traduzione applicativa³⁰), la Direttiva 2012/29/UE segna una sorta di pietra miliare nell’opera di “riconsiderazione” del ruolo della vittima, delineando con chiarezza gli spazi di intervento che devono essere riconosciuti a tale figura; non a torto si è parlato al riguardo di «un vero e proprio “Statuto dei diritti della vittima”»³¹, affermandosi che ora si è finalmente in presenza di un “*Corpus juris*” dei diritti processuali delle vittime da reato³².

Tale Direttiva, recante «Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime del reato» (indubbiamente “cedenti” rispetto ad eventuali disposizioni nazionali volte ad assicurare un più elevato livello di tutela) ha inteso dare attuazione al Programma di Stoccolma: «*Un’Europa aperta e sicura al servizio e tutela dei cittadini*», adottato dal Consiglio europeo durante la sua riunione del 10 e 11 dicembre 2009, e che è stato infatti richiamato dal “*considerando*” n. 2, ove si è rilevato che nell’ambito di detto Programma «la Commissione e gli Stati membri sono stati invitati a esaminare come migliorare la legislazione e le misure concrete di sostegno per la protezione delle vittime, con particolare attenzione all’assistenza e al riconoscimento di tutte le vittime, incluse, in via prioritaria, le vittime del terrorismo».

Al contempo, in tal modo risulta rispettata la c.d. “tabella di marcia di Budapest” (*Risoluzione del Consiglio del 10 giugno 2011 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali*).

La Direttiva 2012/29/UE si pone lungo il solco ideale già tracciato da altre Convenzioni internazionali; in particolare, è stato lucidamente sottolineato come le sue disposizioni debbano essere lette in raffronto con la Convenzione di Lan-

³⁰ M. BARGIS-H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, cit., p. 16, affermano che la Direttiva 2012/29/UE rappresenta il «traguardo rispetto alla decisione quadro 2001/220/GAI, che infatti sostituisce».

³¹ L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell’accusato e tutela della vittima*, cit., p. 845.

³² E. VERGES, *Un Corpus Juris des droits des victimes: le droit européen entre synthèse et innovations*, in *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2013, p. 121 ss.; sul punto v. altresì M. CAGOZZI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2016.

zarote e con quella di Istanbul³³ (alle quali faremo un sintetico riferimento nel prosieguo del nostro lavoro).

L'art. 2, § 1, lett. *a*), della Direttiva fornisce una puntuale definizione del concetto di "vittima", volta a ricomprendere in tale nozione «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato», nonché «un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona»³⁴.

Va dunque osservato, sia pur solo incidentalmente, come la Direttiva abbia così ribadito l'esclusione (che già precedentemente sembrava parzialmente delineata dalla Decisione Quadro 2001/220/GAI, sebbene essa non contenesse alcuna indicazione davvero inequivoca in tal senso³⁵) delle persone giuridiche dal novero delle vittime del reato³⁶.

La Direttiva prevede, all'art. 13, che alle vittime debba essere garantito il patrocinio a spese dello Stato, secondo i criteri fissati dalle diverse normative interne, ed impone altresì, al successivo art. 14, ai vari Stati Membri di disporre nelle rispettive legislazioni il rimborso di tutte le altre spese, per la vittima, derivanti dalla partecipazione al procedimento.

A sua volta l'art. 15 stabilisce che i beni sequestrati vadano restituiti alla vittima senza ritardo, fatta salva la sussistenza di specifiche esigenze processuali di segno contrario.

Per quanto concerne la necessità di evitare forme di "vittimizzazione secondaria"³⁷ nel corso del procedimento è stato sancito, all'art. 19, il diritto della vittima all'assenza di contatti diretti con il presunto autore del reato, realizzabile anche mediante l'uso di particolari tecnologie.

Va inoltre segnalata la chiara volontà di offrire idonei strumenti di tutela, calibrati tra l'altro alle peculiarità caratterizzanti la posizione delle "vittime particolarmente vulnerabili".

Non si tratta, ovviamente, di un'impostazione volta ad attribuire una minore "rilevanza" alle problematiche afferenti alle altre vittime; semmai, bisogna essere

³³ S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 4; L. LUPARIA, *Introduzione*, in *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, cit., p. XVIII.

³⁴ In ordine alla definizione di vittima fornita dalla Direttiva 2012/29/UE v. M. BARGIS-H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, cit., p. 22 ss.

³⁵ Cfr. A. NISCO, *Persona giuridica "vittima" di reato ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 790 ss., che osserva peraltro, criticamente (*ivi*, p. 798), come «l'esclusione delle persone giuridiche dalla nozione di "vittima" possa «rivelarsi fonte di disuguaglianza».

³⁶ Cfr. S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima*, cit., p. 7.

³⁷ Per un'analisi dei pericoli di vittimizzazione secondaria v. P.P. PAULESU, *Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 158 ss.

consapevoli del fatto che determinati soggetti appaiono, più di altri, esposti al rischio di subire le conseguenze di gravi episodi criminali.

Per quanto concerne l'individuazione di tali speciali tipologie di vittime, ritenute particolarmente bisognose di assistenza, viene fatto uno specifico riferimento ai minori (stabilendosi, tra l'altro, che i relativi esami debbano essere documentati mediante riprese audiovisive), ai disabili, alle vittime del terrorismo, alle vittime di "violenza di genere" e alle vittime di "violenza nelle relazioni strette".

A queste ultime quattro categorie sono stati dedicati i "considerando" n. 15, 16, 17 e 18.

Secondo il "considerando" n. 15 gli Stati Membri debbono garantire che le vittime con disabilità siano in grado di beneficiare pienamente dei diritti previsti dalla Direttiva su una base di parità con gli altri soggetti, agevolando, in particolare, l'accessibilità ai luoghi ove si svolge il procedimento penale.

Il "considerando" n. 16 precisa che «le vittime del terrorismo hanno subito aggressioni destinate fondamentalmente a ledere la società e possono pertanto aver bisogno di un'attenzione, un'assistenza e una protezione speciali, a motivo della particolare natura del reato commesso nei loro riguardi. Le vittime del terrorismo possono trovarsi particolarmente esposte all'opinione pubblica e hanno spesso bisogno di riconoscimento sociale e di essere trattate in modo rispettoso dalla società».

La "violenza di genere" viene definita dal "considerando" n. 17 come «la violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, della sua identità di genere o della sua espressione di genere o che colpisce in modo sproporzionato le persone di un particolare genere. Può provocare un danno fisico, sessuale, emotivo o psicologico, o una perdita economica alla vittima. La violenza di genere è considerata una forma di discriminazione e una violazione delle libertà fondamentali della vittima e comprende la violenza nelle relazioni strette, la violenza sessuale (compresi lo stupro, l'aggressione sessuale e le molestie sessuali), la tratta di esseri umani, la schiavitù e varie forme di pratiche dannose, quali i matrimoni forzati, la mutilazione genitale femminile e i cosiddetti "reati d'onore"»³⁸.

Il predetto "considerando" sottolinea come le donne vittime di tale forma di violenza e i loro figli abbiano spesso bisogno di speciale assistenza e protezione a causa «dell'elevato rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, d'intimidazione e di ritorsioni connesse a tale violenza».

Infine, in base al "considerando" n. 18 «La violenza nelle relazioni strette è quella commessa da una persona che è l'attuale o l'ex coniuge o partner della vittima, ovvero da un altro membro della sua famiglia, a prescindere dal fatto che

³⁸ Per quanto concerne la nozione di "violenza di genere" v. F. CASSIBBA, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 71 ss.

l'autore del reato conviva o abbia convissuto con la vittima. Questo tipo di violenza potrebbe includere la violenza fisica, sessuale, psicologica o economica e provocare un danno fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche».

Tale “*considerando*” pone l'accento sul fatto che la violenza nelle relazioni strette rappresenta un problema spesso nascosto, potenzialmente idoneo a causare gravissimi traumi non solo fisici ma anche psicologici, in quanto l'autore del reato è una persona di cui la vittima dovrebbe invece potersi pienamente fidare.

Nel sottolineare come anche le vittime di violenza nell'ambito di relazioni strette possano aver bisogno di speciali misure di protezione nel “*considerando*” si aggiunge che le donne sono colpite in modo sproporzionato da questo tipo di violenza e si rileva che «la loro situazione può essere peggiore in caso di dipendenza dall'autore del reato sotto il profilo economico, sociale o del diritto di soggiorno».

La Direttiva ha avuto dunque il merito di focalizzare l'attenzione sull'importanza di un approccio diversificato, attento alle specificità delle varie posizioni.

Emerge in effetti la volontà di “calibrare” le soluzioni in rapporto alle peculiarità dei diversi casi, nella consapevolezza della necessità di un *individual assesment*³⁹.

In particolare l'art. 22 (*Valutazione individuale delle vittime per individuarne le specifiche esigenze di protezione*) stabilisce che gli Stati Membri devono provvedere affinché le vittime siano fatte oggetto «di una valutazione individuale, conformemente alle procedure nazionali, per individuarne le specifiche esigenze di protezione e determinare se e in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale», essendo particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsione.

L'articolo in oggetto precisa che la valutazione individuale deve tener conto, tra l'altro, delle caratteristiche personali della vittima, del tipo e della natura del reato e delle circostanze che lo connotano.

In quest'ottica focalizzata sulle specifiche esigenze delle vittime appare emblematica l'attenzione ai problemi di comprensione linguistica, diretta ad imporre adeguate forme di assistenza tese a garantire l'interpretazione e la traduzione degli atti⁴⁰, onde rendere effettivo il diritto della vittima alloglotta di fruire di una reale comprensione linguistica, *conditio sine qua non* per attribuire un significato

³⁹ V. sul punto M. BARGIS-H. BELLUTA, *La Direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima*, cit., p. 59 ss.; F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato*, cit., p. 9; C. ZARCONI, *La vittima*, cit., p. 4.

⁴⁰ Cfr., in relazione al diritto della vittima, sancito dalla Direttiva, di comprendere quanto avviene nel corso del processo (e di essere compresa), M. BARGIS-H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima*, cit., p. 26 ss.; nonché M. GIALUZ, *Il diritto alla comprensione e alla traduzione*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 207, ove si sottolinea come la Direttiva abbia dato vita ad una «storica proclamazione del diritto alla comprensione e all'assistenza linguistica della vittima».

alla sua presenza in ambito processuale⁴¹.

Gli artt. 3,4,5,6,7, ed 8 della Direttiva sono finalizzati al raggiungimento di tale scopo, nel solco della precedente Direttiva 2010/64/UE sulla traduzione ed interpretazione.

È stato infatti sancito a favore della vittima del reato il diritto incondizionato di ricevere informazioni in una lingua a lei comprensibile⁴². Tale diritto deve essere garantito dallo Stato fin dal primo contatto della vittima con l'autorità procedente, mediante la previsione, nei limiti della necessità, di un servizio gratuito di interpretazione.

Si è inoltre imposto agli Stati membri di approntare meccanismi in base ai quali la vittima che non comprenda o non parli la lingua del procedimento debba poter sporgere denuncia nel proprio idioma, o debba ricevere, in alternativa, la necessaria assistenza linguistica per redigerla nella lingua in cui è celebrato il procedimento.

Particolare rilievo assume al riguardo la prima parte dell'art. 3, che così dispone: «Gli Stati membri assicurano che alla vittima che non comprende o non parla la lingua del procedimento penale in questione sia fornita, secondo il ruolo della vittima previsto nell'ambito del procedimento penale del pertinente sistema giudiziario penale⁴³, previa richiesta, la traduzione delle informazioni essenziali affinché possa esercitare i suoi diritti nel procedimento penale in una lingua da essa compresa, gratuitamente, nella misura in cui tali informazioni siano rese accessibili alle vittime».

4. *Analisi di alcuni interventi normativi adottati dal legislatore italiano ispirati a tale mutata consapevolezza*

Anche se solo a seguito del d.lgs. n. 212 del 2015 si può parlare di un intervento davvero sistematico da parte del nostro legislatore a tutela della vittima, l'attenzione verso questa tematica era comunque già stata evidenziata da numero-

⁴¹ S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, cit., p. 8, rileva che la comprensione e la possibilità di essere compresi costituiscono «le coordinate essenziali di un sistema di giustizia».

⁴² Come osservato da M. BARGIS-H. BELLUTA, *La Direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima*, cit., p. 20, “comprensione” e “informazione” rappresentano «un binomio inscindibile che [...] determina in concreto le condizioni di partecipazione e soprattutto la sottostante consapevolezza dei diritti e dei poteri di cui si è titolari».

⁴³ Alla luce della frequente presenza nella Direttiva 2012/29/UE di rimandi volti a tener conto delle peculiarità e delle connotazioni dei diversi sistemi processuali nazionali, S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima*, cit., p. 5, sottolinea che le disposizioni contenute nella Direttiva «disegnano un sistema di tutela a geografia variabile, legata alle coordinate di base dell'ordinamento di riferimento», e dunque diversificata in ragione dei differenti sistemi processuali adottati dagli Stati membri.

se altre normative antecedenti.

In particolare, occorre rilevare come già con il d.l. n. 11 del 2009 (meglio noto come “pacchetto sicurezza”), conv. in l. n. 38 del 2009, fosse stata prevista la possibilità a favore delle persone offese, cittadine o straniere, vittime di reati di violenza sessuale, di essere ammesse al patrocinio a spese dello Stato, anche in deroga ai limiti di reddito.

L'ambito di operatività di detta previsione è poi stato ampliato per effetto dell'art. 9 della l. n. 172 del 2012; in base a detta norma tutte le persone offese, vittime dei reati configurati dagli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p., nonché le vittime minorenni dei reati previsti dagli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*quinquies* e 609-*undecies* c.p. hanno visto riconosciuto il diritto a fruire del gratuito patrocinio, a prescindere dalla sussistenza di particolari condizioni economiche disagiate, e dunque anche in assenza dei presupposti delineati dal D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

Al fine di rendere edotti gli interessati della sussistenza di tale possibilità l'art. 2 del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. con modif. in l. 15 ottobre 2013, n. 119, avente ad oggetto il contrasto alla “violenza di genere”, ha aggiunto all'art. 101, comma 1, c.p.p., il seguente periodo: «La persona offesa è altresì informata della possibilità dell'accesso al patrocinio a spese dello Stato ai sensi dell'articolo 76 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, e successive modificazioni».

Inoltre, per quanto riguarda l'adozione dei provvedimenti cautelari, il predetto art. 2, comma 1, lett. *b*), n. 2 del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, modificando il terzo comma dell'art. 299 c.p.p., ha disposto, a pena di inammissibilità, che in relazione ai procedimenti concernenti i delitti commessi mediante violenza alla persona la richiesta di revoca o di sostituzione delle misure cautelari, formulata dal pubblico ministero o dall'indagato, debba essere notificata presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa⁴⁴. Entro due giorni dalla notifica, la persona offesa o il suo difensore possono presentare memorie volte a confermare la permanente sussistenza dei presupposti applicativi delle misure.

Il citato art. 2 del d.lgs. n. 93 del 2013, come modificato dalla l. n. 119 del 2013, ha poi operato l'inserimento del comma 2-*bis* in seno all'art. 299 c.p.p., in virtù del quale, sempre per quanto concerne i delitti commessi mediante violenza

⁴⁴ V. sul punto H. BELLUTA, *Revoca o sostituzione di misura cautelare e limiti al coinvolgimento della vittima*, in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2013, p. 1 ss.; G. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili*, *ivi*, 24 settembre 2013, p. 1 ss.; D. POTETTI, *Il nuovo art. 299 c.p.p. dopo il decreto legge n. 93 del 2013*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 971 ss.; G. SEPE, *Violenza di genere e consultazione della persona offesa nelle vicende estintive delle misure cautelari*, in *Dir. pen. cont.*, 9 luglio 2014, p. 1 ss.

alla persona, la polizia giudiziaria è tenuta a dare avviso al difensore della persona offesa o, in sua mancanza, alla persona offesa, nonché ai servizi socio-assistenziali, dell'adozione dei provvedimenti diretti a revocare o sostituire alcune specifiche misure cautelari, e più precisamente: l'obbligo di allontanamento dalla casa familiare; il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa; il divieto od obbligo di dimora; gli arresti domiciliari; la custodia cautelare in carcere o in luogo di cura.

Sempre ai sensi della l. n. 119 del 2013 è stato introdotto l'art. 408, comma 3-*bis*, c.p.p., volto a disporre che nei procedimenti aventi ad oggetto i delitti commessi con l'uso di violenza alla persona l'avviso della richiesta di archiviazione formulata al giudice per le indagini preliminari debba necessariamente essere notificata, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa, e ciò anche qualora non abbia precedentemente chiesto di essere informata al riguardo. In tal caso, inoltre, secondo il testo originario del predetto comma 3-*bis*, la persona offesa poteva presentare opposizione, indicando gli elementi di prova, nei venti giorni successivi; essa fruiva pertanto di un termine doppio rispetto a quello ordinario di dieci giorni, previsto, all'epoca, per tutte le ulteriori ipotesi. Ora peraltro, come noto, detta scansione temporale è mutata per effetto della riforma Orlando, a seguito della quale il termine "ordinario" per l'opposizione è stato portato a venti giorni, mentre quello delineato dall'art. 408, comma 3-*bis*, c.p.p. è stato ampliato a trenta giorni.

Infine, la l. n. 119 del 2013 ha operato una modifica dell'art. 415-*bis*, comma 1, c.p.p., per effetto della quale quando si procede per i reati di cui agli artt. 572 c.p. (*Maltrattamenti contro familiari e conviventi*) e 612-*bis* (*Atti persecutori*) il pubblico ministero, qualora non intenda formulare richiesta di archiviazione, è tenuto a dare l'avviso della conclusione delle indagini preliminari anche al difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa.

5. Il d.lgs. n. 212 del 2015. Considerazioni preliminari

Grazie al d.lgs. n. 212 del 2015 il legislatore italiano ha dato attuazione, sia pur con un innegabile ritardo⁴⁵, alla Direttiva 2012/29/UE. La normativa interna rappresenta indubbiamente il frutto di uno sforzo significativo volto a connotare il nostro modello processuale alla luce di una nuova sensibilità nei confronti delle esigenze delle vittime del reato, mediante una serie di interventi modificativi.

Occorre evidenziare come, nel contesto di una generale valorizzazione del

⁴⁵ Cfr. i rilievi critici al riguardo di M. GIALUZ, *Il diritto alla comprensione e alla traduzione*, cit., p. 217 ss.

ruolo della vittima in ambito procedimentale, sia stata peraltro giustamente avvertita la necessità di riservare una specifica attenzione alla sfera delle “vittime particolarmente vulnerabili”⁴⁶, in aderenza ai contenuti della Direttiva 2012/29/UE .

Per una delimitazione dell’ambito dei soggetti rientranti in tale nozione appariva significativa l’indicazione offerta dall’art. 1 (*Principi generali*) del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, ispirata alla consapevolezza del fatto che la situazione di particolare vulnerabilità non deve essere basata su criteri astratti e presuntivi, ma richiede invece un accertamento calibrato alle concrete specificità. La disposizione sovracitata fa riferimento alle «persone vulnerabili quali i minori, i minori non accompagnati, gli anziani, i disabili, le donne, in particolare in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le persone con disturbi psichici, le persone che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica, sessuale o di genere»⁴⁷.

Peraltro il d.lgs. n. 212 del 2015 ha voluto accentuare la visione “individualizzante” delle vittime particolarmente vulnerabili, in omaggio al principio dell’*individual assesment* che ispira l’art. 22 della Direttiva 2012/29/UE⁴⁸.

Il d.lgs. n. 212/2015 ha infatti introdotto l’art. 90-*quater* c.p.p. (*Condizione di particolare vulnerabilità*), in base al quale «Agli effetti delle disposizioni del presente codice, la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa è desunta, oltre che dall’età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede. Per la valutazione della condizione si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall’autore del reato».

In tal caso, dunque, il legislatore ha valutato sia i parametri “oggettivi” che gli indici incentrati su connotazioni “soggettive”, delineando anche delle ipotesi in cui i rispettivi criteri si sovrappongono⁴⁹.

⁴⁶ In ordine al percorso evolutivo che ha condotto al riconoscimento della condizione di vulnerabilità v. S. QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e individual assessment: l’evoluzione dei parametri di identificazione*, in M. BARGIS-H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 299 ss.

⁴⁷ Per un approfondimento v. F. CASSIBBA, *Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2014, p. 9.

⁴⁸ Cfr., nel contesto di un’ampia ed accurata analisi, S. QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e individual assessment: l’evoluzione dei parametri di identificazione*, cit., p. 310 ss.

⁴⁹ Come giustamente osservato da G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, cit., p. 70, la vulnerabilità «può dipendere da un profilo “oggettivo” o da un profilo “soggettivo”, a seconda che si faccia riferimento al tipo di reato (ad esempio, delitti di criminalità organizzata, delitti contro la libertà sessuale, delitti in ambito familiare) ovvero si tratti di una condizione di debolezza della per-

In questo contesto un segnale di accentuata sensibilità nei confronti delle odierne realtà sociali è rappresentato dall'impostazione accolta per definire i componenti del nucleo familiare, al fine di attribuire loro l'esercizio di determinati diritti. Si è infatti preso atto della necessità di abbandonare soluzioni incentrate esclusivamente sulla sussistenza di elementi "formali", quali ad esempio l'atto di matrimonio, e di privilegiare invece un'ottica attenta a verificare l'effettiva comunione di vita e di interessi, anche in assenza di legami "ufficiali"⁵⁰.

In tal modo la normativa in esame ha mostrato di far propria la «nuova visione "liquida" delle relazioni umane nella società postmoderna e globalizzata»⁵¹.

È stata conseguentemente recepita anche sotto questo aspetto la Direttiva 2012/29/UE, laddove, all'art. 2, stabilisce che debba essere considerato come "familiare" della vittima non solo il coniuge ed «i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima», ma anche «la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare e in modo stabile e continuo».

Alla luce di tale indicazione (e nel solco di alcune decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, dirette a sottolineare che la nozione di "vita familiare" di cui all'art. 8 della Convenzione e.d.u. va ricavata dalla sussistenza di un reale legame di vita tra i soggetti) è stato sostituito il terzo comma dell'art. 90 c.p.p., volto ad indicare i soggetti ai quali si trasmettono i diritti e le facoltà attribuite alla persona offesa dal reato, nell'ipotesi del suo decesso. Detto comma, nell'attuale dizione, chiarisce infatti che, laddove la persona offesa sia morta in conseguenza del reato, le facoltà ed i diritti previsti dalla legge possono essere esercitati o dai prossimi congiunti «o da persona alla medesima legata da relazione affettiva e con essa stabilmente convivente».

Davvero numerosi sono comunque gli elementi di interesse del d.lgs. n. 212 del 2015. Rinviando alla disamina successiva la trattazione di alcuni ulteriori aspetti, possiamo sottolineare come tale provvedimento normativo abbia saputo affiancare il riconoscimento di determinati diritti alla predisposizione di strumenti informativi volti a chiarificare le possibili modalità di fruizione⁵².

Particolare rilievo assume al riguardo l'introduzione, ad opera dell'art.1,

sona (ad esempio, minori e infermi di mente). Le due valutazioni, tuttavia, possono anche incrociarsi o sovrapporsi: si pensi alla violenza di genere, oppure ai delitti sessuali contro i minori».

⁵⁰ C. ZARCONI, *La vittima*, cit., p. 13. Occorre ricordare che, come rilevato da F.F. MORILLO-I.B. TODINO, *The Victims' Rights Directive. Origins and Expectations*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 12, nt. 17, nella Direttiva 2012/29/UE «*The definition of "family members" is [...] broad and includes both married and non married partners, relatives in direct line, siblings and dependants of the victim*».

⁵¹ F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima*, cit., p. 8.

⁵² Cfr. S. CIAMPI, *Il diritto di difesa e all'informazione*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 259 ss.

comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 212 del 2015, dell'art. 90-*bis* c.p.p. (*Informazioni alla persona offesa*).

Già in precedenza, in virtù della modifica dell'art. 101, comma 1, c.p.p., mediante la l. n. 119 del 2013, erano stati previsti alcuni obblighi di comunicazione, gravanti sul pubblico ministero e sulla polizia giudiziaria, a favore della persona offesa (diretti, tra l'altro, a renderla consapevole della possibilità dell'accesso al patrocinio a spese dello Stato).

L'art. 90-*bis* c.p.p. ha peraltro una valenza assai più ampia, in quanto mira ad informare la persona offesa, in una lingua a lei comprensibile e sin dal primo contatto con l'autorità procedente, circa le facoltà ed i diritti ad essa spettanti, ponendola così in una posizione analoga, o meglio speculare, rispetto a quella dell'indagato, al quale il legislatore, per effetto del combinato disposto degli artt. 369 e 369-*bis* c.p.p., garantisce la fruizione di un'ampia e dettagliata serie di dati rilevanti ai fini processuali, comprensivi delle informazioni sul diritto di difesa.

L'obbligo informativo non si esaurisce peraltro in questo momento iniziale dell'*iter* procedimentale e riguarda anche le fasi successive.

In taluni casi, l'informazione mira a far sì che la vittima di reato possa modificare il proprio regime di vita, onde adottare le opportune "precauzioni" di fronte al pericolo di eventuali reiterazioni di reati ai suoi danni, da parte di chi già fu autore di precedenti episodi delittuosi.

Del resto, la Direttiva 2012/29/UE chiarisce che una reale "protezione" della vittima esige una sua adeguata "informazione"⁵³.

Sotto questo aspetto va menzionato l'art. 90-*ter* c.p.p. (*Comunicazioni dell'evasione e della scarcerazione*), parimenti inserito dall'art. 1, comma 1, lett. b) del d.lgs. 212/2015, ed aderente alle indicazioni contenute nel "considerando" n. 32 della Direttiva 2012/29/UE. In base a questo articolo, fatta salva la previsione dell'art. 299 c.p.p., nei procedimenti per delitti commessi con violenza alla persona devono essere immediatamente comunicati al soggetto offeso che ne abbia fatto richiesta i provvedimenti di scarcerazione e di cessazione della misura di sicurezza detentiva, e parimenti deve essere data tempestiva notizia dell'evasione dell'imputato in stato di custodia cautelare o del condannato⁵⁴, nonché della volontaria sottrazione dell'internato all'esecuzione della misura di sicurezza, purché ciò non comporti «il pericolo concreto di un danno per l'autore del reato». Tale ultimo inciso, che riprende quasi testualmente il "considerando" n. 32 della Direttiva, sembrerebbe fare riferimento ad ipotesi in cui la vittima del reato abbia in

⁵³ Cfr. F. ZACCHE', *Il sistema cautelare a protezione della vittima*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 420 ss.

⁵⁴ Va ricordato come anche la Convenzione di Istanbul, all'art. 56, comma 1, lett. b) preveda degli obblighi informativi a favore della vittima del reato nel caso di rimessione in libertà dell'accusato.

qualche modo “preannunciato” di voler “fare giustizia da sé”, in caso di avvenuta evasione o scarcerazione dell’autore del reato.

Si potrebbe osservare che il nostro legislatore avrebbe forse dovuto implementare il *minimum* di garanzie delineate dalla Direttiva, non subordinando, come invece ha fatto l’art. 90-ter c.p.p., l’obbligo di comunicazione alla previa richiesta in tal senso, formulata dalla persona offesa.

Può infatti accadere che la persona offesa, per ignoranza o incuria, ometta di fare tale richiesta e si trovi poi in una condizione di pericolo, che verrebbe almeno in parte ridotta qualora una simile comunicazione fosse estesa alla totalità delle vicende caratterizzate da un rischio concreto di danno per la vittima, desumibile dalla gravità e dalla natura del precedente reato.

In questo sommario sguardo d’insieme alla normativa italiana volta a dare attuazione alla Direttiva 2012/29/UE non può però essere omissivo un rilievo critico: mentre si è provveduto, sia pur con alcune manchevolezze, a valorizzare la posizione della vittima e ad accrescerne le garanzie in ambito procedimentale, non è invece stato fatto un analogo sforzo per creare delle adeguate strutture di supporto e di assistenza.

È mancata la volontà di dar vita ad un’organizzazione volta ad “accompagnare” le vittime, dal punto di vista umano, nel corso del procedimento e dopo la sua conclusione, e non si è pensato di istituire, ad esempio, uno “sportello vittime” presso ogni sede giudiziaria, sul modello dell’*Office of Public Counsel for Victims* della Corte penale internazionale⁵⁵.

Così come occorre promuovere ogni sforzo per favorire il cammino riabilitativo dei condannati, onde permetterne il recupero e il reinserimento sociale, parimenti bisognerebbe non lasciare sole le vittime, dovendosi invece garantire loro ogni possibile forma di supporto, anche psicologico, affinché, dopo il trauma subito, possano riaffacciarsi nuovamente alla vita di ogni giorno e pensare ad un futuro diverso⁵⁶.

Andrebbero dunque potenziati i c.d. *Service rights*⁵⁷, non dovendosi dimenticare che la Direttiva 2012/29/UE prevede i servizi di assistenza alle vittime quali componenti essenziali della tutela che gli Stati membri sono tenuti a garantire. Secondo l’art. 8, par. 1 della predetta Direttiva essi dovrebbero supportare la vittima o i suoi familiari prima, durante e, per un congruo periodo di tempo, dopo lo svolgimento del procedimento penale.

⁵⁵ V. in tal senso F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato*, cit., p. 31.

⁵⁶ C. ZARCONI, *La vittima*, p. 17.

⁵⁷ V. in materia J. DOAK, *Victims’ Rights, Human Rights and Criminal Justice*, Oxford, 2008, p.

6. *Le modalità di assunzione delle dichiarazioni rese da soggetti in condizioni di particolare vulnerabilità*

Il d.lgs. 212/2015 ha affrontato in maniera esaustiva anche le problematiche afferenti alla necessità di tener conto delle specificità di talune situazioni, quali quelle in cui versano i soggetti in condizione di particolare vulnerabilità, mediante l'adozione di peculiari metodologie di assunzione delle loro dichiarazioni.

Sebbene, come è stato autorevolmente ricordato, la categoria delle vittime vulnerabili non coincida con quella dei testimoni vulnerabili, in quanto semmai la vittima vulnerabile rappresenta «una sottocategoria di testimone vulnerabile»⁵⁸, occorre comunque rilevare che per i soggetti «vulnerabili» la dichiarazione resa in giudizio può essere causa di un trauma emotivo troppo intenso.

La necessità di prevedere adeguate misure di protezione, al fine di evitare la verifica di una tale dolorosa esperienza, è stata ampiamente avvertita sia da varie legislazioni nazionali sia nel contesto della giustizia sovranazionale⁵⁹.

Al riguardo occorre riconoscere che nel contraddittorio dibattimentale i fattori ansiogeni, dovuti a condizioni altamente stressanti, potrebbero non risultare adeguatamente gestiti e tollerati da determinati soggetti «deboli».

Devono conseguentemente essere adottate opportune cautele, volte tra l'altro a scongiurare ogni possibilità di contatto, anche solo visivo, fra le vittime ed i presunti autori dei reati commessi a loro danno.

Al contempo bisogna «proteggere» il contenuto delle deposizioni di tali soggetti, anche in considerazione del fatto che spesso l'acquisizione delle dichiarazioni non può essere dilazionata nel tempo, sia a causa del rischio di «pressioni» esterne condizionanti, rappresentate da possibili minacce, intimidazioni o violenze, sia perché talune peculiari condizioni psicologiche sconsigliano comunque una tale dilazione.

Pertanto, queste deposizioni devono essere assunte in un momento antecedente al dibattimento e con garanzie tali da permettere di attribuire loro una valenza probatoria.

Simili considerazioni, volte ad individuare in meccanismi procedurali corrispondenti all'incidente probatorio lo strumento privilegiato per la ricezione delle dichiarazioni rese da vittime particolarmente vulnerabili, trovano conferma in dati ampiamente riconosciuti anche a livello internazionale.

L'art. 8 della già citata Decisione Quadro n. 2001/220/GAI così disponeva, ad esempio: «ove sia necessario proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili».

⁵⁸ G. ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, cit., p. 69.

⁵⁹ V. sotto quest'ultimo aspetto la puntuale analisi di G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4059.

li, dalle conseguenze della loro deposizione in udienza pubblica, ciascuno Stato membro garantisce alla vittima la facoltà, in base ad una decisione del giudice, di rendere testimonianza in condizioni che consentano di conseguire tale obiettivo e che siano compatibili con i principi fondamentali del proprio ordinamento».

Questa esigenza è poi stata ribadita dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (meglio nota come "Convenzione di Istanbul" dal nome della città ove essa è stata aperta alla firma, l'11 maggio 2011), nonché dalla Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, generalmente ricordata come "Convenzione di Lanzarote", in base al luogo in cui la stessa venne aperta alla firma, in data 25 ottobre 2007⁶⁰.

Ad esempio, per evitare che la vittima risulti traumatizzata, nel corso delle indagini o del processo, a causa dell'incontro con il suo aggressore, l'art. 31, comma 1, lett. g) della Convenzione di Lanzarote impone agli Stati di far sì, mediante gli opportuni provvedimenti normativi, che «le vittime ed i rei non siano a contatto diretto all'interno dei locali dei servizi di indagine e dei locali giudiziari, a meno che le autorità competenti non decidano diversamente, nell'interesse superiore del bambino o per esigenze dell'indagine o del procedimento».

È però necessario, sotto l'aspetto epistemologico, che la presenza di "esperti" in campo psicologico impedisca la possibilità che, anche involontariamente, le modalità di conduzione dell'esame e in particolare di formulazione delle domande finiscano per condizionare la genuinità delle dichiarazioni.

Al riguardo il d.lgs. n. 212 del 2015 ha recepito, adattandola ad una più ampia tipologia di ipotesi, l'impostazione normativa già accolta in precedenza al fine di adeguare la legislazione italiana alla Convenzione di Lanzarote.

È stata ad esempio modificata la previsione dell'art. 351, comma 1-ter, c.p.p., il cui testo originario, introdotto dall'art. 5, comma 1, lett. c) della l. 1° ottobre 2012, n. 172, stabiliva che la polizia giudiziaria si avvallesse dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero, ogni qualvolta dovesse assumere sommarie informazioni da minori in relazione a reati di abuso, violenza e sfruttamento sessuale. Detta norma era poi stata interpolata dalla l. n. 119 del 2013, per effetto della quale la citata modalità è stata estesa anche alle indagini concernenti le vittime di maltrattamenti, di atti persecutori e di adescamento di minorenni.

Senza incidere su tale pregressa soluzione, si è ora disposto che la polizia giudiziaria debba procedere «allo stesso modo» in caso di assunzione di sommarie

⁶⁰ Per un'analisi di queste due Convenzioni v. F. CASSIBBA, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, cit., p. 67 ss.; S. MARTELLI, *Le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul: un quadro d'insieme*, in L. Luparia (a cura di), *Lo Statuto europeo delle vittime di reato*, cit., p. 31 ss.

informazioni «da una persona offesa, anche maggiorenne, in condizione di particolare vulnerabilità».

È stato inoltre stabilito che la persona offesa particolarmente vulnerabile «in occasione della richiesta di sommarie informazioni, non abbia contatti con la persona sottoposta ad indagini e non sia chiamata più volte a rendere sommarie informazioni⁶¹, salva l'assoluta necessità per le indagini».

Analogamente è avvenuto in sede di modifica dell'art. 362, comma 1-*bis*, c.p.p., in tema di assunzione di informazioni da parte del pubblico ministero.

Anche in tal caso il testo originario limitava la presenza dell'esperto in psicologia o in psichiatria infantile ai soli procedimenti nei quali il pubblico ministero avesse dovuto assumere informazioni da parte di minori. La modifica ha invece esteso tale obbligatoria presenza alle ipotesi di assunzione di sommarie informazioni da parte di persone offese, anche maggiorenni, in condizioni di particolare vulnerabilità, ed ha riprodotto, in modo assolutamente pedissequo, tutte le ulteriori previsioni contenute nel nuovo disposto dell'art. 351, comma 1-*ter*, c.p.p.

È stato contestualmente modificato il dettato dell'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p., configurato dal legislatore al fine di estendere a determinate ipotesi il disposto del comma 1⁶².

Precedentemente tale meccanismo “moltiplicativo” della valenza dell'art. 190 *bis*, primo comma, c.p.p. concerneva unicamente l'esame di soggetti infra-sedicenni vittime di reati sessuali. Per effetto della modifica ora la disposizione dell'art. 190 *bis*, primo comma, c.p.p. si applica anche «quando l'esame testimoniale richiesto riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità».

Considerazioni in parte analoghe possono essere ripetute con riferimento all'ampliamento dell'area di operatività dell'incidente probatorio, volto a permettere il ricorso a detto istituto per l'acquisizione delle dichiarazioni rese dai soggetti particolarmente vulnerabili.

Anche in tal caso il d.lgs. 212/2015 ha seguito alcune indicazioni già tracciate dal nostro legislatore, concernenti l'utilizzo dell'incidente probatorio per le dichiarazioni dei soggetti minorenni, in aderenza al disposto della Convenzione di Lanzarote ed alle linee guida della Carta di Noto, volte a sottolineare, al punto

⁶¹ Come sottolineato da F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato*, cit., p. 5, nt. 15, la costrizione «a ripetere più volte le narrazioni dolorose relative al reato» rappresenta infatti una forma di “seconda vittimizzazione”.

⁶² In base all'art. 190-*bis*, comma 1, c.p.p. «Nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'articolo 51, comma 3-*bis*, quando è richiesto l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'articolo 210 e queste hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze».

15, che l'incidente probatorio rappresenta «la sede privilegiata di acquisizione delle dichiarazioni del minore nel corso del procedimento», purché esso venga esperito in modo da garantire, nel rispetto della personalità in evoluzione del minore, il diritto alla prova.

Simile impostazione aveva del resto ispirato l'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. e le sue successive modifiche, ad opera, rispettivamente, delle leggi 15 febbraio 1996, n. 66⁶³; 3 agosto 1998, n. 269; 11 agosto 2003, n. 228 e 6 febbraio 2006, n. 38 (non consideriamo in questa sede, per i motivi che esporremo tra breve, anche i successivi interventi modificativi).

Mediante queste interpolazioni il legislatore, in relazione ai processi riguardanti particolari tipologie di reato, tra cui i reati di violenza sessuale, di sfruttamento sessuale dei minori e di tratta delle persone, aveva infatti previsto la possibilità del ricorso dell'incidente probatorio per l'esame testimoniale di soggetti minori di sedici anni.

Militavano del resto a sostegno di questa soluzione alcune considerazioni assai significative. Era delineabile una sorta di presunzione di non rinviabilità nell'assunzione delle dichiarazioni di tali soggetti, giacché la loro immaturità li rende facilmente condizionabili da influssi esterni. Al contempo, si volevano evitare i rischi, su cui già ci siamo soffermati in precedenza, di una "seconda vittimizzazione", derivante dalla sottoposizione ad esame in un contesto spesso aspro e drammatico quale quello che connota lo svolgimento dell'escussione dibattimentale, e tale dunque da rendere più che fondato il pericolo di ulteriori traumi psicologici derivanti dalla rievocazione di episodi talora terribili⁶⁴.

Né poteva essere ritenuta decisiva in senso contrario la cogenza delle disposizioni volte ad imporre che la prova venga forgiata in dibattimento, nello scontro dialettico tra le parti. Si ergevano infatti in senso antitetico a detta obiezione le considerazioni incentrate sulla particolare pregnanza dell'esigenza di tutelare determinati soggetti, quali i minorenni, nonché le reiterate prese di posizione della Corte e.d.u. volte a negare che un processo vada ritenuto "equo" solo laddove la prova scaturisca dal contraddittorio dibattimentale, evidenziando invece la sussistenza di un processo *fair* purché l'accusato sia "posto di fronte" a chi effettua dichiarazioni a suo carico, ed abbia la possibilità di escuterlo.

Successivamente, le leggi 23 aprile 2009, n. 38, e 1° ottobre 2012, n. 172, han-

⁶³ V. al riguardo M. BOSELLI, *Un nuovo caso di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 42 ss.

⁶⁴ Cfr. E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione Europea, dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul "Caso Pupino" in materia di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1171; L. CAMALDO, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 176; L. SCOMPARIN, *Il testimone minorenne nel procedimento penale: l'esigenza di tutela della personalità tra disciplina codicistica ed interventi normativi recenti*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 697.

no esteso, con riferimento a questa fascia di reati, richiamati dal citato art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. il ricorso all'incidente probatorio anche per assumere le dichiarazioni della persona offesa maggiorenne.

L'ultimo, più massiccio intervento ampliativo è stato operato proprio dal d.lgs. 212/2015, con cui si è aggiunto al predetto comma 1-*bis* l'inciso in base al quale «in ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza».

Analogo intervento ha interessato il disposto dell'art. 398 c.p.p., con riferimento all'individuazione delle ipotesi volte a giustificare la celebrazione dell'incidente probatorio con «modalità particolari».

Inizialmente, in virtù dell'inserimento dell'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., ad opera dell'art. 14, l. 15 febbraio 1996, n. 66, questo peculiare regime era riservato ai soli minori.

Si era infatti previsto che, in ordine a determinati reati, il giudice, qualora fra le persone interessate all'assunzione della prova vi fossero dei minorenni, avrebbe potuto stabilire «il luogo, il tempo e le modalità particolari» con cui procedere all'incidente probatorio, se le esigenze di tutela di tali soggetti avessero reso necessario o quantomeno opportuno un simile provvedimento.

Si dispose inoltre che a tal fine l'udienza potesse svolgersi anche in luogo diverso dal tribunale «avvalendosi il giudice, ove esistano, di strutture specializzate di assistenza» o, in mancanza, presso l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova.

Successivamente la disposizione subì una serie di interpolazioni, volte ad ampliare l'ambito dei reati che potevano giustificare la celebrazione dell'incidente probatorio qualora fra le persone interessate vi fossero dei minorenni. Anche la Corte costituzionale, con la sentenza 9 luglio 1998, n. 262, incise su tale processo di allargamento, dichiarando l'illegittimità della norma nella parte in cui non faceva riferimento all'ipotesi di cui all'art. 609 *quinquies* c.p.p., concernente la corruzione di minorenne.

Peraltro si rimaneva sempre in una sfera soggettiva limitata ai minorenni. Un primo mutamento di visione prospettica si ebbe a seguito della pronuncia n. 63 del 2005 della Corte costituzionale, che ravvisò l'illegittimità di tale disposizione, nonché del collegato art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p., nella parte in cui non veniva disposto che il giudice potesse provvedere all'assunzione della prova con modalità "protette" anche nell'ipotesi in cui fra le persone interessate all'assunzione della prova vi fossero dei maggiorenni infermi di mente, laddove le loro condizioni avessero reso necessario od opportuno il ricorso a detto meccanismo, e ciò alla luce della sostanziale equiparazione, sia pur solo sotto questo aspetto, della posi-

zione di tali soggetti con quella dei minori.

Venne infatti osservato che le esigenze di tutela della personalità particolarmente fragile dei soggetti infermi di mente, chiamati a testimoniare nell'ambito di processi per reati sessuali, imponevano di estendere anche ad essi «la garanzia, prevista per il minore infrasedicenne, e rispettivamente per il minore, dall'art. 398, comma 5-*bis*, e dall'art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p.»⁶⁵.

I tempi apparivano ormai maturi per pervenire ad un ulteriore allargamento dell'ambito del ricorso all'incidente probatorio con "modalità protette", con riferimento ai soggetti in condizione di particolare vulnerabilità.

In virtù dell'intervento operato dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, venne infatti introdotto, nell'ambito dell'art. 398 c.p.p., il comma 5-*ter*, per effetto del quale il giudice può ora applicare, su richiesta di parte, le disposizioni previste dal precedente comma 5-*bis* qualora fra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano dei soggetti maggiorenni in condizione di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reati per cui si procede⁶⁶.

Alla luce di questo graduale processo di ampliamento, appare del tutto armonico e consequenziale l'intervento operato dall'art. 1, comma 1, lett. *i*) del d.lgs. n. 212 del 2015, volto ad inserire nell'art. 398 il comma 5-*quater*, per effetto del quale, fatto salvo quanto previsto nel comma 5-*ter*, laddove occorra procedere all'esame di una persona offesa particolarmente vulnerabile si applicano le disposizioni contenute nell'art. 498, comma 4-*quater*, c.p.p. In base a detto comma, contestualmente modificato dal d.lgs. 212/2015, se si deve procedere all'esame di una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità il giudice, qualora la persona offesa o il suo difensore facciano richiesta in tal senso, è tenuto a disporre l'adozione di modalità protette⁶⁷.

Il d.lgs. 212/2015 è inoltre intervenuto anche al fine di incidere sulle modalità di documentazione delle dichiarazioni rese dalle persone offese particolarmente vulnerabili.

Al riguardo sono state accolte le indicazioni provenienti da fonti sovranazionali, volte a suggerire il ricorso allo strumento della videoregistrazione.

L'art. 35, comma 2, della Convenzione di Lanzarote sulla tutela dei minori aveva previsto che gli Stati dovessero adottare le idonee misure legislative «affinché le

⁶⁵ Corte cost., sent. 29 gennaio 2005, n. 63, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1832.

⁶⁶ Come osservato da S. RECCHIONE, *Il dichiarante vulnerabile fa (disordinatamente) ingresso nel nostro ordinamento: il nuovo comma 5 ter dell'art. 398 c.p.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014, l'introduzione di detta disposizione ha segnato «un passo in avanti particolarmente significativo nella (ormai visibile) costruzione dello statuto della prova dichiarativa del teste "vulnerabile"».

⁶⁷ Si esprime tuttavia in senso parzialmente critico nei confronti di queste disposizioni A. PRESUTTI, *Le audizioni protette*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 385 ss., che parla (*ivi*, p. 392 ss.) di «tentativi non riusciti di protezione».

audizioni della vittima o, ove necessario, di un minore testimone dei fatti, possano essere oggetto di una registrazione audiovisiva», che avrebbe poi dovuto essere ammessa come prova nel procedimento nel corso del quale esse erano state rese.

A sua volta l'art. 15, comma 4, della Direttiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, recante la data del 5 aprile 2011 e concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, stabilisce che gli Stati membri siano tenuti ad adottare «le misure necessarie affinché, nelle indagini relative ai reati di cui agli articoli 2 e 3, tutte le audizioni del minore vittima del reato, ovvero del minore testimone dei fatti, possano essere videoregistrate e le videoregistrazioni possano essere utilizzate come prova nel procedimento penale, conformemente alle disposizioni del diritto interno».

Occorreva dunque procedere lungo il cammino già tracciato dall'art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p., concernente la documentazione con mezzi di riproduzione fonografica od audiovisiva delle dichiarazioni fornite da soggetti minorenni nel corso dell'incidente probatorio.

Si è però ora giustamente stabilito di riconoscere a tale modalità documentativa una valenza “generalizzata” con riferimento alle dichiarazioni rese dalle vittime particolarmente vulnerabili, intervenendo direttamente sull'art. 134 c.p.p., volto a delineare i parametri di base, l'ossatura di fondo in tema di documentazione.

È stato modificato il quarto comma di detta norma, laddove prevede la riproduzione audiovisiva solo entro i limiti della “assoluta indispensabilità”, con un'impostazione che comprime la possibilità di ricorso a questa modalità di documentazione, sebbene essa costituisca la forma più genuina di rappresentazione, essendo l'unica atta a permettere di dar conto dei cosiddetti tratti prosodici o paralinguistici del linguaggio⁶⁸.

L'art. 1, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 212 del 2015, mediante un'interpolazione del testo del predetto art. 134, comma 4, c.p.p. ha disposto, in relazione alle dichiarazioni delle persone offese particolarmente vulnerabili, che in tal caso la riproduzione audiovisiva sia sempre consentita, anche al di fuori delle ipotesi di assoluta indispensabilità.

7. *L'assistenza linguistica a favore della persona offesa dal reato*

Abbiamo già osservato in precedenza che la Direttiva 2012/29/UE imponeva agli Stati membri di introdurre idonee normative atte ad assicurare una reciproca comprensione tra le vittime del reato e l'autorità procedente, onde garantire a

⁶⁸ P. RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, Milano, 1999, p. 160 e 161.

quanti non conoscano la lingua “ufficiale”, utilizzata nel processo, l’adeguata assistenza di un interprete, i cui costi, alla luce della citata Direttiva, devono essere posti a carico dello Stato e non dell’interessato.

È quasi superfluo sottolineare l’estrema rilevanza di questa tematica⁶⁹, dovendosi ribadire come la carenza di assistenza linguistica, impedendo al soggetto all’oggettiva di comprendere quanto avviene sulla scena processuale, finisca per depotenziare, se non per rendere meramente teoriche, tutte le ulteriori garanzie previste dall’ordinamento a tutela dell’equità del processo.

La possibilità di comprendere e di essere compresi costituisce un’esigenza imprescindibile e un aspetto fondamentale del processo⁷⁰.

Il diritto ad un’adeguata assistenza linguistica deve prevalere sulle considerazioni riguardanti i costi per lo Stato da esso derivanti; peraltro, detta assistenza va garantita entro i soli limiti in cui risulti effettivamente necessaria, e ciò al fine di evitare che gli eccessivi oneri economici finiscano per condurre ad un’implosione del sistema.

In aderenza a tali indicazioni il d.lgs. n. 212 del 2015, inserendo l’art. 90-*bis* c.p.p., concernente le informazioni alla persona offesa, ha previsto, nel primo comma, che dette informazioni siano fornite alla persona offesa «in una lingua a lei comprensibile».

È stato inoltre introdotto l’art. 107-*ter* disp. att. c.p.p., in base al quale il legislatore, ponendo fine ai precedenti dubbi interpretativi in materia, ha espressamente sancito la possibilità, per la persona offesa che non conosca la lingua italiana, di presentare la denuncia o la dichiarazione di querela in una lingua a lei conosciuta ed il diritto di ottenere, previa richiesta, la traduzione in una lingua a lei conosciuta dell’attestazione di ricezione della denuncia o della querela.

Particolare rilievo assume inoltre l’inserimento dell’art. 143-*bis* c.p.p., ad opera dell’art. 1, comma 1, lett. *d*) del d.lgs. n. 212 del 2015. Il secondo comma dell’art. 143-*bis* c.p.p. prevede che l’autorità procedente debba nominare un interprete qualora occorra procedere all’audizione della persona offesa che non conosca la lingua italiana, nonché nelle ipotesi in cui tale soggetto intenda partecipare all’udienza ed abbia formulato richiesta di essere assistito dall’interprete.

Il successivo terzo comma dell’art. 143-*bis* c.p.p. stabilisce che l’assistenza dell’interprete «può essere assicurata, ove possibile, anche mediante l’ utilizzo delle tecnologie di comunicazione a distanza, sempreché la presenza fisica dell’interprete non sia necessaria per consentire alla persona offesa di esercitare correttamente i suoi diritti o di comprendere compiutamente lo svolgimento del procedimento».

Va ribadito che la Direttiva 2012/29/UE aveva evitato di imporre un obbligo

⁶⁹ Cfr. al riguardo L. LUPARIA, *Vittime dei reati e diritto all’assistenza linguistica*, in C. Falbo-M. Viezzi (a cura di), *Traduzione e interpretazione per la società e le istituzioni*, Trieste, 2014, p. 97 ss.

⁷⁰ V. sul punto S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima*, cit., p. 11.

di assistenza linguistica “onnicomprensiva”, avendo cura di precisare, al “*considerando*” n. 34, che esso va riferito alle sole ipotesi in cui «serva alla vittima per esercitare i proprio diritti», e stabilendo, in virtù dell’art. 7, punto 4, che il dovere di traduzione non concerne i documenti che non appaiano rilevanti per il raggiungimento dello scopo rappresentato dalla possibilità «di partecipare attivamente al procedimento penale».

Onde evitare, conformemente all’impostazione delineata dalla Direttiva, dei costi per l’assistenza linguistica non correlati ad effettive esigenze di garanzia, il quarto comma dell’art. 143-*bis* c.p.p. ha previsto che il diritto alla traduzione gratuita riguardi solo gli atti o parti degli stessi «che contengono informazioni utili» all’esercizio dei diritti della persona offesa.

8. *Le ragioni dello scarso rilievo attribuito alle vittime del reato dal Tribunale militare internazionale di Norimberga e le soluzioni adottate al riguardo dal Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia e da quello per il Rwanda*

Al fine di spiegare il perché della ridotta pregnanza del ruolo riconosciuto alla vittime dei reati nei procedimenti celebrati di fronte a quelli che rappresentano i primi modelli di Corti penali internazionali occorre rifarsi ad una pluralità di considerazioni.

Iniziando la disamina dal processo svoltosi innanzi al Tribunale militare internazionale di Norimberga⁷¹, e conclusosi con la sentenza depositata il 30 settembre 1946 e letta alla pubblica udienza del 1° ottobre 1946⁷², occorre concordare con la considerazione volta a sottolineare, in aderenza ai rilievi della più autorevole dottrina internazionalistica⁷³, come i milioni di vittime della follia nazional-socialista ispiratrice del nazismo non abbiamo avuto «voce né quasi alcun ruolo nel processo di Norimberga e nei successivi processi collegati»⁷⁴.

⁷¹ Sul punto v. G. MAYDA, *Norimberga. Processo al Terzo Reich*, Milano, 1996; P. RIVELLO, *Il valore paradigmatico del processo di Norimberga*, in C. Pecchenino (a cura di), *Il giudizio di Norimberga*, Torino, 1999; T. TAYLOR, *Anatomia dei processi di Norimberga*, Milano, 2005.

⁷² Va comunque ricordato che, sebbene venga generalmente definito come “processo di Norimberga”, per antonomasia, quello conclusosi con la sentenza sovraccitata, in realtà dopo tale pronuncia furono celebrati a Norimberga nei successivi tre anni altri dodici procedimenti a carico di circa centonovanta nazisti.

⁷³ V. ad esempio, per tutti, W.A. SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, Fourth Edition, Cambridge, 2011, p. 343: «*Victims did not fare particularly well in the initial efforts at prosecution before the International military tribunals at Nuremberg*».

⁷⁴ C. MELONI, *Vittime e giustizia penale internazionale*, in L. Luparia, *Lo Statuto europeo*, cit., p. 45 e 46.

Pur dovendosi rimarcare l'importanza, o meglio il valore fondamentale ricollegabile all'incriminazione dei delitti contro l'umanità, previsti per la prima volta in una regolamentazione a carattere internazionale⁷⁵, appare insoddisfacente la stessa connessione operata con il crimine di aggressione, per effetto della quale le atrocità compiute antecedentemente al 1939 risultarono sottratte alla competenza del Tribunale di Norimberga⁷⁶.

Le vittime non vennero quasi mai indicate come testimoni nel corso del processo. L'accusa si basò principalmente su fonti documentali, tratte dagli stessi archivi del Terzo Reich, e su filmati, e anche quando fece ricorso all'elemento testimoniale (durante il processo vennero escussi novantaquattro testimoni) raramente ritenne di dover citare le vittime o i loro familiari⁷⁷.

Considerazione diversa deve essere svolta con riferimento al Tribunale militare internazionale di Tokio. In tal caso numerose vittime furono chiamate a testimoniare; tuttavia, come è stato giustamente sottolineato, non venne offerto un completo spaccato delle atrocità perpetrate dalle Forze nipponiche, stante la sottovalutazione dell'incidenza e dell'efferatezza dei reati di violenza sessuale⁷⁸, a partire dagli stupri di Nanchino del 1937 e 1938⁷⁹.

Quaranta anni dopo, il Settimo Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione dei crimini ed il trattamento degli autori dei reati adottò la "Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power", il cui testo fu successivamente recepito dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite⁸⁰.

In questa Dichiarazione è stato affermato che alle vittime va riconosciuto il *right to access to justice* e che a loro favore devono inoltre essere predisposti degli

⁷⁵ V. sul punto P. BENVENUTI, *The repression of crimes against humanity, war crimes, genocide through National Courts*, in *Jus*, 1999, n. 1, p. 145, che evidenzia come i crimini contro l'umanità siano *crimina juris gentium*, diretti ad offendere valori universali che stanno alla base della società civile. Al riguardo v. altresì P. RIVELLO, *Procedura e ordinamento giudiziario militare. Giurisdizione penale internazionale*, Torino, 2000, p. 241 e 246 ss.

⁷⁶ Si giustificano pertanto le affermazioni di W.A. SCHABAS, *An introduction*, loc. cit., secondo cui «*Although today we may look upon the development of the concept of crimes against humanity as the supreme accomplishment of the Nuremberg Tribunal, at the time this category of crime, which focuses so appropriately on civilian victims, was relatively marginalized*».

⁷⁷ V. in tal senso G. ZAGO, *The Role of Victims at the International Criminal Court: Legal Challenges from the Tension between Restorative and Retributive Justice*, in *Dir. pen. cont.*, 12 novembre 2014, p. 3.

⁷⁸ C. MELONI, *Vittime e giustizia penale internazionale*, p. 46; H. NICOLA, *Witness to Rape: The Limits and Potential of International War Crimes Trials for Victims of Wartime Sexual Violence*, in *Int. Journ. Transitional Justice*, 2009, p. 115.

⁷⁹ I. CHANG, *Lo stupro di Nanchino. L'olocausto dimenticato della seconda guerra mondiale*, Milano, 2000.

⁸⁰ GA Res. 40/34. Cfr. al riguardo R. CLARK, *The 1985 United Nations Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, in G. Alfredsson and A. Macalister-Smith (a cura di), *The Living Law of Nations*, Kehl, Strasbourg and Arlington, 1996, p. 355.

adeguati meccanismi risarcitori.

Tali principi non sempre hanno trovato integrale applicazione. Anche gli organi di giustizia penale internazionale successivamente operanti risultarono spesso caratterizzati da connotazioni non pienamente appaganti al riguardo, volte a giustificare l'affermazione secondo cui fino all'istituzione dell'I.C.C. le vittime videro raramente riconosciuto un proprio autonomo ruolo sulla scena processuale internazionale, ove generalmente furono legittimate a comparire solo nella veste di testimoni⁸¹.

Per quanto concerne il c.d. Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (ICTY), e cioè, più precisamente, il "Tribunale internazionale per il perseguimento delle persone responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio dell'ex Jugoslavia dal 1991"⁸², istituito con Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 827 del 25 maggio 1993, può osservarsi tuttavia che un espresso riferimento alle vittime era contenuto nella già citata Ri-

⁸¹ Cfr. in tal senso S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims v. the Rights of the Accused*, in *Journal Int. Criminal Justice*, 8, 2010, p. 137 e 138: «until the adoption of the International Criminal Court (ICC) Statute in 1998 there was no room for victims in International criminal procedure other than as witnesses»; ID., *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, 2003, p. 219 ss. Per ulteriori analoghe considerazioni v. J. DE HEMPTINNE, *Victims' Participation in International Criminal Proceedings*, in A. Cassese et al. (a cura di), *Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, p. 562-564; C. JORDA-J. DE HEMPTINNE, *The Status and the Role of the Victim*, in A. Cassese-P. Gaeta-J.R.W.D. Jones (a cura di), *The International Criminal Court Statute: A Commentary*, vol. I, Oxford, 2002, p. 1387 ss.; C.P. TRUMBULL IV, *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings*, in 29 *Michigan Journ. International Law*, 2008, p. 777 ss.

⁸² Per approfondimenti in ordine al funzionamento ed al ruolo di tale organo giudiziario v. G. ARANGIO RUITZ, *The establishment of the International Criminal Tribunal for the former territory of Yugoslavia and the doctrine of implied power of the United Nations*, in F. Lattanzi e E. Sciso (a cura di), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc a una Corte permanente (Atti del Convegno di Roma, 15-16 dicembre 1995)*, Napoli, 1996, p. 31; G. CARELLA, *Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, in P. Picone (a cura di), *Interventi delle Nazioni Unite e diritto internazionale*, Padova, 1995, p. 463 ss.; A. CASSESE, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Some General Remarks*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. I, Bari, 1995, p. 235 ss.; M. CASTILLO, *La compétence du tribunal pénal International pour l'ex Yougoslavie*, in *Revue International de droit International public*, 1994, p. 61 ss.; J.P. GETTI-K. LESCURE, *Historique du fonctionnement du tribunal pénal International pour l'ex Yougoslavie*, in *Revue International de droit pénal*, 1996, p. 233 ss.; C. HOLLWEG, *Das neue Internationale Tribunal der UNO und der Jugoslawienkonflikt*, in *Juristenzeitung*, 1993, p. 980 ss.; T. MERON, *War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law*, in *American Journal of International Law*, 1994, p. 78 ss.; M. NUNZIATA, *Il tribunale internazionale per i crimini nell'ex Jugoslavia. Un modello per una generale giurisdizione internazionale penale*, in *Giust. pen.*, 1995, III, c. 232 ss.; J.C. O'BRIEN, *The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, in *American Journal of International Law*, 1993, p. 639 ss.; P. PICONE, *Sul fondamento giuridico del tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, in F. Lattanzi e E. Sciso (a cura di), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc*, cit., p. 65 ss.; D. SHRAGA-R. ZACKLIN, *The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *European Journal of International Law*, 1994, p. 360 ss.; G. VASSALLI, *Il tribunale internazionale per i crimini commessi nei territori dell'ex Jugoslavia*, in *Leg. pen.*, 1994, p. 335 ss.

soluzione del Consiglio di Sicurezza⁸³.

Innanzi a detto organismo giudiziario internazionale, competente a giudicare, ai sensi del suo Statuto, non solo *Grave Breaches of the Geneva Conventions of 1949* (art. 2) e *Violations of the Laws or Custom of War* (art. 3), ma anche il crimine di genocidio (art. 4) ed i crimini contro l'umanità (art. 5) (comprendenti, più specificamente, i delitti di: a) *murder*; b) *extermination*; c) *enslavement*; d) *deportation*; e) *imprisonment*; f) *torture*; g) *rape*; h) *persecutions on political, racial and religious grounds*; i) *other inhumane acts*), sfilarono, nel corso delle udienze, moltissime vittime, nella veste di testi talora fondamentali nel permettere la ricostruzione di incredibili atrocità.

Le problematiche derivanti dall'esigenza di protezione dell'incolumità di tali soggetti costituiscono oggetto di estrema attenzione, come confermato dalle previsioni contenute nell'art. 20⁸⁴ (riprodotto poi letteralmente anche dall'art. 19 dell'ICTR) e nell'art. 22 dello Statuto⁸⁵ (che rinviava poi per i dettagli al Regolamento di procedura e prova, adottato l'11 febbraio 1994 dai giudici del Tribunale internazionale, in conformità all'art. 15 dello Statuto).

Proprio tale preoccupazione indusse i componenti dell'ICTY ad ammettere, nel processo Tadic⁸⁶, con una decisione fortemente criticata dalla dottrina⁸⁷, l'eventuale anonimato delle vittime chiamate a testimoniare, e cioè la secretazione nei confronti non solo del pubblico ma anche degli accusati e dei loro difensori in ordine all'indicazione dell'identità di tali soggetti⁸⁸.

⁸³ UN Doc. S/RES7827 (1993), *Annex*: «*the work of the International Tribunal shall be carried out without prejudice to the right of the victims to seek, through appropriate means, compensation for damages incurred as a result of violations of international humanitarian law* (l'attività del Tribunale internazionale sarà svolta senza pregiudicare il diritto delle vittime di cercare, mediante mezzi appropriati, di ottenere una compensazione per i danni subiti a causa delle violazioni del diritto internazionale umanitario – trad. nostra –)».

⁸⁴ In base a detta norma è stato imposto alle *Trial Chambers* di assicurare non solo un «*full respect for the rights of the accused*» ma anche un «*due regard for the protection of victims and witnesses*».

⁸⁵ Ai sensi dell'art. 22 dello Statuto «*The International Tribunal shall provide in its rules of procedure and evidence for the protection of victims and witnesses. Such protection measures shall include, but shall not be limited to, the conduct of in camera proceedings and the protection of the victim's identity*».

⁸⁶ Trib. internaz. per l'ex Jugoslavia, 10 agosto 1995, Camera di Prima istanza n. 2, Tadic, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1090.

⁸⁷ N.A. AFFOLDER, 'Tadic', *the Anonymous Witness and the Sources of International Procedural Law*, in 19 *Michigan Journ. Intern. Law*, 1998, p. 445; M. LEIGH, *The Yugoslav Tribunal: Use of Unnamed Witnesses Against Accused*, in 90 *American Journ. Intern. Law*, 1996, p. 235; M. MOMENI, *Balancing the Procedural Rights of the Accused Against a Mandate to Protect Victims and Witnesses: An Examination of the Anonymity rules of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in 41 *Howard Law Journ.*, 1997, p. 155.

⁸⁸ Secondo questa pronuncia deve essere preliminarmente accertato in maniera rigorosa che la minaccia alla sicurezza del soggetto, vittima del reato, chiamato a testimoniare sia effettiva e non

Pur nella consapevolezza delle differenti indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della C.e.d.u., venne osservato che la gravità e la pericolosità del particolare contesto ambientale impedivano ogni altra soluzione, e si affermò che comunque la giurisprudenza della C.e.d.u. era riferibile solo alle giurisdizioni penali “ordinarie”⁸⁹.

Altri aspetti inerenti alla posizione delle vittime furono peraltro sottovalutati. Lo Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (ed analogamente il Regolamento di procedura e prova) non ipotizzò la possibilità di costituzione di parte civile (in aderenza al modello dei processi criminali di *common law*), e non evidenziò comunque un particolare interesse alle problematiche riparatorie.

Analoghe considerazioni potrebbero essere ripetute in relazione al Tribunale penale internazionale per il Rwanda (ICTR), istituito in virtù della Risoluzione n. 955 dell'8 novembre 1994, ed avente sede ad Arusha, in Tanzania⁹⁰.

Anche in tal caso, come emerge dall'analisi dell'art. 21 del relativo Statuto, l'attenzione si concentrò solo su taluni peculiari aspetti. In particolare, poiché generalmente gli imputati avevano ancora legami e godevano di influenze nei loro territori di origine, e conseguentemente le vittime chiamate a testimoniare correvano forti rischi di intimidazione e ritorsione, furono adottate speciali misure di protezione, ivi compresa, ai sensi dell'art. 34 del Regolamento di tale Tribunale penale internazionale, la creazione di una struttura diretta a tutelare i testimoni e le vittime, denominata *Victims and Witnesses Unit*.

Pur dovendosi rilevare che questi due organi internazionali hanno comunque inciso positivamente sulla sofferta realtà delle vittime, permettendo di chiarire *the*

solo presunta e risulti confermata da elementi concreti. In caso di esito positivo di tale accertamento, occorre poi valutare se non possa essere ritenuto sufficiente, onde realizzare le esigenze di sicurezza, procedere ad un'udienza a porte chiuse o avvalersi di strumenti tecnici quali i meccanismi di distorsione della voce e dell'immagine. Pertanto anche in base a detta decisione il ricorso all'anonimato come misura di protezione, pur dovendo essere considerato ammissibile, rappresentava comunque un'*extrema ratio*, a cui poteva farsi ricorso unicamente qualora la dichiarazione assumesse una particolare importanza, e comunque entro i limiti del minimo sacrificio ai diritti dell'accusato. Per rendere non meramente teoriche tali considerazioni si rilevò che il diritto al controesame, nel caso di “teste anonimo”, avrebbe dovuto essere compresso solo in relazione alle domande volte a costringere tale soggetto a rivelare la sua identità o comunque a fornire dei dati potenzialmente idonei a compromettere le misure di protezione in atto.

⁸⁹ Trib. internaz. per l'ex Jugoslavia, 10 agosto 1995, Camera di Prima istanza n. 2, Tadic, loc. cit.

⁹⁰ Per quanto concerne il Tribunale penale internazionale per il Rwanda v. AKHAVAN, *The International criminal tribunal for Rwanda*, in F. Lattanzi e E. Sciso (a cura di), *Dai tribunali penali internazionali ad hoc*, cit., p. 191 ss.; M. TH. JOHNSON, *The International Tribunal for Rwanda*, in *Revue Internationale de droit pénal*, 1996, p. 211 ss.; R. MAISON, *Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal pénal International pour le Rwanda*, in *Revue général de droit intern. public*, 1999, p. 129 ss.; V. MORRIS-M.P. SHARF, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, 2 voll., Irvington-on-Hudson, 1998.

historical truth ed al contempo *fulfilling a denunciatory function*⁹¹ (consistente appunto nel “ristabilire la verità” e nel confermare che i fatti commessi non sono mere “conseguenze della guerra” o di una attività bellica derivante dal conflitto, ma configurano dei crimini perseguibili innanzi agli organi di giustizia)⁹², realizzando così, parimenti, l’interesse delle vittime al perseguimento penale dei soggetti responsabili di tale condotta⁹³, a ben vedere «*Few of the victims of serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia or Rwanda can feel particularly satisfied with the modest output of two International tribunals established by the Security Council*»⁹⁴.

9. *Le Truth Commissions e il difficile percorso di “conciliazione” tra le vittime e i perpetratori dei crimini*

In altri casi, all’esito di guerre civili o di contrasti etnici che hanno insanguinato determinate Nazioni per un lungo arco di tempo, si è dato vita a meccanismi che hanno permesso alle vittime del reato di far sentire in maniera assai diversa la propria voce.

Intendiamo in tal modo fare riferimento a quelle forme del tutto peculiari e sotto più di un aspetto “di confine” tra giurisdizione e mediazione rappresentate dalle “Commissioni per la verità e la riconciliazione”⁹⁵, ove la vittima diventa davvero l’elemento focalizzatore, in quanto non può esservi riconciliazione laddove il responsabile degli illeciti non abbia mostrato di voler percorrere un percorso di emenda e di disvelamento di quanto avvenne nel passato, che deve necessariamente tendere ad un simbolico incontro con le vittime, in un quadro di reale consapevolezza del male ad esse arrecato.

Come è stato autorevolmente affermato, nel delicato processo di riconciliazione con il reo e con la società la vittima «ottiene una posizione di centralità, recu-

⁹¹ W.A. SCHABAS, *An introduction*, cit., p. 347.

⁹² V., volendo, P. RIVELLO, *Quale giustizia per le vittime dei crimini nazisti?*, Torino, 2002, p. 143 ss.

⁹³ Sulla natura di tale interesse v. R. ORLANDI, *I diritti della vittima in alcune particolari modalità di definizione del rito penale*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 167 ss.

⁹⁴ W.A. SCHABAS, *An introduction*, cit., p. 346 e 347.

⁹⁵ V. sul punto, tra i tanti, A.M. GENTILI-A. LOLLINI, *L’esperienza delle commissioni per la verità e la riconciliazione: il caso sudafricano in una prospettiva giuridico-politica*, in G. Illuminati-L. Stortoni-M. Virgilio (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Torino, 2000, p. 163 ss.; W. SCHABAS, *The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission*, in N. Roth Arriara-J. Mariez-Currena (a cura di), *Transitional Justice in the Twenty-First Century, Beyond Truth versus Justice*, Cambridge, 2006, p. 21.

perando la consapevolezza della stima del proprio “mondo esistenziale” da parte sia del reo che della collettività»⁹⁶.

Questo processo peraltro oltre ad esigere che il perpetratore dei crimini ammetta pienamente le proprie responsabilità, richiede al contempo, almeno di regola, anche un reale impegno ad una condotta riparativa⁹⁷, volto a dare concretezza a quelle che altrimenti rischierebbero di essere vuote parole di pentimento ed a fornire alla vittima i mezzi materiali per intraprendere un cammino nuovo e per riappropriarsi di quelle possibilità che le erano state precluse in conseguenza delle vessazioni e degli abusi subiti⁹⁸, allontanandola dall'isolamento in cui era stata senza sua colpa confinata.

Le *Truth Commissions* (la più nota delle quali fu probabilmente la Commissione Sudafricana per la verità e la riconciliazione, presieduta dall'Arcivescovo anglicano Desmond Tutu, premio Nobel per la pace nel 1984) non sono dei Tribunali e non emettono delle sentenze; esse non si ispirano ad un criterio di giustizia retributiva, ma permettono, attraverso vari strumenti, e soprattutto mediante la raccolta delle testimonianze delle vittime, chiamate a narrare i crimini da esse subiti, di giungere ad una ricostruzione dell'intero contesto storico-politico che caratterizzò queste vicende⁹⁹.

⁹⁶ G. UBERTIS, *Riconciliazione, processo*, cit., p. 84.

⁹⁷ Per alcune significative considerazioni sul “paradigma conciliativo-riparativo” v. V. PATANÈ, *Percorsi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 549 ss.

⁹⁸ Sulla valenza della condotta riparativa v. A. CERETTI, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, p. 39.

⁹⁹ Va ricordata, tra le *Truth Commissions*, anche quella argentina, istituita in precedenza dal Presidente Raúl Alfonsín, eletto nel 1983 dopo la caduta della dittatura militare, e denominata *Comisión Nacional para la Desaparición de Personas*, presieduta da Ernesto Sabato ed incaricata di indagare sui crimini politici commessi durante la dittatura. Nel rapporto conclusivo dei lavori di detta Commissione, pubblicato nel 1984 ed intitolato *Nunca Más*, furono documentati i casi di oltre novemila “sparizioni” e fu altresì evidenziata l'esistenza, durante il regime dittatoriale, di 340 centri di detenzione clandestini, presso cui venivano perpetrate brutalità di ogni tipo, ed ove le torture effettuate costituivano in molti casi il preludio della successiva eliminazione fisica. Altra Commissione molto significativa fu quella denominata *Presidential Committee on Human Rights*, creata nelle Filippine da Corazon Aquino nel 1987 al fine di indagare sulle violenze commesse dal regime del Presidente Ferdinand Marcos durante il periodo del suo potere, dal 1972 al 1986. In Cile nel 1990 il Presidente Patricio Aylwin, dopo essere stato eletto, provvide a sua volta ad istituire immediatamente la *Comisión Nacional Verdad y Reconciliación*, detta anche Commissione Retting dal nome del suo Presidente, il senatore Raúl Retting. Tale Commissione, composta da sessanta membri, indagò sui crimini compiuti nel corso della dittatura del generale Pinochet, dal primo settembre 1973 fino al primo marzo 1990. Va parimenti ricordata la *Commission on the Truth for El Salvador*, istituita nel 1992 per effetto degli accordi firmati a Ginevra, nel 1991, tra il Governo di El Salvador ed il *Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional* (FLMN), con la mediazione delle Nazioni Unite, intervenuta al termine di una guerra civile che si protrasse da circa un ventennio. Né va dimenticata la *National Truth and Justice Commission* istituita nel dicembre del 1994 dal Presidente

La Commissione sudafricana per la verità e la riconciliazione operò ripartendo il suo lavoro fra diverse Sottocommissioni. Una di queste, e cioè il *Committee on Human Rights Violations*, ebbe il compito di ricevere le *submissions* degli interessati coinvolti in tali episodi, i cui resoconti vennero poi inseriti in un *National Data Base*, onde permettere una accurata rievocazione dei fatti di causa, necessaria per l'identificazione di tutti i nominativi delle vittime e, più in generale, per fornire un quadro oggettivo e completo, volto a rappresentare l'indispensabile presupposto per ogni futura analisi ricostruttiva al riguardo.

Un'ulteriore Sottocommissione, denominata *Reparation and Rehabilitation Committee*, ebbe invece il compito di determinare l'ammontare degli indennizzi spettanti alle vittime e di formulare suggerimenti volti, tra l'altro, a favorire il loro processo di recupero psicologico.

10. *La peculiare impostazione accolta in relazione ai procedimenti celebrati dal Tribunale speciale della Cambogia (ECCC, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia) e dal Tribunale speciale per il Libano (STL, Special Tribunal for Lebanon)*

Venendo invece alle Corti di giustizia, un particolare rilievo assume l'esperienza offerta dalle Corti straordinarie della Cambogia (*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* – ECC), create nel 2003 al fine di giudicare i soggetti accusati di crimini di guerra e contro l'umanità commessi, sotto il regime dei c.d. Khmer Rossi, durante la dittatura di Pol Pot, fra l'aprile del 1975 ed il gennaio del 1979.

Tale organismo giurisdizionale, istituito congiuntamente dall'ONU e dal Governo cambogiano, è configurabile come un tribunale "ibrido", la cui procedura appare caratterizzata dal significativo ruolo attribuito alle vittime del reato, in ossequio all'impostazione accolta dal diritto processuale cambogiano.

Le relative *Rules of Procedure* chiariscono che innanzi all'ECCC è ammessa la costituzione di parte civile¹⁰⁰, a differenza di quanto avviene presso buona parte degli altri organi di giustizia internazionale.

Su questa scelta ha indubbiamente influito il fatto che il codice di procedura penale cambogiano, sul cui modello sono stati in gran parte delineati gli istituti appli-

Jean Bertrand Aristide ed incaricata di indagare sui crimini compiuti, nell'arco temporale compreso tra il 1991 ed il 1994, durante la dittatura seguita al colpo di Stato operato dal generale Cédras.

¹⁰⁰ Cfr. J. IONTCHEVA TURNER, *International Decisions: Decision on Civil Party Participation in Provisional Detention Appeals: Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, 103 *American Journal of International Law*, 2009, p. 116 ss.

cabili innanzi all'ECCC, è ispirato al sistema processuale francese¹⁰¹, che, come noto, prevede la possibilità di costituzione di parte civile nel corso del processo penale.

Ai sensi del primo comma della *Rule 23 (General Principles of Victims Participation as Civil Parties)* lo scopo della costituzione di parte civile innanzi all'ECCC consiste nel: *a)* partecipare ai processi penali celebrati nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili dei crimini ricompresi nella giurisdizione dell'ECCC supportando l'attività della pubblica accusa; *b)* cercare *collective and moral reparation* (non è infatti possibile ottenere innanzi all'ECCC dei risarcimenti a titolo individuale).

Il secondo comma della norma citata precisa che la possibilità di costituzione di parte civile prescinde dalla nazionalità e dal luogo di residenza delle vittime.

Il successivo terzo comma ammette la possibilità di costituzione a titolo individuale, come parte civile, nella fase antecedente alla celebrazione del dibattimento. Nella fase dibattimentale le parti civili in posizioni fra loro omogenee devono essere rappresentate collettivamente dai loro avvocati, che formulano poi le relative richieste per i risarcimenti collettivi e morali.

Estremamente importante si rivela l'analisi del quarto comma, volto a chiarire che innanzi all'ECCC la posizione di testimone e quella di parte civile devono essere mantenute distinte e separate, occorrendo dunque esercitare una precisa opzione al riguardo¹⁰².

Onde individuare la possibile *ratio* di detta impostazione va osservato come la parte civile miri al riconoscimento della colpevolezza dell'accusato; la sussistenza di questa finalità esclude quella posizione di obiettività che dovrebbe caratterizzare il ruolo del testimone.

Ai sensi della *Rule 23 bis (Application and Admission of Civil Parties)* per l'ammissibilità della costituzione di parte civile occorre che il soggetto, fornendo adeguati dettagli, dimostri di aver sofferto, quale diretta conseguenza di uno dei crimini addebitati all'incolpato, «*physical, material or psychological injury*»¹⁰³ ido-

¹⁰¹ Cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law*, II Ed., Oxford, 2008, p. 374.

¹⁰² Su questo aspetto v. B. MCGONIGLE LEYH, *Procedural Justice ? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, Cambridge, 2011, p. 193 ss.

¹⁰³ Per comprendere cosa debba essere considerato *physical, material or psychological injury* v. l'analisi compiuta dall'ECCC in occasione del processo Duch: *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Supreme Court Chamber, Case File/Dossier N° 001/18-07-2007 –ECCC/SC, 3 February 2012, Appeal Judgement, Accused Kaing Guek Eav alias Duch*, p. 190, ove si afferma che il termine “*injury*” indica «*hurt, damage or harm, which results through loss or detriment*» e si rileva che «*in the ECCC and in International jurisprudence, “injury” is used interchangeably with “harm”*». Circa la distinzione fra *injury* «*physical, material or psychological*» i giudici dell'ECCC in detta sentenza hanno così affermato: «*Physical injury denotes biological damage, anatomical or functional. It may be described as a wound, mutilation, disfiguration, disease, loss or dysfunction of organs, or death. Material injury refers to a material object's loss of value, such as complete or partial destruction of personal property, or loss of income. Finally, [...] injury may also be psychological and include mental disorder or psychiatric trauma, such as post-traumatic stress disorder*».

nea a fondare la richiesta di risarcimento dei danni collettivi e morali.

In virtù del quinto comma della predetta *Rule 23 bis* nella fase anteriore al dibattimento è comunque possibile rinunciare alla richiesta di risarcimento e revocare la costituzione di parte civile.

La successiva *Rule 23 ter* prevede che le parti civili possano aggregarsi in gruppi omogenei rappresentati da un unico avvocato. Qualora esse non dispongano dei mezzi economici sufficienti al pagamento delle spese legali vengono ammesse, su richiesta, a specifiche forme di assistenza.

In base alla *Rule 23 quinques (Civil Party Claim)* in caso di condanna dell'imputato il Collegio, come già abbiamo accennato in precedenza, «*may award only collective and moral reparations to Civil Parties*» («può soltanto riconoscere il diritto a risarcimenti collettivi e morali a favore delle parti civili», nostra trad.).

L'ultima parte del primo comma della *Rule 23 quinques* chiarisce che i "benefici" attribuibili alle parti civili non possono in ogni caso assumere la forma di pagamenti monetari.

Per tutelare l'incolumità dei testimoni, chiamati spesso a rendere dichiarazioni concernenti episodi estremamente traumatici ed esposti talora a pericoli di ritorsioni, innanzi all'ECCC, così come presso altri organi di giustizia internazionale¹⁰⁴, è stata creata la *Witnesses/Experts Support Unit (WESU)*¹⁰⁵.

Venendo al Tribunale Speciale per il Libano (STL), istituito per accertare le responsabilità dell'attacco terroristico avvenuto il 14 febbraio 2005, che causò la morte dell'ex Primo Ministro Rafik Hariri e di altre 22 persone, va ricordato che il modello processuale ivi adottato, derivante da una fusione tra principi di *common law* e di *civil law*, e basato in gran parte anche su istituti ricavabili dal sistema processuale libanese, ammette la partecipazione delle vittime al procedimento¹⁰⁶.

Molte sono le analogie tra l'impostazione accolta dall'ECCC e quella che caratterizza il Tribunale Speciale per il Libano per quanto concerne le vittime del reato, sebbene innanzi allo STL sia stata esclusa, a differenza dell'ECCC, la possibilità di costituzione di parte civile.

Per avere maggiori dettagli occorre esaminare, in particolare, gli artt. 2, 86, 87, 93 e 150 delle *Rules of Procedure and Evidence* dello STL.

La *Rule 2* definisce la vittima del reato come «*A natural person who has suf-*

¹⁰⁴ Oltre ai vari tribunali internazionali da noi esaminati, va ricordato come anche nell'ambito della *Special Court for Sierra Leone* sia prevista un'apposita Unità, denominata *Witness and Victim Section (WVS)*, preposta ad assicurare la protezione di tutti i soggetti chiamati a testimoniare innanzi a detta Corte. V. sul punto R. WINTER, *The Special Court for Sierra Leone*, in R. Bellelli (a cura di), *International Criminal Justice*, 2010, Farnham Surrey, England-Burlington, Vermont, U.S.A., p. 113 ss.

¹⁰⁵ Cfr. C. LEANG-W. SMITH, *The Early Experience of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, in R. Bellelli (a cura di), *International Criminal Justice*, cit., p. 159 ss.

¹⁰⁶ Cfr. C. APTEL, *Some Innovations in the Statute of the Special Tribunal for Lebanon*, in *Journal Int. Criminal Justice*, 5, 2007, p. 1107 ss.

ferred physical, material or mental harm as a direct result of an attack within the Tribunal's jurisdiction».

Ai sensi della *Rule 86 (Granting the Status of Victim Participation in the Proceedings)* la persona che afferma di essere vittima di un crimine rientrante nella giurisdizione del Tribunale speciale per il Libano può richiedere il riconoscimento dello *status* di “vittima partecipante al procedimento”, qualora intenda esporre nel corso di esso (e comunque una volta esaurita la fase delle investigazioni, durante la quale è esclusa tale possibilità di partecipazione) «*his views and concerns*».

Il riconoscimento è subordinato peraltro ad una serie di condizioni, non essendo sufficiente la prova di essere stati vittime del reato. Occorre infatti verificare (al pari, come vedremo, di quanto richiesto innanzi all'ICC) che la partecipazione al procedimento non sia «*prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial*» e non determini «*unnecessary delay or inefficiency in the proceedings*».

In base alla *Rule 87 (Modes of Participation of Victims in the Proceedings)*, lett. *b*), innanzi al Tribunale Speciale per il Libano le vittime sono legittimate a citare dei testimoni nel corso del dibattimento e ad esaminare e controesaminare i testi indicati dalle parti.

Per quanto concerne la delicatissima problematica riguardante la possibilità di ammettere le testimonianze “anonime” la questione è stata regolamentata dalla *Rule 93 (Questioning of Anonymous Witnesses by the Pre-Trial Judge)* che consente dette testimonianze, in presenza di particolari condizioni, del tutto eccezionali. Infatti, una simile possibilità è ammessa: *a*) qualora sussista un «serio rischio» che il testimone o uno stretto parente del testimone possa «perdere la vita o soffrire un grave danno, fisico o mentale» nell'ipotesi in cui la sua identità sia rivelata, e tutte le altre misure appaiano insufficienti a prevenire detto rischio; oppure *b*) qualora vi sia un «serio rischio» che la sicurezza nazionale possa risultare compromessa dall'individuazione di tale identità.

In questo caso il giudice può procedere ad esaminare il testimone in assenza delle parti. Il *Prosecutor*, la difesa ed i legali rappresentanti delle vittime hanno tuttavia la possibilità di rivolgere delle domande che non permettano di svelare l'identità del testimone stesso.

Anche per quanto concerne i procedimenti celebrati innanzi al Tribunale speciale per il Libano la scelta, da parte della vittima, di partecipare in tale sua veste al procedimento la rende incompatibile, almeno in linea di massima, ai sensi della *Rule 150 (Testimony of Witnesses)*, lett. *d*) allo svolgimento delle funzioni di testimone¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Infatti, in base alla citata *Rule 150*, lett. *d*): «*A victim participating in the proceedings shall not be permitted to give evidence, unless Chamber decides that the interests of justice so require*».

Occorre infine segnalare la soluzione accolta in relazione alla tematica delle compensazioni alle vittime, e delineata dall'art. 25 dello Statuto (*Compensation to victims*).

Come già abbiamo accennato in precedenza, è preclusa la possibilità di costituzione di parte civile. Si è previsto infatti che la vittima del reato debba adire per i risarcimenti dei danni cagionati dal reato le autorità giudiziarie nazionali, sulla base delle rispettive legislazioni¹⁰⁸, stabilendosi peraltro che la decisione del Tribunale Speciale per il Libano volta ad accertare la penale responsabilità del soggetto nei cui confronti la vittima intenda poi agire in ambito restitutorio non possa più essere rimessa in discussione e contestata presso tali organi giudiziari¹⁰⁹.

11. *Le vittime del reato innanzi alla Corte penale internazionale nella regolamentazione del suo Statuto e in quella delle Rules of Procedure and Evidence*

Con l'adozione, ad opera della Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite, dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale si è aperta, con riferimento agli organi di giustizia sovranazionale, una fase nuova anche in rapporto alla tematica in esame, volta ad evidenziare, dopo le iniziali sottovalutazioni, il ruolo fondamentale che deve essere attribuito di fronte alle Corti internazionali alla vittima del reato¹¹⁰, nella consapevolezza della necessità di un approccio olistico a queste problematiche, che non può dunque essere limitato all'aspetto meramente retributivo nei confronti dei colpevoli ma deve tendere anche alla realizzazione di una procedura "ristorativa", in quanto senza una tale componente la giustizia internazionale non può avere un reale impatto sugli interessi e sulle attese delle vittime¹¹¹.

¹⁰⁸ Cfr. art. 25, par. 3 *Statute STL*: «Based on the decision of the Special Tribunal and pursuant to the relevant national legislation, a victim or persons claiming through the victim [...] may bring an action in a National court or other competent body to obtain compensation».

¹⁰⁹ Cfr. art. 25, par. 4 *Statute STL*: «For the purposes of a claim made under paragraph 3 of this article, the judgment of the Special Tribunal shall be final and binding to the criminal responsibility of the convicted person».

¹¹⁰ Cfr. J. DE HEMPTINNE, *Victims' Participation in International Criminal Proceedings*, cit., p. 564; C. JORDA-J DE HEMPTINNE, *The Status and the Role of the Victim*, loc. cit.; nonché W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 343, il quale sottolinea che «Victims have taken an increasingly prominent place in our contemporary system of International criminal law»; in tal senso v. anche P. MASSIDDA, *Retributive and restorative Justice for Victims and Reconciliation: Consideration on the Lubanga Case Before the ICC*, cit., p. 1 ss.

¹¹¹ P. MASSIDDA, *Retributive and restorative Justice for Victims and Reconciliation*, cit., p. 3 ss.; G. ZAGO, *The Role of Victims at the International Criminal Court: Legal Challenges from the Tension between Restorative and Retributive Justice*, in *Dir. pen. cont.*, 12 novembre 2014, p. 1 ss.

Significativamente il Preambolo allo Statuto contiene un drammatico riferimento al fatto che «durante gli ultimi cento anni milioni di bambini, donne ed uomini sono stati *vittime* di inimmaginabili atrocità che turbano profondamente la coscienza dell'umanità».

È estremamente rilevante l'indicazione, contenuta come *General Principle* nella *Rule 86* delle *Rules of Procedure and Evidence*, in base alla quale ogni Camera della Corte e gli altri organi sono obbligati a tener conto «delle necessità di tutte le vittime e dei testimoni, in aderenza al disposto dell'art. 68 (dello Statuto), ed in particolare di quelle dei bambini, degli anziani, dei disabili e delle vittime di violenza sessuale o di genere»¹¹².

La definizione di “vittima” viene fornita dall'art. 85 delle *Rules of Procedure and Evidence*¹¹³: «a) “Victim” means natural person who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court; b) Victim may include organization or institution that have sustained direct harm to any of their property, which is dedicated to religion, education, art or science or charitable purposes, and to their historic monuments, hospital and other places and objects for humanitarian purposes».

Dall'analisi della *Rule 85* emerge dunque che mentre per le vittime persone fisiche è richiesta semplicemente la sussistenza di un danno da esse subito¹¹⁴, con riferimento alle organizzazioni od istituzioni è invece aggiunto un ulteriore requisito, rappresentato dall'individuazione di un danno “diretto”, non previsto per le persone fisiche, che possono dunque essere considerate “vittime”, a prescindere dal fatto che il danno sia “diretto” od “indiretto”.

La giurisprudenza della Corte ha sottolineato che si ha un danno indiretto

¹¹² Riportiamo il testo integrale della *Rule 86* (*General principle*): «A Chamber in making any direction or order, and other organs of the Court in performing their functions under the Statute or the Rules, shall take into account the needs of all victims and witnesses in accordance with article 68, in particular, children, elderly persons, persons with disabilities and victims of sexual or gender violence».

¹¹³ Detta definizione riprende almeno in parte le indicazioni contenute nei *Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* – U.N. Document, A/60/147 –, in base alle quali «victims are persons who individually or collectively suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, [...]. Where appropriate, and in accordance with domestic law, the term “victim” also includes the immediate family or dependants of the direct victim and persons who have suffered harm in intervening to assist victims in distress or to prevent victimization».

¹¹⁴ Per l'individuazione di cosa possa essere considerato *harm*, e cioè danno, nei procedimenti innanzi alla Corte penale internazionale v. *Lubanga* (ICC-01/04-01/06), *Decision on Victims' Participation*, 18 January 2008, para 92 : «a victim may suffer [...] from harm in a variety of different ways such as physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of his or her fundamental rights».

quando soggetti uniti da uno stretto vincolo con la vittima “diretta”, come ad esempio i familiari, subiscono degli effetti negativi, talora di natura psicologica, derivanti dal danno arrecato dal reato¹¹⁵.

Bisogna parimenti rilevare come, in base alla predetta definizione di vittima, occorra inoltre la sussistenza di un nesso causale tra il crimine (rientrante nella competenza della Corte) e il danno subito.

Il dato comunque più importante è rappresentato dalla considerazione che, a differenza di quanto avevamo osservato in relazione ad alcuni altri organi di giustizia internazionale, l’“apertura” dell’ICC alle istanze ed alle esigenze delle vittime del reato riguarda uno spettro assai ampio di aspetti.

I riferimenti alle vittime contenuti nello Statuto e nelle *Rules of Procedure and Evidence* concernono infatti non solo il loro diritto ad intervenire ai procedimenti celebrati nei confronti dei supposti autori dei crimini ma anche il riconoscimento della legittimazione ad agire per ottenere adeguate forme di risarcimento.

Indubbiamente tale accentuata sensibilità verso la vittima del reato è stata favorita dal fatto che lo Statuto della Corte rappresenta il frutto di un lavoro di elaborazione in cui risultano fusi gli apporti di sistemi giuridici assai differenti fra loro¹¹⁶, ed ove pertanto ha giocato un ruolo considerevole l’impostazione di *civil law*, maggiormente favorevole alla presenza delle vittime in ambito processuale, controbilanciando così le remore e le diffidenze generalmente nutrite al riguardo dai sistemi di *common law*, caratterizzati dal timore che detta presenza possa alte-

¹¹⁵ Lubanga (ICC-01/04-01/06), *Redacted Version of Decision on “indirect victims”*, 8 April 2009, paras. 50-51. Per alcune ulteriori considerazioni, concernenti in particolare l’ipotesi dei parenti dei “bambini soldato”, ritenuti “vittime indirette”, in quanto l’arruolamento di tali bambini, effettuata spesso previa sottrazione violenta alle famiglie, non solo lede i bambini stessi, ma anche, indirettamente, i loro genitori, v. Lubanga, *Judgment on the Appeals of the Prosecutor and the Defence Against Trial Chamber I’s Decision on Victim’s Participation of 18 January 2008, 11 July 2008*: «harm suffered by one victim as a result of the commission of a crime within the jurisdiction of the Court can give rise to harm suffered by other victims. This is evident, for instance, when there is a close personal relationship between the victims such as the relationship between a child soldier and the parents of that child. The recruitment of a child soldier may result in personal suffering of both the child concerned and the parents of that child». Va ricordato che Lubanga fu accusato e poi condannato per aver arruolato bambini al di sotto dei 15 anni di età ed averli poi fatti partecipare attivamente alle ostilità nella regione dell’Ituri nella Repubblica Democratica del Congo, nel periodo compreso tra il 2002 ed il 2003. Lubanga non fu invece incriminato (e tale omissione costituì oggetto di aspre critiche da parte di alcuni commentatori e di moltissime vittime) in relazione ai crimini di violenza *sexual and gender-based*, pur essendo “fatto notorio” che tali crimini venivano praticati di prassi nel corso del reclutamento, come confermato da numerosi testimoni nel corso del processo. V. al riguardo le considerazioni di P. MASSIDA, *Retributive and restorative Justice for Victims and Reconciliation*, cit., p. 11.

¹¹⁶ G. BITTI-H. FRIMAN, *Participation of Victims in the Proceedings*, in R. Lee (a cura di), *The International Criminal Court: Elements of Crime and Rules of Procedure and Evidence*, New York, 2001, p. 456 ss.

rare il principio della “parità delle armi” fra l’accusato e l’accusatore, dando vita ad una sorta di “terza parte” che opererebbe a fianco dell’accusa, fornendole strumenti che finirebbero per indebolire la posizione della difesa¹¹⁷.

Del resto, di fronte a crimini aventi talora una valenza raccapricciante, l’ordinamento internazionale non può rimanere sordo alle istanze di chi tali crimini ha subito, a partire dalla primigenia richiesta tendente a veder ammesso quello che è stato definito come il «diritto al racconto» di queste atrocità, in quanto «la dinamica del racconto del proprio dolore rappresenta [...] un momento imprescindibile del percorso del riconoscimento della vittima come tale, verso se stessa e verso i consociati»¹¹⁸.

Comunque, anche nello Statuto e nelle *Rules of Procedure and Evidence* emerge la necessità di contemperare i contrapposti interessi e diritti, onde evitare che la valorizzazione del ruolo assegnato alla vittima del reato si traduca in un detrimento per le prioritarie esigenze di garanzia dell’imputato.

Peraltro, come già abbiamo avuto occasione di rilevare, non deve essere data per scontata l’impostazione secondo cui l’incremento dei diritti delle vittime del reato danneggia necessariamente l’imputato, in quanto, a ben vedere, «*there is nothing prejudicial per se to the rights of the accused in allowing victim participation in international criminal proceedings*»¹¹⁹.

Una simile logica però ha indubbiamente influito nella predisposizione della normativa afferente alla disciplina della Corte penale internazionale.

Basterebbe osservare, al riguardo, come da un lato la *Rule 89* consenta alle vittime del reato di presentare «*their views and concerns*» nel corso del procedimento, previa adeguata *application for participation in the proceedings*, ma d’altro canto l’art. 68 dello Statuto¹²⁰, nel delineare le misure di protezione a favore delle vittime e dei testimoni e nel prevedere le modalità della loro partecipazione, sottolinea, al par. 1, che esse non devono pregiudicare i diritti dell’accusato e non devono tradursi in un *vulnus* al principio dell’equo processo, affermando espressamente che «*These measures shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused and a fair and impartial trial*».

Sotto questo aspetto, va peraltro effettuata una precisazione. Infatti, sebbene

¹¹⁷ Cfr. al riguardo H. FRIMAN, *The ICC and Victim Participation: A Third Party to the Proceedings?*, in 22 *Leiden Journ. International Law*, 2009, p. 485 ss. ed in particolare p. 496 ss.

¹¹⁸ Per tali considerazioni v. S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima*, cit., p. 14; sul punto v. altresì A. GARAPON, *I crimini che non si possono né perdonare né punire. L’emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, 2004, p. 123.

¹¹⁹ S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., p. 139.

¹²⁰ Per un’approfondita disamina di tale articolo v. D. DONAT CATTIN, *Protection of the Victims and Witnesses and Their Participation in the Proceedings – Article 68*, in O. Triffterer (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Baden-Baden, 1999, p. 869 ss.

le norme contenute nello Statuto e nelle *Rules of Procedure and Evidence* evidenzino il timore che un ampliamento dei poteri della vittima del reato possa determinare la compressione dei diritti dell'imputato, occorre ricordare che tale impostazione viene meno in caso di pronuncia di condanna, quando, essendo ormai acclarata la colpevolezza, permane solo la necessità di garantire un'adeguata "riparazione" alle vittime¹²¹.

Proseguendo nella nostra disamina dobbiamo ribadire come innanzi alla Corte penale internazionale la vittima non assuma mai la veste di parte¹²², non essendo previsto un istituto assimilabile a quello della costituzione di parte civile.

Ai sensi dell'art. 89, par. 2, delle *Rules of Procedure and Evidence*, la richiesta di partecipare al procedimento deve essere fatta in forma scritta¹²³, e può essere rigettata dal Collegio, su propria autonoma iniziativa o previa richiesta in tal senso da parte del *Prosecutor* o della difesa, qualora si ritenga che il soggetto che ha formulato la domanda non possa essere considerato vittima del crimine per cui si procede o non risultino comunque concretate le condizioni delineate dall'art. 68, par. 3, dello Statuto per la sua partecipazione al procedimento.

Se la vittima è un bambino o un disabile la richiesta deve essere inoltrata, ai sensi della *Rule* 89, par. 3, da una persona che agisca nell'interesse della vittima (non necessariamente deve essere un parente o tutore)¹²⁴; in tal caso detta domanda può essere formulata anche senza il consenso dell'interessato¹²⁵.

La vittima ammessa a partecipare al procedimento può essere sentita anche come teste, a differenza di quanto previsto innanzi alle ECCC ed al STL, ove l'opzione derivante dalla richiesta di partecipare al procedimento preclude, in linea generale, la possibilità di rendere una dichiarazione testimoniale.

La disciplina dell'ICC risulta invece pienamente omogenea a quella degli altri organismi giurisdizionali internazionali nella parte in cui si occupa della necessità di fornire alle vittime del reato, in una lingua a loro comprensibile, tutte le informazioni utili riguardanti l'evolversi del procedimento¹²⁶.

¹²¹ S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., p. 143.

¹²² S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., p. 161 e 162.

¹²³ Va osservato che talora le vittime fuggono dai luoghi ove precedentemente abitavano senza portare con sé documenti di riconoscimento; per comprovare la loro identità i giudici dell'ICC hanno generalmente ritenuto sufficiente una dichiarazione firmata da due testimoni fidefacienti: v. in tal senso *Lubanga* (ICC-01/04-01/06), *Decision on Victims' Participation*, 18 January 2008, para. 86.

¹²⁴ V. a favore di tale conclusione *Lubanga* (ICC-01/04-01/06), *Order Issuing Public Redacted Annexes to the Decisions on the Applications by Victims to Participate in the Proceedings of 15 and 18 December 2008*, Annex A, 8 May 2009, p. 5.

¹²⁵ Cfr. in tal senso W.A. SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 352.

¹²⁶ V. al riguardo E. BAUMGARTNER, *Aspects of Victim Participation in the Proceedings of the International Criminal Court*, in 90 *Int. Review of the Red Cross.*, 2008, p. 409 ss.

In ordine alle problematiche inerenti alle esigenze di sicurezza va menzionato nuovamente l'art. 68 dello Statuto (*Protezione delle vittime del crimine e dei testimoni e loro partecipazione agli atti del processo*).

In base al primo comma di detta norma «La Corte adotta le misure idonee a proteggere la sicurezza, il benessere fisico e psichico, la dignità e la riservatezza delle vittime del crimine e dei testimoni». È previsto che debba tenersi conto, in particolare, dell'età, del genere sessuale, dello stato di salute e della natura del crimine, specialmente quando esso implica violenza sessuale o violenza a sfondo sessuale o violenza contro i bambini.

Onde garantire la realizzazione dello scopo rappresentato dalla tutela delle vittime e dei testimoni il secondo comma dell'art. 68 prevede che, come eccezione al principio della pubblicità delle udienze, la Corte possa «condurre alcuni atti del procedimento in camera di consiglio o autorizzare la presentazione delle prove attraverso strumenti elettronici o altri strumenti speciali»; si pensi, a titolo esemplificativo, alle testimonianze assunte mediante collegamenti videotelematici o con l'adozione di schermature volte ad evitare il contatto visivo tra la vittima ed il presunto autore del crimine.

Il successivo terzo comma stabilisce che «quando l'interesse personale delle vittime del crimine può essere pregiudicato, la Corte consente che i loro pareri e le loro preoccupazioni siano esposti e presi in esame in una fase del processo che la Corte stessa reputa idonea».

Per quanto concerne la possibilità di applicare l'art. 68, par. 3 dello Statuto già durante la fase delle investigazioni, ed anche antecedentemente al momento in cui il *Prosecutor* sia giunto all'individuazione dei possibili autori dei reati, l'ICC, affrontando detta problematica, di particolare interesse sia pratico che teorico¹²⁷, ha fornito una risposta positiva al riguardo¹²⁸, osservando tra l'altro, a tito-

¹²⁷ Cfr. in materia J. DE HEMPTIENNE-F. RINDI, *ICC Pre Trial Chamber Allows Victims to Participate in the Investigation Phase of Proceedings*, in *Journ. Int. Criminal Justice*, 2006, p. 342 ss; C. STAHN-H. OLASOLO-K. GIBSON, *Participation of Victims in Pre-Trial Proceedings of the ICC*, ivi, 2006, p. 219 ss.

¹²⁸ ICC, *Situation in the Democratic Republic of Congo (ICC-01/04), Pre-Trial Chamber I, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, 17 January 2006*, citata in A. CASSESE-G. ACQUAVIVA-M. FAN-A. WHITING, *International Criminal Law, Cases and Commentary*, Oxford, 2013, p. 48 e 49. La successiva istanza, formulata dal *Prosecutor*, diretta a richiedere la possibilità di appellare detta decisione, ai sensi dell'art. 82, par. 1(d) dello Statuto, venne poi respinta il 31 marzo 2006: v. *Situation in the Democratic Republic of the Congo (ICC-01/04), Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the Chamber's Decision of 17 January 2006 on the Application for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, 31 March 2006*. In tal senso v. anche *Situation in Darfur, Sudan (ICC-02/05), Decision on the Request of the OPCD on the Production of Relevant Supporting Documentation Pursuant to Regulation 86(2)(e) of the Regulation of the Court and on the Disclosure of Exculpatory Materials by the Prosecutor, 3 December 2007*, paras. 2-3.

lo di esempio, che la Corte europea dei diritti dell'uomo applica l'art. 6, par. 1, della Convenzione e.d.u. a partire dalla fase delle indagini, e che a sua volta la Corte Inter-Americana dei diritti dell'uomo ha accolto la medesima soluzione nel caso *Blake*¹²⁹.

Al fine di implementare la tutela delle vittime il quinto comma del predetto art. 68 stabilisce poi che «Quando la comunicazione delle prove o delle informazioni [...] può condurre ad esporre a grave pericolo la sicurezza di un testimone o della sua famiglia, il Pubblico ministero può [...] non comunicare tali elementi di prova o tali informazioni e presentare un resoconto sommario degli stessi».

Anche in questo caso a detta previsione è stata aggiunta la clausola in base alla quale «Tali misure devono essere applicate in modo da non recare pregiudizio ai diritti dell'imputato ed alle esigenze di un processo equo ed imparziale o da contrastare con gli stessi».

La volontà di tutelare l'incolumità delle vittime e dei testimoni non ha però condotto la giurisprudenza dell'ICC, a differenza di quanto era avvenuto per l'ICTY, ad ammettere la possibilità di veri e propri "testi anonimi", e cioè di testimoni la cui identità non possa essere conosciuta nemmeno dalle parti.

La *Rule 87* delle *Rules of Procedure and Evidence* si limita a prevedere che, a seguito di una istanza in tal senso del *Prosecutor* o della difesa o di una richiesta di un testimone o di una vittima o del suo rappresentante legale una Camera della Corte possa tenere un'udienza, in camera di consiglio, volta ad esaminare se debbano o meno essere adottate delle misure volte ad impedire la comunicazione al pubblico o alla stampa ed alle agenzie di informazione dell'identità e del luogo in cui si trova una vittima, un testimone o un'altra persona esposta a rischio in conseguenza della testimonianza, ordinando, tra l'altro:

- a) che il nome della vittima o del testimone o ogni altra informazione che potrebbero condurre alla sua identificazione siano omissi dai verbali;
- b) che al pubblico ministero, alla difesa e ad ogni altro partecipante al processo sia proibito di rivelare tali informazioni;
- c) che la testimonianza possa essere resa avvalendosi di strumenti elettronici e di altri mezzi speciali, tra cui l'uso di apparecchi idonei a alterare le sembianze o la voce, l'uso di tecnologie audio-visive, in particolare le videoconferenze e circuiti chiusi televisivi;
- d) che venga utilizzato uno pseudonimo per la vittima, il testimone od altro soggetto;
- e) che una parte del procedimento venga svolto in camera di consiglio.

La successiva *Rule 88* (*Special measures*) dispone che, previa richiesta in tal

¹²⁹ *Inter-American Court of Human Rights, Blake v. Guatemala, Judgment, 24 January 1998, Series C No 36.*

senso del pubblico ministero o della difesa, o su istanza di un testimone o di una vittima o del suo rappresentante legale, e dopo aver sentito la “*Victim and Witnesses Unit*”, vengano adottate “misure speciali” in relazione a determinate ipotesi, tra cui sono espressamente menzionate le situazioni in cui occorre facilitare la testimonianza di una vittima traumatizzata, di un bambino, di un anziano o di una vittima di violenza sessuale.

In tal caso la finalità della norma è quella di evitare fenomeni di “vittimizzazione secondaria” nei confronti di “soggetti deboli”.

In relazione alla disciplina afferente al risarcimento in favore delle vittime del crimine¹³⁰, l’art. 75 dello Statuto rimette alle valutazioni dei giudici della Corte la fissazione dei «principi da applicare alle forme di risarcimento [...] quali indennizzi, restituzioni e reintegrazioni». Si prevede pertanto che nella propria decisione la Corte possa, previa richiesta o, in casi eccezionali, anche di propria iniziativa «determinare l’estensione e l’ammontare dei danni, delle perdite e dei pregiudizi cagionati alle vittime del crimine, indicando i principi ai quali la decisione si ispira».

Ai sensi del quarto comma dell’art. 75 la Corte può in tal caso esigere l’adozione delle misure previste dal primo comma dell’art. 93. Viene in rilievo, ai fini in esame, soprattutto il disposto della lett. *k*) di tale ultimo articolo, in base al quale su richiesta della Corte gli Stati Parte sono tenuti a «Identificare, localizzare e bloccare o sequestrare i profitti dei crimini, i beni, gli averi e gli strumenti utilizzati per l’esecuzione del crimine ai fini dell’eventuale confisca, senza pregiudizio per i diritti dei terzi di buona fede».

La *Rule 97* delle *Rules of Procedure and Evidence* dispone che la Corte possa riconoscere il diritto delle vittime alla riparazione su base individuale o su base collettiva. Su richiesta delle vittime o del condannato o su sua autonoma iniziativa la Corte può nominare degli esperti per la determinazione dell’ammontare dei danni subiti e per l’indicazione delle più appropriate modalità risarcitorie.

12. *Le criticità e le carenze in ordine ad alcuni aspetti di particolare rilevanza*

Anche chi esalta l’impegno profuso nello Statuto e nelle *Rules of Procedure and Evidence* per valorizzare la posizione delle vittime del reato riconosce generalmente che non possono essere sottaciute le numerose “incertezze” ed “ambi-

¹³⁰ Su questa tematica v. C. MUTTUKUMARU, *Reparation to Victims*, in F. Lattanzi-W.A. Schabas (a cura di), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, Ripa Fagnano Alto, 2000, p. 303 ss.; ID., *Reparation to Victims*, in R.S. Lee (a cura di), *The International Criminal Court, the Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, 1999, p. 262 ss.

guità” che connotano questa disciplina¹³¹.

È stato talora affermato che tale vaghezza, derivante dalla presenza di “aree grigie” nella relativa regolamentazione¹³², discende dalla necessità di temperare gli opposti punti di vista emersi (non solo in relazione a questo aspetto) già nel corso delle negoziazioni diplomatiche che precedettero la stesura dello Statuto¹³³, essendosi preferito dar vita ad un’impostazione aperta a differenti soluzioni giurisprudenziali, lasciando così alla concreta volontà dei giudici della Corte la possibilità di “plasmare” almeno parzialmente gli istituti afferenti all’intervento nel processo delle persone offese¹³⁴, incidendo correlativamente sull’ampiezza delle facoltà loro riconoscibili.

In altri termini, al fine di superare le perplessità e le remore delle delegazioni appartenenti alle Nazioni scarsamente favorevoli alla stessa possibilità di partecipazione delle vittime ai procedimenti, si è addivenuti ad una configurazione “opaca”, volta a dar vita a quello che in dottrina è stato definito come un «*ambiguous normative framework*»¹³⁵.

Non di rado in effetti i termini utilizzati dallo Statuto si prestano ad interpretazioni fra loro difformi; molto spesso non vengono operate delle specificazioni che sarebbero necessarie, e questo impone alla Corte un «*case-by-case approach*»¹³⁶ che può condurre, a seconda degli orientamenti dei diversi Collegi, a soluzioni estremamente disomogenee fra loro.

Alla giurisprudenza della Corte, in altri termini, lo Statuto e le stesse *Rules of Procedure and Evidence* hanno affidato un compito delicatissimo, che trascende la mera funzione interpretativa ed impone interventi sotto più di un aspetto “creativi”.

Una delle norme più emblematiche al riguardo è l’art. 68, par. 3 dello Statuto. Indubbiamente essa rappresenta un importante segnale del rilievo che si è inteso

¹³¹ S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., p. 138, che successivamente così ribadisce (*ivi*, p. 140): «*in so far as the provisions regarding victim participation are concerned, the ICC system lacks an appropriate level of clarity*».

¹³² C.P. TRUMBULL IV, *The Victims of Victim Participation in International Criminal Proceedings*, cit., p. 793; S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., p. 141. Anche P. MASSIDDA, *Retributive and Restorative Justice*, cit., p. 7, afferma che «*the legal instruments of the Court do not provide details about the modalities of participation of victims in the proceedings*», così aggiungendo (EAD., *ivi*, p. 9): «*the answers to the questions of the aim of the participation of victims in proceedings before the ICC, and about the modalities which would render such participation effective are still not, to certain extent, addressed*».

¹³³ C. KRESS, *The Procedural Law of the International Criminal Court in Outline: Anatomy of a Unique Compromise*, in 1 *Journ. Int. Criminal Justice*, 2003, p. 604 ss.

¹³⁴ S. ZAPPALÀ, *Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Law*, in A. Cassese et al. (a cura di), *Oxford Companion to International Criminal Justice*, cit., p. 220 ss.

¹³⁵ S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., p. 159.

¹³⁶ S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., p. 142.

attribuire alla posizione delle vittime innanzi alla Corte, laddove le ammette a presentare «*their views and concerns*» nelle diverse fasi del procedimento; pur tuttavia non viene chiarito quali siano le conseguenze processuali derivanti da una mancata “risposta” da parte dell’ autorità giudiziaria alle osservazioni e problematiche sollevate dalle persone offese.

Al contempo la normativa contenuta nello Statuto e nelle *Rules of Procedure and Evidence* riproduce l’ insoddisfacente impostazione, accolta anche da molte legislazioni nazionali, volta a sovrapporre posizioni che andrebbero distinte, non differenziando la veste di persona offesa, titolare di interessi lesi o posti in pericolo dalla condotta dell’ accusato, rispetto a quella di “danneggiato”, titolare di pretese risarcitorie, derivanti magari dalla sussistenza di un vincolo di parentela con la persona offesa eventualmente deceduta.

Anche per quanto concerne i poteri attribuiti alla vittima del reato, non viene operata alcuna demarcazione fra le iniziative genericamente dirette a veder acclamata la colpevolezza dell’ accusato e quelle miranti specificamente alla dimostrazione della sussistenza di un diritto ad un’ equa riparazione.

Lo Statuto non indica inoltre a partire da quale fase procedimentale le vittime siano legittimate ad intervenire, e neppure le *Rules of Procedure and Evidence* forniscono utili chiarimenti al riguardo.

La giurisprudenza, basandosi su un’ interpretazione finalisticamente orientata dell’ art. 68 dello Statuto, afferma, come abbiamo ricordato in precedenza, che tale partecipazione può essere ammessa già durante l’ attività investigativa svolta dal *Prosecutor*¹³⁷.

Si ritiene generalmente che le vittime del reato non siano legittimate ad indicare elementi di prova, ma possano invece esaminare e contro esaminare i testimoni¹³⁸.

In realtà né lo Statuto né le *Rules of Procedure and Evidence* contengono dei precisi chiarimenti. Va anzi ricordato che durante i lavori preparatori all’ emanazione dello Statuto era stata elaborata una proposta, ricompresa nel *Preparatory Committee Final Draft*, volta a permettere alle vittime di indicare elementi di prova «*to establish the basis of criminal responsibility as a foundation for the right to pursue civile compensation*». Questa previsione venne peraltro espunta nel testo definitivo.

Proprio tale carenza di regolamentazione ha condotto la Corte a decisioni non di rado disomogenee fra loro. Così ad esempio, in contrasto all’ orientamento precedentemente indicato, nel procedimento *Lubanga* sia la *Trial Chamber*¹³⁹ che

¹³⁷ ICC, *Situation in the Democratic Republic of Congo, Pre-Trial Chamber, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings*, 17 January 2006.

¹³⁸ V. in tal senso A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 442.

¹³⁹ *Lubanga* (ICC-01/04-01/06), *Decision on Victims’ Participation*, 18 January 2008, para. 108.

la *Appeals Chamber*¹⁴⁰ hanno ritenuto (e a tale impostazione ha successivamente aderito anche una parte della dottrina¹⁴¹) che le vittime possano introdurre elementi di prova nel processo, ponendo a base di tale conclusione l'affermazione secondo cui qualora alle vittime del reato risultasse preclusa la possibilità di produrre prove inerenti alla colpevolezza dell'imputato il loro diritto di partecipare al processo risulterebbe in gran parte privo di effetti concreti¹⁴².

Va tuttavia considerato che tale soluzione presta a sua volta il fianco a taluni rilievi.

In particolare, poiché per le parti è previsto un obbligo di *disclosure* delle prove anteriormente al dibattimento, in tal modo si giungerebbe alla situazione paradossale per cui la vittima del reato, non essendo parte, sarebbe invece incomprensibilmente sottratta a tale obbligo¹⁴³.

Onde evitare questa conseguenza, è stato affermato che, qualora una *Trial Chamber* decida di ammettere le vittime a presentare delle prove, essa al contempo deve indicare le modalità della loro *disclosure*¹⁴⁴.

Uno dei problemi, non solo di carattere pratico, legato alla volontà di non marginalizzare la presenza delle vittime nei procedimenti celebrati innanzi alla Corte è dato dal fatto che i crimini che costituiscono oggetto di questi procedimenti, connotati da atrocità perpetrate spesso nei confronti di centinaia o migliaia di individui, determinano l'insorgenza della necessità di ammettere un numero impressionante di persone offese, con conseguenti appesantimenti ed inevitabili ritardi nei tempi di svolgimento processuale ed incremento dei costi.

Si può anzi osservare come queste problematiche, di fronte alla concreta realtà dei fatti, si siano rivelate ancor più consistenti di quanto erano state ipotizzate in precedenza da parte di chi, forse, aveva sottovalutato il "peso" ed i "costi" di così tante vittime¹⁴⁵.

¹⁴⁰ *Lubanga* (ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10), *Judgment on the Appeals of the Prosecutor and the Defence Against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008*, 11 July 2008, para 94.

¹⁴¹ P. MASSIDDA, *Retributive and Restorative Justice*, cit., p. 7.

¹⁴² *Lubanga* (ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10), *Judgment on the Appeals of the Prosecutor and the Defence Against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008*, cit., para. 94.

¹⁴³ Sul punto v. anche le osservazioni critiche di G. ZAGO, *The Role of Victims*, cit., p. 14, ove si sottolinea come il fatto che nessuna *Disclosure Rule* sia prevista in relazione alle eventuali prove prodotte dalle vittime del reato, a differenza di quelle indicate dalle parti, e cioè dal *Prosecutor* e dalla difesa, sembrerebbe confermare che in sede di elaborazione dello Statuto non si era inteso attribuire alle vittime il potere di produrre degli elementi di prova.

¹⁴⁴ *Lubanga* (ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10), *Judgment on the Appeals of the Prosecutor and the Defence Against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008*, cit., para. 100.

¹⁴⁵ V. W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 348, il quale ha rilevato come i problemi procedurali ricollegati alla presenza delle vittime nei procedimenti celebrati innanzi alla Corte «*have proven to be far more time-consuming and costly than most had anticipated*».

Viene frequentemente citato al riguardo l'esempio paradigmatico offerto dal procedimento a carico di *Lubanga* e da quello nei confronti di *Katanga*.

Nel procedimento *Lubanga* noventatré vittime vennero ammesse¹⁴⁶; al processo *Katanga* parteciparono cinquantasette vittime per mezzo dei loro rappresentanti legali, e diciannove di esse, ritenute indigenti, fruirono di assistenza finanziaria da parte degli appositi organismi della Corte.

Fu affermato all'epoca che questa "larghezza" nell'ammettere le vittime del reato al procedimento era in parte favorita dal fatto che la Camera I, ove vennero celebrati tali processi, era presieduta da un giudice francese, Claude Jorda, intimamente favorevole ad un modello procedurale derivato dai sistemi continentali, ove le vittime partecipano attivamente come parti al processo¹⁴⁷.

L'intervento sulla scena processuale di un numero così consistente di "attori" finisce inevitabilmente per compromettere il diritto allo *speedy trial*¹⁴⁸. Vero è che, come è stato osservato, i conseguenti ritardi rappresentano la logica conseguenza della partecipazione delle vittime in ambito processuale, prevista ed autorizzata dallo Statuto della Corte¹⁴⁹, ma vero è pure che in base all'art. 68, par. 1, ultima parte, dello Statuto detta partecipazione e le misure disposte a protezione delle vittime «*shall not be prejudicial to or inconsistent with the rights of the accused*»¹⁵⁰.

Per ridurre i problemi derivanti da tale situazione e per garantire una maggior rapidità ed "effettività" (secondo la dizione utilizzata nella *Rule 90* delle *Rules of Procedure and Evidence*), la Corte può richiedere alle vittime o a particolari gruppi di vittime, se necessario mediante l'assistenza della Cancelleria, di scegliere un *Common legal representative*¹⁵¹.

¹⁴⁶ *Lubanga* (ICC-01/04-01/06), *Transcript of 8 April 2009*, p. 14.

¹⁴⁷ W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, loc. cit.

¹⁴⁸ In tal senso v. anche G. ZAGO, *The Role of Victims at the International Criminal Court*, cit., p. 8.

¹⁴⁹ V. al riguardo la *separate opinion* del giudice Song Sang-Hyun (poi divenuto Presidente della Corte): *Decision of the Appeals Chamber on the Joint Application of Victims, Separate Opinion of Judge Song*, case *Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), *Appeals Chamber*, 2 February 2007, § 27.

¹⁵⁰ Per un approfondimento cfr. S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., p. 146, il quale rileva, tra l'altro, che «*The Statute does indeed authorize victim participation, but it does so only to the extent that it is non inconsistent with the rights of the accused. Victim participation that unreasonably prolongs the proceedings, and violates the rights of the accused, finds no justification in the fact that participation is provided for in the Statute. One may argue that the reasonableness of the length of proceedings is also assessed in the light of victim participation. However, nowhere in the Statute is victim participation authorized to the detriment of the rights of the accused*».

¹⁵¹ Ai sensi della *Rule 90*, para. 6 delle *Rules of Procedure and Evidence*, il *Legal Representative* delle vittime possiede la stessa qualificazione legale richiesta dalla *Rule 22* per il *Counsel for the defence*, che deve avere «*competence in International or criminal law and procedure, as well as the necessary relevant experience, whether as judge, prosecutor, advocate or in other similar capacity, in criminal proceedings. A counsel for the defence shall have an excellent knowledge of and be fluent in at least*

Qualora le vittime non riescano ad operare detta scelta entro un determinato tempo limite, la Corte, ai sensi della *Rule* 90, para. 3, può chiedere al *Registrar* di provvedere in tal senso¹⁵².

In base al successivo para. 4 il collegio ed il cancelliere nello scegliere il rappresentante legale comune devono cercare di impedire l'insorgenza di conflitti di interesse ed aver cura di far sì che tutte le diverse posizioni delle vittime siano rappresentate. Occorre infatti evitare che facciano capo ad un rappresentante legale comune dei gruppi eterogenei, formati da membri appartenenti a contesti etnici differenti o che utilizzino lingue diverse, ed il rappresentante legale è tenuto ad informare i suoi clienti in ordine al potenziale conflitto di interessi sussistente all'interno del gruppo.

Tuttavia, nonostante la presenza di un rappresentante legale comune, il rilievo numerico delle vittime può talvolta costituire un ostacolo alla celebrazione dei procedimenti in tempi contenuti, stante la necessità di dover comunque tener conto di tutte le loro istanze, spesso non del tutto collimanti fra loro.

Non riteniamo invece condivisibile il timore, talora manifestato dalla dottrina, secondo cui l'autorità giudiziaria, ammettendo la partecipazione delle vittime al procedimento, opererebbe in tal modo un *vulnus* alla presunzione di innocenza, e determinerebbe un alleggerimento dell'onere probatorio gravante sul *Prosecutor*, in quanto verrebbe data per scontata la verifica di determinati fatti criminosi ai danni delle vittime, ed il processo risulterebbe soltanto finalizzato ad individuarne gli autori ed a determinare l'esatto inquadramento giuridico degli episodi delittuosi.

Occorre infatti osservare che l'ammissione delle vittime al procedimento si basa su una valutazione *prima facie* che non incide in alcun modo su quello che sarà poi l'accertamento finale; al contempo, la presunzione di innocenza è una salvaguardia irrinunciabile a tutela dell'indagato e dell'imputato, ma non può certo essere considerata come una sorta di ostacolo all'accertamento della verità giudiziale, giacché, diversamente opinando, si giungerebbe all'assurda conclusione secondo cui la stessa instaurazione di un processo e la formulazione di un'imputazione contrasterebbero con detto principio.

Comunque, per non prestare il fianco a rilievi critici, fino alla pronuncia nel merito si potrebbe parlare, anziché di "*victims*", di "*alleged victims*" e cioè di supposte vittime.

one of the working languages of the Court». Per una disamina delle funzioni concretamente svolte da tale soggetto v. G. ZAGO, *The Role of Victims at the International Criminal Court*, cit., p. 10 ss.

¹⁵² Va ricordato che in base al para. 5 della *Rule* 90 «*A victim or group of victims who lack the necessary means to pay for a common legal representative chosen by the Court may receive assistance from the Registry, including, as appropriate, financial assistance*».

13. *Le strutture organizzative finalizzate alla tutela delle vittime nell'ambito dell'ICC*

Per tutelare pienamente la posizione delle vittime sono state previste, dallo Statuto e dalle *Rules of Procedure and Evidence* dell'ICC, tre importanti strutture a carattere permanente, indicate rispettivamente con gli acronimi di VWU, OPVC e TFV.

La prima di esse, la VWU, è la già citata "Unità Vittime e Testimoni" (*Victims and Witnesses Unit*). In base all'art. 43, par. 6 dello Statuto, essa è istituita dal Cancelliere, e fornisce «le misure di protezione e le disposizioni in materia di sicurezza, la consulenza ed ogni altra idonea forma di assistenza sia alle vittime del crimine ed ai testimoni che compaiono di fronte alla Corte che alle altre persone esposte a rischio a causa della deposizione resa dai testimoni».

L'art. 68, par. 4 dello Statuto prevede inoltre che detto organismo possa «fornire consigli al Pubblico Ministero ed alla Corte in ordine alle appropriate misure di protezione, alle disposizioni in materia di sicurezza ed alle attività di consulenza ed assistenza indicate al comma 6 dell'articolo 43».

Della VWU fa parte anche «personale esperto in traumi, in particolare quelli conseguenti ai crimini di violenza sessuale».

Essa gode di una posizione di piena autonomia ed indipendenza rispetto agli altri organi della Corte.

La *Rule 17* delle *Rules of Procedure and Evidence (Function of the Unit)* specifica le funzioni esercitate da questo organismo, indicando tra esse: la protezione delle vittime mediante adeguate misure di sicurezza e l'elaborazione di piani a lungo o a breve termine finalizzati al raggiungimento di tale finalità; la formulazione di raccomandazioni indirizzate agli organi della Corte, tendenti all'adozione di misure di protezione; l'assistenza alle vittime e ai testimoni affinché essi possano ottenere cure mediche e psicologiche.

La VWU inoltre fornisce specifiche forme di aiuto ai testimoni quando essi sono chiamati a testimoniare innanzi alla Corte e adotta misure «*gender sensitive*» per facilitare durante le varie fasi del procedimento la testimonianza delle vittime di violenza sessuale.

La *Rule 19 (Expertise in the Unit)* prevede che possano essere chiamati a far parte della "Unità Vittime e Testimoni", oltre ai soggetti indicati dall'art. 43, par. 6 dello Statuto, anche degli esperti nella protezione e sicurezza; degli esperti in ambito amministrativo e legale, ivi incluse le aree del diritto umanitario e della procedura penale; degli esperti dell'infanzia, ed in particolare di bambini traumatizzati; ed infine degli esperti nel trattamento degli anziani e dei disabili.

Accanto alla VWU troviamo poi l'OPVC e cioè l'«*Office of Public Counsel for*

*Victim*¹⁵³, che rappresenta il principale strumento con cui la Cancelleria adempie il suo mandato di assistenza alle vittime, garantendo loro l'assistenza legale.

Tale organismo non ha precedenti nella giustizia internazionale, in quanto nulla di analogo è stato previsto presso alcun altro tribunale internazionale¹⁵⁴.

Oltre a fornire supporto ai rappresentanti legali delle vittime ed alle vittime, può svolgere specifiche ricerche nel settore legale. Esso è totalmente indipendente rispetto agli altri organismi della Corte.

In alcuni procedimenti, ed in particolare in quello riguardante *Mathaura and Kenyatta*, al fine di evitare il disagio derivante dalla difficoltà di un effettivo "dialogo" fra i *legal representatives*, operanti all'Aja, e i clienti loro vittime, che vivevano spesso a centinaia o migliaia di chilometri di distanza, è stata prevista la nomina di un *legal representative* domiciliato nel territorio delle vittime, affidando all'OPVC il compito di svolgere le funzioni di raccordo durante la celebrazione del processo¹⁵⁵.

Infine occorre soffermarsi sul "Fondo di Garanzia per le Vittime del crimine" (*Trust Fund for Victims*), istituito con decisione dell'Assemblea degli Stati e delinato nelle sua modalità di funzionamento dall'art. 79 dello Statuto e dalla *Rule 98* delle *Rules of Procedure and Evidence*.

Anche in tal caso ci troviamo di fronte ad una struttura che non ha elementi di raffronto con altri organismi operanti nell'ambito della giustizia penale sovranazionale¹⁵⁶, composta da un Segretariato permanente e da un *Board* di cinque Direttori, scelti fra personalità di prestigio internazionale, che prestano detto servizio a titolo volontario, senza compenso, e sono nominati per un periodo di tre anni, eventualmente rinnovabile.

I membri del *Board* devono essere di nazionalità diverse fra loro e vanno individuati sulla base di un'equa distribuzione geografica e tenendo conto della necessità di assicurare anche un'adequata rappresentanza ad esponenti dei principali sistemi giuridici.

Ai sensi dell'art. 79, par. 2, dello Statuto «La Corte può disporre che il denaro e gli altri beni raccolti attraverso le multe o le confische siano versati al Fondo di Garanzia».

Il *Trust Fund for Victims* nel corso degli anni ha dato vita alla realizzazione di una serie di importanti progetti, concernenti tra l'altro: l'attività di riabilitazione e reintegrazione dei bambini soldati, riassegnati alle famiglie a cui erano stati

¹⁵³ In ordine a tale organismo v. P. MASSIDDA-S. PELLET, *Role and practise of the Office of Public Counsel for Victim*, in C. Stahn-G. Sluiter (a cura di), *The emerging practise of the International Criminal Court*, Leiden-Boston, 2009, p. 691 ss.

¹⁵⁴ W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 368.

¹⁵⁵ V. sul punto G. ZAGO, *The Role of Victims*, cit., p. 10.

¹⁵⁶ W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 363.

strappati; la predisposizione di piani alloggiativi destinati alla sistemazione delle vittime; lo svolgimento di attività tese a favorire l'accesso ai servizi medici o di supporto psicologico per le vittime di reati sessuali; la previsione di iniziative nel settore del microcredito e in quello dell'agricoltura.

14. *Considerazioni conclusive*

La complessiva disamina finora condotta ha permesso di confermare la sempre più marcata attenzione nei confronti della figura della vittima, sia da parte degli ordinamenti nazionali sia in alcune previsioni contenute negli Statuti e nelle *Rules of Procedure and Evidence* delle Corti penali internazionali. Del resto, partendo dalla premessa che l'intero sistema penale tradizionale trova «la propria giustificazione proprio nel fine di risolvere il conflitto sociale sorto con la commissione del reato», e dalla considerazione secondo cui la giustizia penale «è funzionale ad una riconciliazione»¹⁵⁷, deve riconoscersi che il raggiungimento di questi obiettivi esige un'adeguata “risposta” alle aspettative della vittima.

I risultati conseguibili proseguendo lungo questo cammino virtuoso di valorizzazione del ruolo della vittima del reato possono essere estremamente significativi, in quanto, come è stato lucidamente sottolineato, «*strengthening the rights of victims does have a positive impact not only on individual victims but also on society as a whole*»¹⁵⁸.

Smentita la sussistenza di una necessaria contrapposizione tra l'incremento dei poteri spettanti alla vittima in ambito processuale e le garanzie che devono essere riconosciute all'imputato, va poi ribadito che l'approccio da parte dell'ordinamento processuale, per essere davvero efficace e fecondo, non può prescindere da un'impostazione olistica, volta a tener conto di uno spettro variegato e composito di esigenze di tutela¹⁵⁹.

Come più volte abbiamo avuto occasione di sottolineare, quando si parla di garanzie a favore della vittima il rilievo non può essere limitato ad un solo aspetto, occorrendo invece tener conto di quello che è stato efficacemente definito come «un *poker* di diritti costituito da informazione-assistenza-partecipazione-protezione»¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Per queste affermazioni cfr. G. UBERTIS, *Riconciliazione, processo e mediazione*, cit., p. 84.

¹⁵⁸ F.F. MORILLO-I.B. TODINO, *The Victims' Rights Directive. Origins and Expectations*, cit., p. 13.

¹⁵⁹ Cfr. M. RIVERDITI, *Le vittime dei delitti di usura, mafia e terrorismo: tutela specifica e problematiche di contesto*, in M. BARGIS-H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 334 ss.

¹⁶⁰ M. BARGIS-H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, cit., p. 19.

Bisogna inoltre riconoscere che a seconda della natura dei reati, della tipologia dei procedimenti e delle connotazioni degli organi giurisdizionali presso cui essi vengono celebrati talune istanze possono essere avvertite in maniera maggiormente significativa.

In particolare, la doverosa focalizzazione sull'esigenza di tutela delle vittime rispetto a pericoli di violenze, dirette o indirette, nei loro confronti, rappresenta un aspetto primario in relazione alla complessiva attività delle Corti internazionali, ove la gravità dei crimini addebitati, l'ascendente ed il seguito talora ancora goduto dai loro presunti autori, le profonde divisioni etniche che connotano la vita di determinati territori rendono decisamente centrale detta tematica, tanto da imporre talora l'istituzione di apposite Unità, operanti in collegamento con gli organi giurisdizionali e specificamente preposte alla realizzazione di questo obiettivo di tutela. Invece, per quanto riguarda i processi "nazionali", solo con riferimento a determinate forme di criminalità la questione assume, almeno di regola, una pari intensità.

Tuttavia, con riferimento alla maggioranza delle problematiche al riguardo è dato ravvisare una sostanziale omogeneità. Si pensi, in particolare, all'avvertito riconoscimento delle peculiari esigenze delle vittime vulnerabili, nella consapevolezza della necessità di un *individual assessment* da parte degli organi della giurisdizione.

Soprattutto, comune è il quadro ideale di fondo, ispirato alla considerazione in base alla quale «un reato lede prima i diritti individuali della vittima che lo subisce, beni fondamentali come la vita, la libertà, l'integrità o la dignità, solo dopo – essendo la persona – vittima parte di una società – trasformandosi in un'offesa collettiva»¹⁶¹.

¹⁶¹ M. BARGIS-H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE*, loc. cit.

ANA LUCIA SABADELL

FORME DI “PATRIARCALISMO” GIURIDICO-PENALE IN BRASILE.
IL CASO DELLE MOLESTIE SESSUALI E DELLA VIOLENZA SESSUALE^(*)

SOMMARIO: 1. La questione del patriarcalismo giuridico. – 2. Molestie sessuali. – 3. La riforma dei reati di violenza sessuale. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *La questione del patriarcalismo giuridico*

Gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso sono stati segnati da alcune riforme nei sistemi giuridici di molti Paesi, per allinearli alle istanze avanzate dal femminismo liberale.

La discriminazione *al femminile* ha assunto una dimensione rilevante anche dal punto di vista giuridico per l'affacciarsi, sulla scena pubblica, di teorie femministe sostenute da gruppi di donne che hanno iniziato a cooperare con organi internazionali preposti a difendere i programmi di lotta contro varie forme di discriminazione. Le teorie femministe del diritto hanno mostrato, attraverso precise analisi quantitative, il funzionamento sessista del sistema giuridico, anche in ambito penale. In particolare, è stato mostrato che questi processi avvengono sia attraverso la produzione di norme discriminatrici, sia a causa di un'interpretazione non obiettiva di norme apparentemente neutre.

In America Latina, gruppi femministi e organi nazionali e sopranazionali di difesa delle donne hanno elaborato politiche e programmi di intervento per limitare l'influenza della cultura patriarcale nel sistema giuridico, proponendo riforme legislative finalizzate a garantire i diritti fondamentali delle donne¹.

La caduta, negli anni Ottanta, dei regimi dittatoriali, ha dato vita, in alcuni Paesi latinoamericani, a una maggiore visibilità dei movimenti femministi, a una più concreta diffusione dei diritti delle donne nonché alla promulgazione di testi costituzionali che, almeno su un piano astratto, proclamano la parità di genere.

È questo il caso del Brasile.

Dopo la fine della dittatura (durata dal 1964 al 1985), la Costituzione Federale del 1988 *incorpora* finalmente alcune istanze avanzate dai gruppi femministi che avevano l'obbiettivo di ridurre la discriminazione di genere manifestamente presente non soltanto nella legislazione riguardante i diritti civili e politici, ma anche all'interno delle precedenti Costituzioni.

^(*) Traduzione dal portoghese a cura del prof. Dimitri Dimoulis. Revisione del prof. Adolfo Ceretti.

¹ In tal senso, un esempio concreto è il CLADEM (*Comitê Latino-americano e do Caribe para a defesa dos direitos da Mulher*), creato nella seconda metà degli anni Ottanta (<http://cladem.org>).

Questo passo in avanti, però, non ha avuto immediate ricadute sul piano delle riforme legislative ordinarie. Per esempio, la riforma del diritto penale e del processo penale in tema di protezione delle donne è stata attuata, in Brasile, soltanto negli anni Duemila. Detto altrimenti, la resistenza alle riforme giuridiche liberali avvenute già da lungo tempo in altri Paesi è uno degli indizi tangibili della forza politica e culturale del patriarcato in Brasile.

Le statistiche dell'Organizzazione Mondiale della Sanità mostrano che 14 tra i 25 Paesi che riportano i maggiori tassi di femminecidio nel mondo sono geograficamente collocati in America Latina e nei Caraibi. In queste aree del Continente americano, una donna su tre è stata almeno una volta vittima di violenze sessuali, il che permette all'OMS di "classificare" la violenza contro le donne come una "epidemia" di questa Regione². In Brasile, i tassi di violenza contro le donne sono cresciuti del 24% negli ultimi dieci anni³.

Le riforme legislative degli ultimi anni legate ai diritti delle donne sono da mettere in relazione a molti fattori, tra i quali vanno considerati la crescente presenza femminile nel mercato di lavoro, il numero significativo di donne capofamiglia, le lotte dei movimenti femministi e, su un altro fronte, le maggiori attenzioni, da parte della comunità internazionale, agli indici di violenza contro le donne. Gruppi politici e organi di governo hanno saputo identificare rivendicazioni sociali e proporre riforme⁴.

La dottrina giuridica e socio-giuridica è rimasta per lo più silente in relazione a questi temi, con la sola eccezione della violenza domestica – tema abbastanza discusso e studiato negli ultimi anni. Sono pochissimi, invece, gli autori e i lavori dedicati alla discriminazione femminile *nel* diritto e *per* il diritto⁵.

L'assenza di un dibattito giuridico in grado di prendere sul serio le analisi femministe è la causa principale delle mancate riforme giuridiche e di serie riflessioni criminologiche. I modelli di argomentazione e di decisione maschili continuano a prevalere nella dottrina e nella giurisprudenza. Coerentemente,

² *Estudio multipaís de la OMS sobre la salud de la mujer y violencia doméstica*. Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2015. I dati riguardanti il Brasile si trovano alle pp. 6-9. (http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43390/1/924359351X_spa.pdf).

³ www.amnesty.org/es/documents/pol10/4800/2017/es (p. 111).

⁴ Le statistiche ufficiali rilevano che nel 2015 il 40,9% delle donne brasiliane lavorava (anche) fuori casa. I dati sui capifamiglia sono sorprendenti. La percentuale delle donne che occupano questa posizione è cresciuta dal 18,1% del 1991 al 24,9% nel 2000, fino al 40% nel 2015 (Istituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE): <http://ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfildamulher/default.shtm>).

Sulla crescita dei casi di violenza contro le donne negli ultimi anni in America Latina, Brasile compreso, cfr. BOTT ET AL. 2012; MANJOO, 2015. Cfr. il Rapporto dell'ONU per il 2015 sulla situazione delle donne (https://unstats.un.org/unsd/gender/downloads/WorldsWomen2015_-chapter6_t.pdf).

⁵ Uno dei pochi studi negli anni Novanta è quello di ANDRADE, 1996.

definiamo *patriarcalismo giuridico* il collegamento (e l'integrazione) del sistema giuridico brasiliano al sistema patriarcale che regge le relazioni sociali, producendo e riproducendo il dominio maschile.

Il concetto di patriarcalismo giuridico permette di comprendere una situazione di apparente contraddizione, che è oggetto delle principali critiche femministe in Brasile. I cambiamenti legislativi sono molti e frequenti, ma non permettono la costruzione di un sistema giuridico di protezione delle donne e di lotta contro la discriminazione sociale. In breve, per ciò che attiene alla questione femminile, il divario tra *Sollen* e *Sein* continua a essere insuperabile, come del resto spesso avviene in America Latina nel campo del diritto.

La dottrina, a partire dai manuali di diritto adottati nelle Università – spesso citati per prendere le decisioni giudiziali – difendono, in maniera più o meno aperta, posizioni apertamente sessiste. Per esser più espliciti, ancora oggi vi sono manuali di diritto penale che sostengono la possibile connivenza delle vittime quando si consuma una violenza sessuale⁶. La vittima è vista come complice, in una tipica inversione di ruoli. La tendenza a discriminare le donne, nonostante la presenza di norme giuridiche formalmente neutre, si constata anche nelle sentenze penali.

Non si può certamente dire che queste tendenze siano una caratteristica specifica del diritto brasiliano⁷. Ma la comparazione tra la produzione normativa, i contributi della dottrina e le sentenze penali mostra chiaramente questo genere di scelte, sia sul piano teorico che pratico. Quando le donne smettono di essere strumentalizzate e discriminate dalle norme vigenti, le istanze di elaborazione dogmatica e la prassi giudiziaria "colmano la lacuna". Questo è l'apparente paradosso (o la trappola) di quel patriarcalismo giuridico che tende a riprodurre la sottomissione femminile. Come sosterebbero le correnti radicali della teoria femminista del diritto, il patriarcalismo non può essere eliminato con le riforme legali, anche audaci, ma soltanto in seguito a profondi mutamenti dei valori e delle pratiche culturali.

⁶ Per esempio, il penalista brasiliano COSTA JÚNIOR (2010, p. 608) sostiene un'opinione alquanto bizzarra: "*Si discute – egli afferma – se la donna adulta e normale possa essere violentata fisicamente per avere una congiunzione carnale con un uomo, anch'egli adulto e normale. Si è detto – aggiunge l'autore – che il mero movimento delle anche impedirebbe l'introduzione del pene, opinione sottoscritta da Cervantes*".

⁷ Per una analisi delle sentenze sessiste in Europa e negli Stati Uniti, cfr. LARRAURI, 2009, <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/124366/172339>. Cfr. le analisi di FOLJANTY e LEMBKE (2006) e i contributi della rivista *Studi Sulla Questione Criminale*, n. 2, 2008. Attualmente, l'organizzazione non governativa *Women's Link World Wide*, cerca di sensibilizzare l'opinione pubblica sulle sentenze sessiste in Spagna e anche in paesi dell'America Latina, attraverso il conferimento di "premi" (<http://www.womenslinkworldwide.org/premios>).

Il nostro contributo si concentra su alcune norme penali rilevanti nella prospettiva di genere. Più precisamente, il nostro sguardo socio-giuridico si indirizzerà sulle molestie sessuali e sulla riforma riguardante i delitti sessuali. Un'analisi completa dovrebbe prendere in considerazione anche il femminicidio e le norme in tema di violenza domestica. In questa sede non possiamo svolgere un'analisi così ampia, ma è altamente probabile che anche estendendo il nostro ambito di ricerca arriveremo a conclusioni abbastanza simili a quelle a cui giungeremo in queste pagine.

2. Molestie sessuali

A partire dal 1995 sono stati presentati, al Parlamento brasiliano (*Congresso Nacional*), vari progetti di legge per incriminare le molestie sessuali, basati sostanzialmente su due ordini di argomenti: da un lato, dati di carattere statistico che rivelano che quasi la metà delle donne brasiliane è stata vittima di molestie sessuali sul posto di lavoro; dall'altro le recenti leggi adottate da molti altri Paesi in lotta contro gli abusi sessuali.

La legge 10.224 del 2001 ha così introdotto il reato di "molestia sessuale", consistente nel fatto di chi tenta di avere o riceve "vantaggi sessuali" mediante abuso di autorità⁸. La pena prevista per questo reato è quella della reclusione da 12 a 24 mesi.

Questa norma è un tipico esempio di *legal transplant*⁹. Discipline e tipi di reato vigenti in altri Paesi sono riprodotti in un altro ordinamento giuridico, senza alcuna riflessione sulle peculiarità sociali e giuridiche, e senza giustificare la necessità di un intervento penale come esige il principio di sussidiarietà.

L'*impulso a criminalizzare*, se non è accompagnato da un'adeguata riflessione produce, assai spesso, delle incongruenze. E così è accaduto anche in Brasile. Alcuni mesi dopo l'introduzione del reato di molestie sessuali abbiamo assistito a una riforma della legge 9.099 del 26 settembre 1995 che ha decretato per i reati di "minore gravità" (quelli che prevedono una pena fino a 24 mesi, com'è il caso delle molestie sessuali) l'obbligatorietà delle misure alternative, con esclusione della detenzione. Per riassumere: seguendo alcuni modelli stranieri si crea una nuova figura di reato e, alcuni mesi dopo, si cambia la legge, escludendo la pena del carcere¹⁰.

⁸ *Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função* – articolo 216-A, *caput* del codice penale brasiliano.

⁹ WATSON, 1993; SABADELL, 2013, pp. 101-102.

¹⁰ Nel 2009 è stata effettuata una riforma complessiva dei reati sessuali, che ha stabilito, tra l'altro, un paragrafo secondo all'articolo 216-A per aumentare la pena fino a un terzo se il reato è

Da una prospettiva femminista, la trasformazione delle molestie sessuali in “reati di minore gravità” spiega, almeno in parte, la forza di inerzia della cultura patriarcale. La sua forza di inerzia è rivolta a banalizzare le aggressioni contro le donne¹¹.

La dottrina critica l'introduzione del reato sulla base di due ordini di argomenti¹². Ci sono delle critiche garantiste, che convergono sul rischio di espansione del diritto penale (*widening the net*, come dicono gli inglesi). Altri utilizzano invece argomenti sessisti, sostenendo che il diritto penale non dovrebbe intervenire per regolare rapporti che attengono alla sfera della *privacy* e dei “costumi” del popolo brasiliano. Una condiscendenza in senso patriarcale delle molestie sessuali si rinviene anche nel recentissimo manuale di diritto penale di un noto e riconosciuto studioso, il quale critica la criminalizzazione delle molestie sessuali perchè si presenta contraria al “sentimento popolare”¹³.

Va inoltre considerato che la testimonianza della vittima non è ritenuta sufficiente senza prove “consistenti”. Un esempio: nel 2004, il Supremo Tribunale Federale esaminò un caso che coinvolgeva un giudice del Supremo Tribunale di Giustizia, Paulo Geraldo de Almeida Medina, accusato di molestie sistematiche nei confronti di una impiegata del Tribunale. Nonostante il referto di un medico, la testimonianza di una collega e la dichiarazione della vittima, la Corte non pervenne a una sentenza di condanna. Il giudice estensore, Neslon Jobim, richiese il parere all'unica donna che faceva parte del collegio giudicante, Ellen Grace Northfleet. Questa magistrata citò una dottrina minoritaria e poco autorevole per giustificare la non procedibilità rispetto a questo caso¹⁴.

Per molto tempo, i Tribunali del lavoro brasiliani tendevano a non riconoscere le molestie sessuali in ambito lavorativo adducendo l'assenza di prove. Alcuni giudici argomentavano anche che il *flirt* è una pratica sociale comune, e non può essere concepita come una costrizione illegale. Ancora un esempio: un giudice di seconda istanza, Dorival Borges de Souza Neto fu assolto nel 2013 nonostante la presenza di una registrazione audio nella quale l'aggressore diceva alla vittima che l'avrebbe aiutata a raggiungere stabilità nel lavoro se avesse accettato le sue proposte. La registrazione non è stata ammessa come prova. Non solo: nella sentenza si afferma che il *flirt* è una “pratica comune e tradizionale”, determinata da

stato commesso nei confronti di una persona che non ha compiuto i 18 anni. Questi casi non rientrano nella legge del “minore potenziale offensivo”.

¹¹ Per una analisi femminista e di sociologia del diritto del reato di molestie sessuali dopo l'entrata in vigore della norma, cfr. BELLO, 2004.

¹² SILVEIRA, 2000. Presentazione e critica di questi argomenti in BELLO, 2004.

¹³ NUCCI, 2017, p. 47.

¹⁴ *Inquérito* 2033, estensore Nelson Jobim, sentenza del 16 giugno 2004 (<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14741748/inquerito-inq-2033-df/inteiro-teor-103127236?ref=juris-tabs#>).

“fattori culturali”. Allo stesso tempo, si legge, “in ogni caso di molestia sessuale c’è sempre (*sic!*) una provocazione da parte della donna”. Infine, in Brasile non si può certo accettare il “rigore” che, nell’affrontare il problema – che “rasenta l’assurdo” – viene osservato, per esempio, negli Stati Uniti¹⁵.

Dobbiamo riconoscere come un importante sviluppo il fatto che, in tempi più recenti, il Supremo Tribunale Federale e il Superiore Tribunale di Giustizia hanno cambiato il loro orientamento giudiziale, attribuendo “importanza preponderante” alla parola delle vittime di molestie, o considerando decisiva la loro parola quando non è possibile assumere altre prove¹⁶.

Va però ricordato che in Brasile non sono state svolte serie ricerche empiriche sulle molestie sessuali. Possiamo citare unicamente una ricerca del 2016 che ha intervistato 2.500 donne in quattro differenti Paesi (Inghilterra, Brasile, Thailandia e India), riportando che l’86% delle donne brasiliane sono state vittime di varie forme di molestie e di violenza sessuale in ambienti pubblici¹⁷. Una ricerca del 2012 sui luoghi di lavoro ha concluso, da parte sua, che le vittime subiscono sanzioni informali, vengono derise dai superiori, in aggiunta alle molestie sessuali e morali¹⁸.

Purtroppo non esistono dati attendibili sull’entità delle denunce e sulle sentenze. Senza tali dati non si può verificare la rilevanza sociale della criminalizzazione e le risposte da parte della giustizia a questo problema sociale.

Possiamo concludere che l’assenza di ricerche ufficiali sul tema, nonostante la completa informatizzazione della giustizia brasiliana, è indicativa dello scarso interesse del potere giudiziario per le questioni dei diritti delle donne.

3. *La riforma dei reati di violenza sessuale*

Nel 2003, è stata presentata al Congresso brasiliano una proposta di legge di riforma dei delitti contro la libertà sessuale¹⁹, poi promulgata nel 2005 (legge 11.106).

¹⁵ Processo 00966-2012-013-010-00-0 (Roraima), estensore Dorival Borges de Souza Neto (http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130717-10.pdf).

¹⁶ Superiore Tribunale di Giustizia, *Habeas Corpus* n. 34.474 del 2015 (0312883-9). Opinione del Giudice Ribeiro Dantas, 22 novembre 2016 (https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67491576&num_registro=201503128839&data=20161125&tipo=5&formato=PDF).

¹⁷ Cfr. la ricerca dell’organizzazione *Action Aid*: <http://www.actionaid.org.br/brasil-lidera-assedio-de-mulheres-em-espaco-publico>.

¹⁸ BACELLAR, 2012.

¹⁹ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104744>.

Va ricordato che le norme previste dal codice penale del 1940 in tema di violenza carnale erano altamente discriminatorie. In buona sostanza, rivittimizavano la donna e applicavano il modello di protezione dell' "onore familiare", salvaguardando la morale sessuale di stampo patriarcale.

A partire dal 2005 sono stati eliminati i richiami alla figura della "donna onesta" e della "donna vergine", e sono state abrogate le fattispecie che consideravano la penetrazione vaginale come la forma più grave di violenza sessuale, in ragione del rischio di gravidanza. La novella legislativa ha abrogato anche la causa di estinzione della punibilità quale conseguenza del matrimonio tra aggressore e vittima, nonché l'aumento di pena per gli aggressori che al momento del fatto erano sposati con un'altra donna²⁰.

Per trovare una prospettiva capace di tutelare maggiormente le donne occorre però attendere i lavori di una Commissione parlamentare d'inchiesta che, nel 2009, ha indagato sull'abuso sessuale dei bambini e dei giovani. Dopo la conclusione dell'indagine la legge n. 12.015²¹ ha cambiato il titolo del capitolo VI del codice penale. Non si parla più, infatti, di "Reati contro il buon costume", ma di "Reati contro la dignità sessuale". È stata, inoltre, introdotta una lunga serie di fattispecie distinguendo a seconda dell'età della vittima (maggioresi; giovani tra i 14 e i 18 anni; minori di 14 anni) e della forma di aggressione sessuale.

La riforma più recente, voluta dal Governo conservatore del Presidente Michel Temer, è del 2016, e ha spostato i delitti riguardanti la tratta di esseri umani dai "Reati contro la dignità sessuale" ai "Reati contro le persone" (nel Capitolo: "Reati contro la libertà personale"). La modifica esprime apertamente la volontà di separare la "tratta" dal problema dello sfruttamento sessuale delle donne all'interno di una società patriarcale, concepandola come un problema legato alla libertà individuale.

Queste riforme hanno avviato molti dibattiti dottrinari favorevoli a unificare i reati di violenza, indipendentemente dalla forma di aggressione sessuale e, soprattutto, hanno portato alla decisione legislativa di creare un reato specifico per la violenza nei confronti di persone non ancora maggiori. Per questa categoria di soggetti vige una presunzione assoluta di violenza, indipendentemente

²⁰ SABADELL, 1999.

²¹ La Commissione ha indicato che l'abuso di minorenni riguarda, in Brasile, quasi esclusivamente le bambine (tra il 71% e il 100% dei casi, a seconda delle regioni). Un altro importante dato fornito dalla Commissione riguarda la conferma dell'esistenza di reti di prostituzione e di sfruttamento sessuale di minorenni che coinvolge turisti (esclusivamente maschi, e soprattutto italiani, tedeschi e spagnoli). Su questi dati e sulle ragioni della riforma dei delitti sessuali, cfr. il documento prodotto dalla *Comissão parlamentar mista de inquérito* (istituita dal *Requerimento* n° 02, de 2003-CN, "com a finalidade investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil"). Relatório final. Presidente: Senadora Patrícia Saboya Gomes, 2004 (<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence=5>).

dalla condotta tenuta dalle vittime, e il delitto è procedibile d'ufficio, non a querela di parte.

Prima dalla riforma del 2009 il codice puniva l'aggressione sessuale se vi era "impiego della violenza" o in presenza di "una grave minaccia", e stabiliva pene diverse a seconda dell'età della vittima e delle conseguenze del reato. Nel 2009, il legislatore ha creato la fattispecie di violenza sessuale nei confronti di persona vulnerabile ("*estupro de vulnerável*" – articolo 217-A del codice penale brasiliano). Nel caso in cui l'aggressione sessuale riguardi una persona infraquattordicenne la pena prevista è superiore a quella prevista per le vittime maggiori di 14 anni, ed è ulteriormente aumentata in caso di lesione personale o di morte.

Alcuni giudici hanno applicato delle attenuanti non previste dalle norme sulla violenza sessuale, sostenendo che i casi di minore gravità potevano essere qualificati quali contravvenzioni e considerando per esempio l'aggressione quale semplice "offesa al pudore", per evitare l'"ingiustizia" di una pena "irragionevole"²².

Dal punto di vista dogmatico si potrebbe obiettare che una norma posteriore che prevede la punibilità di certe condotte – come le recenti leggi di riforma dei reati sessuali – non può essere derogata da una anteriore, come nel caso di specie, che rimanda a normative riguardanti le contravvenzioni penali che risalgono addirittura al 1941. Per molti penalisti, comunque, è meno importante rispettare le valutazioni del legislatore di quanto lo sia definire alcune condotte meno offensive o addirittura insignificanti. Possiamo definire questo approccio come una forma di *garantismo patriarcale*, interessato a circoscrivere, a delimitare l'intervento penale quando è in gioco la protezione dei diritti delle donne²³.

Neanche nei casi di pedofilia – un problema decisamente grave in Brasile²⁴ che, come si è ricordato, ha determinato le riforme dei delitti sessuali – la dottrina dominante e i magistrati sembrano tenere in conto la questione delle vittime. Questo permette di affermare che il sistema della giustizia penale e la scienza giuridica sono funzionali al mantenimento della cultura patriarcale, anche in presenza di riforme legislative.

A un lettore europeo potrà sembrare poco credibile, ma la violenza sessuale è percepita in Brasile come parte di un "gioco di seduzione", nella cui conduzione il maschio, per lo più, non commette un reato ma un *errore* sul vero significato

²² PIERANGELI e SOUZA (2010, pp. 22-23). Guilherme Nucci, professore di diritto penale e giudice è anche lui favorevole alla qualificazione di casi di aggressione meno gravi come contravvenzioni (NUCCI, 2009, p. 23).

²³ Un esempio giudiziale. Una ragazza di 11 anni denuncia come aggressore un amico di famiglia. La bambina è scappata dalle mani dell'uomo che si era già spogliato. Il tribunale di seconda istanza trova la pena inflitta molto alta, invocando i lavori di Guilherme Nucci, accennati nella nota anteriore. <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177849766/apelacao-criminal-apr-106741400-02520001-mg/inteiro-teor-177849899?ref=juris-tabs>.

²⁴ Cfr. CERQUEIRA ET AL., 2016.

del “no” pronunciato da una donna²⁵, spesso perché quest’ultima non ha espresso il dissenso con la dovuta “serietà”²⁶. Lapidariamente, la dottrina prende sul serio unicamente la donna che è disposta a morire pur di non essere violentata.

Alcuni casi giurisprudenziali mostrano come la visione patriarcale sia stata sposata anche dai giudici, in perfetta consonanza con la dottrina. Nel 1996, il Supremo Tribunale Federale ha accolto l’opinione dell’estensore, il giudice Marco Aurélio Mello, sancendo che un uomo che aveva avuto relazioni sessuali con una adolescente appena dodicenne non aveva commesso violenza sessuale, in quanto la ragazza – che non era alla sua prima esperienza sessuale – aveva dato il proprio consenso al rapporto. In realtà, l’articolo 224 del codice penale brasiliano vigente all’epoca del fatto stabiliva una “presunzione di violenza” in caso di relazioni sessuali con infraquattordicenni. Quelle che seguono sono alcune parole della motivazione del giudice Mello: “Al giorno d’oggi non ci sono bambine, ma giovani di dodici anni. Precocemente mature, la maggior parte di loro ha sviluppato discernimento sufficiente per reagire a possibile avversità, anche se non hanno un sistema di valori che permetta loro di intravedere le possibili conseguenze dei loro atti”²⁷.

Nel 1998, un Tribunale di seconda istanza doveva decidere sul caso di un uomo di 66 anni che aveva avuto una relazione sessuale con una bimba di appena 10 anni, pagando un importo irrisorio. Il Tribunale concluse con una condanna, ma il giudice Dôglas Evangelista Ramos espresse la sua *dissenting opinion* in questi termini: “La giovane non era più vergine e aveva rapporti sessuali abituali con un cittadino. Egli sarà condannato a sei anni di carcere perché un altro individuo aveva in precedenza deflorato quella ragazza? Tutto ciò è molto ingiusto, e io non riscontro qui atti di libidine. La giovane era già una donna con esperienza. Se il giudice Mello ha stabilito che una ragazza di 12 anni è già una giovane donna, ciò vale per la regione del Minas Gerais. Qui, al Nord del Paese, l’età diminuisce sempre di più. Se lei aveva 10 anni e aveva relazioni sessuali complete, non vedo come punire per stupro la persona che ha avuto relazioni incomplete con lei”²⁸.

Nel 2006, il Supremo Tribunale Federale – con estensore ancora il giudice Mello – fu chiamato a decidere in un altro caso, in cui lo zio e tutore di una bambina era accusato di violenza sessuale nei confronti della nipote da quando lei aveva 9 anni e fino a quando ne ha compiuti 11, dopo essere rimasta anche incin-

²⁵ GRECO, 2010, p. 464.

²⁶ MASSON, 2001, p. 12.

²⁷ Supremo Tribunale Federale, *Habeas Corpus* 73.662, estensore Marco Aurélio Mello, 21-5-1996, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>.

²⁸ Tribunale di Giustizia di Amapá, Appello criminale n. 918/98, estensore Carmo Antonio, (http://www.tjap.gov.br/apjurisnet_new/intteor.php?id=2670).

ta. Il Giudice ne richiese l'assoluzione perché i due vivevano in uno stato di unione civile (non registrata). Le molteplici forme di violenza vennero ignorate. L'importante era tutelare "la famiglia", anche se la bimba aveva appena 11 anni al momento della formazione dell'unione. Scrive il giudice Mello: "In caso di conflitto di valori, dobbiamo decidere se per lo Stato è più importante la conservazione della famiglia o trovare un rimedio per la 'ferita sociale', causata da rapporti sessuali imprudenti, dovuti all'età della giovane [...]. Lo Stato deve proteggere il più fragile in questa storia, vale a dire il bambino nato da questa relazione. [...] Sulle spalle del bambino cadrà tutto lo stigma del padre 'stupratore' e della madre che, in caso di condanna, sarà la compagna di un detenuto"²⁹.

Decisioni tipiche del patriarcato "garantista" sono opera anche di donne. Nel 2012, la giudice del Tribunale Superiore di Giustizia Maria Thereza de Assis Moura, ha deciso di assolvere un imputato dall'accusa di violenza sessuale nei confronti di persone vulnerabili. Le vittime, dodicenni, erano tre, e si incontravano solo quando si prostituivano. Dopo le condanne in prima e seconda istanza, l'accusato impugnò le sentenze di fronte al Tribunale Superiore di Giustizia. La maggioranza dei giudici si allineò con l'opinione della giudice Moura, relatrice del processo e favorevole all'assoluzione, che considerò "ipocrita" la scelta legislativa di proibire le relazioni sessuali con i minori di 14 anni, nel caso in cui fosse stato espresso il consenso. Invocando dei precedenti giudiziari, espresse così la sua visione patriarcale: "In primo luogo, il magistrato assolve perché le giovani hanno avuto una vita dissoluta e hanno consentito all'atto sessuale". Citando poi la sentenza di seconda istanza, ha affermato: "Tutte le prove raccolte indicano che le minorenni avevano da molto tempo una vita sessuale attiva. Ne consegue che non sono state ingannate perché erano delle persone ingenua, e che non è neppure stata loro sottratta la libertà sessuale". Queste, infine, le conclusioni: "Soltanto quando si trascura ipocritamente la realtà si può affermare che una persona a quattordici anni compiuti non ha già una nozione teorica, abbastanza precisa, dei segreti della vita sessuale e del rischio di corrispondere al desiderio altrui"³⁰.

²⁹ Supremo Tribunale Federale, *Recurso Extraordinário* 418.376, estensore Marco Aurélio Mello, 9 febbraio 2006, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>.

³⁰ Supremo Tribunale Federale, "*Embargos de divergência em Recurso Especial*", n. 1021634-SP (2011/ 0099313-2) estensore Maria Thereza de Assis Moura (<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21608486/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1021634-sp-2011-0099313-2-stj/inteiro-teor-21608487?ref=juris-tabs>).

Questa decisione è stata fortemente criticata dalla dottrina³¹ e ha provocato reazioni di alcuni organismi internazionali³² per il suo contenuto apertamente discriminatorio³³.

Nella prospettiva della teoria femminista del diritto le decisioni qui citate e commentate, (ri)producono la discriminazione femminile e la violenza del sistema di giustizia patriarcale per almeno quattro ragioni:

a) *Negazione dell'infanzia*. Le sentenze chiamano le bambine di nove, dieci o dodici anni "giovani donne", "ragazze", o, addirittura, "donne". Sostengono che le vittime hanno "esperienza" o "coscienza" della vita sessuale. La verginità continua a essere un criterio di classificazione del genere femminile. Perdere la verginità significa automaticamente divenire una donna. La vita "dissoluta" di una bambina non merita la protezione della legge, poiché quest'ultima ha voluto imparare "i segreti della vita sessuale". Tali affermazioni cancellano il dettato delle norme poste a tutela di bambini e adolescenti, e trascurando le situazioni sociali sottostanti perpetuano il ciclo della prostituzione delle bimbe abbandonate o di famiglie povere. In questa prospettiva, contraria alle leggi e alla tutela speciale dell'infanzia prevista dalla Costituzione, le giovanissime vittime *sceglierebbero* di vendersi e dovrebbero accettarne le conseguenze.

Nel solco di questo genere di argomentazioni ci imbattiamo nuovamente nella centenaria distinzione tra donne "oneste" e donne "immorali", che decine e decine di anni dopo la sua abrogazione dal codice penale brasiliano continua a essere iscritta nei giudizi e, prima ancora, nelle menti e nella mentalità di maschi e femmine³⁴. La riforma legislativa del 2009, che ha introdotto la nuova fattispecie di violenza sessuale nei confronti delle persone vulnerabili – intesa come condotta altamente riprovevole –, non ha potuto trasformare la *forma mentis* di molti componenti della magistratura. La bambina che non "resiste" alle proposte sessuali sarebbe una donna, molto probabilmente immorale e per ciò immeritevole di protezione legale. Basti pensare al parere del giudice Ramos, che non soltanto accetta queste premesse, ma ricorre anche a figure retoriche offensive per le donne.

³¹ CAMPOS, 2013, pp. 450-455.

³² <http://www.viomundo.com.br/voce-escreve/maria-do-rosario-na-pratica-impunidade-para-um-dos-mais-graves-crimes.html>, com referência a protestos da ONU.

³³ La Corte, a maggioranza, ha poi cambiato la decisione in una ulteriore sessione (8 agosto 2012), mantenendo la condanna per ragioni puramente processuali.

³⁴ Il trattamento preferenziale della "donna onesta" era previsto nel codice penale brasiliano del 1832 (articolo 222), e anche nei Codici del 1890 (articolo 262) e del 1940 (SABADELL 1999). La riforma del 2005 ha abbandonato l'espressione che adesso sopravvive, con altre definizioni, in dottrina e in giurisprudenza.

b) *Negazione della violenza sessuale*. Le visioni patriarcali vengono impiegate per annullare gli effetti giuridici di una violenza³⁵. L'argomentazione del consenso permette di negare la violenza (Mello e Moura). Quella dell'"errore" dell'aggressore (che intraprenderebbe relazioni sessuali "imprudenti", secondo Mello, con riguardo a una relazione iniziata quando la bambina aveva 9 anni) permette di negare lo stupro. Seguendo questi sentieri, i giudizi finiscono con l'ignorare le norme vigenti e cancellare la violenza inflitta.

c) *Trasformazione dell'aggressore in vittima*. I riferimenti contenuti nelle sentenze alle "esperienze sessuali" delle bambine non negano unicamente la commissione del reato, ma anche la loro identità di vittima. In una vera e propria *inversione processuale* dei ruoli, quest'ultima è giudicata per la sua vita sessuale e per i costumi "dissoluti", mentre l'aggressore è considerato come una sorta di vittima del sistema che può patire conseguenze gravissime, come la perdita della libertà e la separazione dalla famiglia, per colpa di altri o di una sua "imprudenza".

d) *Violazione del principio della legalità penale*. Per riprodurre il discorso discriminatorio e promuovere il garantismo patriarcale, i tribunali ignorano le previsioni legali riguardanti la violenza sessuale nei confronti di persona vulnerabile, banalizzando l'atto sulla base degli argomenti già riferiti³⁶.

4. Osservazioni conclusive

La lettura critica della recente giurisprudenza e dottrina brasiliana sui delitti contro la libertà sessuale mostra che, nonostante le riforme legislative, le argomentazioni che presiedono le decisioni continuano a dipendere dalla mentalità patriarcale, volta quasi a "sabotare" il potere legislativo. Non si può neppure escludere che il legislatore abbia promosso le riforme proprio perché era convinto che il sistema giudiziario non le avrebbe poi applicate *in toto*. Questa ipotesi nasce dalla constatazione che il legislatore non ha reagito alle interpretazioni *contra legem* dei giudici in questa materia.

Osservando l'attività forense che protegge gli interessi e le visioni del genere maschile, si possono comprendere le difficoltà e le resistenze ai tentativi di una riforma legislativa volta a "modernizzare" il diritto in Brasile. Molte femministe sostengono che dentro la struttura patriarcale universale sono fondamentali le *different voices*, e questo spiegherebbe le forti resistenze ai cambiamenti in certi Paesi³⁷.

³⁵ SABADELL, 1999.

³⁶ Cfr. anche i commentari e la giurisprudenza in NUCCI, 2017, pp. 58-65.

³⁷ Vedi la discussione di questa tesi in CHARLESWORTH, CHINKIN e WRIGHT, 1991. Cfr. SABADELL e SOUZA, 2013.

La giurisprudenza brasiliana dei Tribunali di seconda istanza – e persino delle Corti superiori – adotta e diffonde, presso i tribunali inferiori, argomentazioni giuridiche patriarcali che frenano le riforme legislative e i tentativi di emancipazione femminile. Agendo *contra legem*, il patriarcato continua a promuovere le sue rappresentazioni del mondo.

Bibliografia

- ANDRADE, *Violência Sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimização feminina?*, in *Seqüência*, n. 33, 1996, pp. 87-114 (<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/1574>).
- BACELLAR, *Os reflexos do assédio moral na sadia qualidade vida da mulher*, in MARINS e BAZZO BARWINSKI (a cura di), *A mulher e o direito*, Coleção Comissões – Comissão da Mulher advogada, vol. X, 2012, pp. 163-171.
- BELLO, *Assédio Sexual – A problemática da Tipificação Penal*, Piracicaba, Universidade Metodista de Piracicaba Unimep, 2004, São Paulo.
- BOTT, GUEDES, GOODWIN, MENDOZA, *Violence Against Women in Latin America and Caribbean: a comparative analysis of population-based data from 12 countries*, Washington, DC, Pan American Health Organization, 2012.
- CAMPOS, *A convenção da ONU sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e sua repercussão no direito brasileiro*, in VALENÇA FERRAZ ET AL. (a cura di), *Manual dos Direitos da Mulher*, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 441-466.
- CERQUEIRA, FERREIRA, ET AL., *Nota Técnica. Atlas da violência 2016*, Publicação do Instituto de Pesquisa econômica e Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, vol. 17, Brasília, 2016 (http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/-atlas_da_violencia_2016.pdf).
- CHARLESWORTH, CHINKIN, WRIGHT, *Feminist Approaches to International Law*, in *The American Journal of International Law*, vol. 85, n. 4, 1991, pp. 613-645.
- COSTA JÚNIOR, *Curso de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- FOLJANTI, LEMBKE, (a cura di), *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2006.
- GRECO, *Curso de direito penal – parte especial*, V, III, Niterói, Impetus, 2010.
- LARRAURI, *Igualdad y violencia de género. Comentário a la STC 2008*, in *Dret. Revista para el análisis del derecho*, n. 1, 2009, pp. 1-17.
- MALOSSO, RAMOS, *Aspectos controvertidos da criminalização do assédio sexual*, 2006, pp. 5410-5429, in http://www.publica-direito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bb/maria_carolina_amos.pdf.
- MANJOO, *Patrones de Violencia contra las Mujeres en América Latina y el Caribe. Informe presentado a la Relatora de la ONU sobre Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias*, Lima, 2015 (<http://www.cladem.org/pdf/Informe-Relatoria-de-Violencia.pdf>).

- MASSON, *Direito penal*, vol. 3, São Paulo, Método, 2011.
- NUCCI, *Crimes contra a dignidade sexual – comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, São Paulo, RT, 2009.
- NUCCI, *Curso de direito penal – parte especial*, V, III, Rio de Janeiro, Forense, 2017.
- OMC, *Estudio multipaís de la OMS sobre la salud de la mujer y violencia doméstica*. Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2015 (http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43390/1/924359351X_spa.pdf).
- PIERANGELI, SOUZA, *Crimes sexuais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2010.
- PAMPLONA FILHO, *Assédio sexual: questões conceituais*, in JESUS; GOMES (a cura di), *Assédio Sexual*, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 109-135.
- PIERANGELI, SOUZA, *Crimes sexuais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2010.
- SABADELL, *Dalla ‘donna onesta’ alla piena cittadinanza delle donne*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 1-2, 1999, pp. 167-203.
- SABADELL, *Manual de Sociologia Jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.
- SABADELL, SOUZA, *O impacto da teoria feminista no âmbito do direito internacional: Observações acerca da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a Mulher*, in VALENÇA FERRAZ ET AL. (a cura di), *Manual dos direitos da Mulher*, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 467-479.
- SILVEIRA, *O assédio sexual como fato criminoso*, in *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, vol. 8, n. 89, 2000, p. 11.
- WATSON, *Legal Transplant: An Approach to comparative Law*, Athens, University of Georgia Press, 1993.

ALESSANDRO SPENA

LA PAROLA(-)ODIO.
SOVRAESPOSIZIONE, CRIMINALIZZAZIONE E INTERPRETAZIONE
DELLO *HATE SPEECH*

SOMMARIO: 1. La parola “odio”. – 2. Pubblicità per iterazione. – 3. *Excursus*: Odio 2.0., o la massa aizzata degli odiatori. – 4. La logica del *tag*. – 5. Le istituzioni europee in lotta contro la parola-odio. – 6. Le istituzioni italiane in lotta contro la parola-odio. – 7. Modelli normativi di incriminazione della parola-odio. – 8. Discorsi motivati dall’odio *vs.* discorsi diffusivi d’odio (odio-motivo *vs.* odio-evento). – 9. (Segue) Volatilità dell’odio-evento. – 10. Caratteri pre-giuridici della parola-odio. – 11. Libertà di parola(-odio)?

1. *La parola “odio”*

“Odio” è la parola di questi tempi: poche altre possono vantare oggi la stessa risonanza mediatica. Nel tempo della comunicazione reticolare, si ha quasi l'impressione che un vaso di Pandora sia stato scoperchiato, e che ad uscirne siano state soprattutto le molteplici forme di questo sentimento: le campagne d’odio, i fiumi d’odio, le fiaccolate d’odio, l’odio come strumento di lotta politica, i predicatori d’odio, le città dell’odio, il business dell’odio. Il mondo appare quasi pervaso di una fitta trama di ostilità reciproche: l’odio dei terroristi islamici contro gli “infedeli”; l’odio degli occidentali contro gli islamici (terroristi e non); i politici di bassa lega che spargono odio contro gli immigrati; altri politici (da Silvio Berlusconi a Donald Trump) che si elevano a martiri dell’odio; l’odio dei poliziotti bianchi americani verso i giovani neri; l’odio dei giovani neri americani per i poliziotti bianchi; bulli che odiano le loro vittime; uomini che odiano le donne; uomini che odiano anche i gay; l’odio costantemente ritornante per ebrei e zingari.

Odiare, per vero, si è sempre odiato. La parola è antica, il sentimento primordiale¹. Eppure, sembra quasi che non si sia mai odiato tanto, che non ci sia mai stato in giro così tanto odio come oggi. Quale che sia l’attendibilità empirica di

¹ S. FREUD, *Al di là del principio di piacere* (1929), trad. it. di A. Durante, Tascabili Economici Newton, 1993; ID., *L’Io e l’Es* (1922), trad. it. di C. Musatti, in ID., *Cinque conferenze sulla psicoanalisi – L’Io e l’Es – Compendio di psicoanalisi*, edizione integrale di riferimento, Bollati Boringhieri, 2011, 141 ss.

questa diffusa impressione, ci sono certo buone ragioni per credere, piuttosto, che il sentimento dell'odio sia oggi mediaticamente sovraesposto; che, cioè, almeno in Italia dai cosiddetti anni di piombo, non ci sia più stato così tanto odio *in pubblico* come adesso: che l'espressione dell'odio non abbia più avuto una così massiccia visibilità pubblica dopo averne avuta in abbondanza, una quarantina di anni addietro, sotto forma di scontro fra polarizzazioni ideologiche, di terrorismo eversivo d'ogni colore, di repressione poliziesca e ragione (o violenza) di stato.

2. *Pubblicità per iterazione*

A volerla indagare un po' più da vicino, a me pare che questa sovraesposizione sia soprattutto dovuta a due ragioni. La prima sta nel fatto che esistono, oggi, diversi canali, prima inesistenti, che rendono possibile, o comunque, più agevole l'emersione verbale dell'odio in pubblico. La comunicazione al tempo dei *social media* ha, infatti, determinato una radicale ridefinizione delle coordinate del discorso pubblico, il quale, oggi, non è più soltanto quel che passa per le vie, più o meno ufficiali, della pubblicistica tradizionale (dall'intervista all'inchiesta giornalistica, dal talk-show alla rubrica settimanale dell'opinionista di turno): chiunque, mettendo un *like*, condividendo un *link*, gestendo un *blog*, rilasciando un commento in calce a questo o a quel *post*, ma anche semplicemente chattando su Facebook, oppure twittando, alimenta una iterazione di discorsi, una miriade di conversazioni che si citano e si rimbeccano all'infinito e che in tal modo, anche quando nascano nell'ambito di un dialogo uno-a-uno, finiscono facilmente per debordarne – complici condivisioni e diffusioni varie – e per assumere tratti, più o meno netti, di pubblicità. Attraverso questa, che chiamerei *pubblicità per iterazione*, si danno oggi moltissime più possibilità di quante non se ne dessero ancora una ventina di anni addietro di *parlare in pubblico*, di rendere *pubblico* il proprio pensiero: *social network* come Facebook, Twitter o Instagram sono strumenti di *pubblicizzazione* della comunicazione grazie a (o a causa de) i quali buona parte di quelle conversazioni che in passato avrebbero avuto carattere privato oggi, di fatto, avvengono in un luogo (virtuale) tendenzialmente aperto a tutti².

² In una interessante decisione tutto sommato ancora recente, la Cassazione ha appunto qualificato Facebook come “luogo pubblico o aperto al pubblico”, ai fini dell'art. 660 c.p. (molestie o disturbo alle persone): “Di fatto, sembra innegabile che la piattaforma sociale *Facebook* (disponibile in oltre 70 lingue, che già ad agosto 2008 contava i suoi primi cento milioni di utenti attivi, classificata come primo servizio di rete sociale) rappresenti una sorta di $\alpha\gamma\omega\alpha$ virtuale. Una “piazza immateriale” che consente un numero indeterminato di “accessi” e di visioni” (Cass., I, 11 luglio 2014, n. 37596). Si vedano, a commento, G. CHECCACCI, *Facebook come un luogo pubblico: un caso di analogia “digitale”* in *malam partem*, in questa *Rivista*, 2014, 503 ss. (critica non già rispetto al fatto in sé di concepire Facebook come *luogo pubblico* virtuale, ma rispetto alla

A questa espansione delle possibilità di parlare in pubblico, però, non sempre si accompagna un corrispondente rafforzamento delle inibizioni a farlo. Se nella realtà non virtuale, confrontazionale, parlare in pubblico fa generalmente scattare meccanismi di pudicizia – psicologica o istituzionale (censura) – che finiscono per frenare molti di noi dal dire tutto quel che pensiamo, nel modo in cui l'umore del momento ci indurrebbe a dirlo, nella realtà virtuale questi stessi freni rimangono spesso, o comunque non raramente, inattivi. Quelli istituzionali sono invero assai difficili da applicare alla comunicazione *social*, per la natura liquida di questa (nel senso in cui l'aggettivo "liquido" è usato da, e dopo, Zygmunt Bauman)³.

Ma anche quelli psicologici sembrano qui meno efficaci che altrove. Talora, invero, accade, molto banalmente, che, pure usandoli, non si abbia tuttavia una conoscenza sufficiente del funzionamento di questi media, e non ci si renda dunque conto della dimensione potenzialmente pubblica in cui quell'uso avviene. Altre volte accade invece che, anche solo ad un livello superficiale di comprensione, si "sappia" di queste potenzialità, eppure ci si comporti come se le si ignorasse; è qui all'opera un conflitto cognitivo-percettivo tra la privatezza della situazione fisica di partenza (in cui il soggetto si trova in un rapporto esclusivo, faccia-a-schermo, col proprio *notebook*, *tablet* o *smartphone*) e la pubblicità potenziale del luogo virtuale di destinazione del messaggio (il web), con il soggetto che, nel conflitto, finisce per sentire come *più reale* la prima situazione rispetto alla seconda. Una dinamica psicologica, questa, che alla mente del penalista richiama l'istituto della colpa cosciente: so che sto creando il rischio di un'offesa, e tuttavia agisco con la sicura fiducia, più o meno ragionevole, che l'uno non si tradurrà nell'altra. Infine, può anche accadere che, pur essendo perfettamente, attualmente, consapevoli delle potenzialità di pubblicizzazione della comunicazione *social*, si sia nondimeno disposti ad accettarle, o addirittura le si persegua intenzionalmente, mentre invece si sarebbe tenuto un atteggiamento diverso parlando davanti a un pubblico non virtuale: qui accade che sia la mancanza stessa di un confronto im-

possibilità di ammetterne la rilevanza ai sensi del 660, che invece, per la sua *ratio*, costituirebbe «reato ad ambientazione materiale vincolata»); G. TUZET, *Luoghi, siti, bacheche. Un caso di interpretazione estensiva*, ivi, 513 ss. (senz'altro favorevole a considerare «i luoghi virtuali apparten[enti] quantomeno alla penombra del significato di "luogo" nella lingua corrente», e dunque a considerare i luoghi virtuali "apertamente accessibili" come luoghi pubblici o aperti al pubblico).

³ Quello tra *social network* e (bisogno e connessi rischi di) censura è, in realtà, un rapporto assai complesso e delicato, che qui non posso che limitarmi a menzionare, e che comunque, nel corso di questi anni, ha suscitato un ampio dibattito pubblico. Per farsene una prima idea, si v. ad es.: <https://www.theguardian.com/technology/2012/feb/21/facebook-nudity-violence-censorship-guidelines>; http://www.repubblica.it/tecnologia/social-network/2016/07/20/news/facebook_e_il_rischio_censura_l_esercito_di_moderatori_che_decide_sul_dark_side_of_the_wall_-144496836/; <http://video.repubblica.it/politica/la-proposta-di-boldrini-ai-vertici-di-facebook-un-tasto-per-segnalare-l-odio-in-rete/261087/261415?ref=search>.

mediato ed evidente con un pubblico visibile, che ascolti e che intimorisca con la sua sola presenza, ad eliminare alcune delle più forti spinte psicologiche verso un contegno più trattenuto.

Le nostre postazioni pc, come del resto qualunque altro nostro *device*, hanno così preso a somigliare ad altrettanti *speakers' corners*, che rendono quasi irresistibile la tentazione di dir la propria. Ciò vale – ecco il punto – anche per l'espressione dei nostri sentimenti più “cattivi” e dunque riposti, quelli che generalmente non ci rendono benaccetti agli altri e che il processo di civilizzazione, e il connesso decalogo delle buone maniere⁴, (o, se si preferisce, l'educazione ricevuta e la connessa formazione del nostro Super-Io)⁵ ci ha reso più restii a manifestare in pubblico: invidia, gelosia, rancore, disprezzo, rabbia – in una parola, odio. Anzi, questi sentimenti sembrano avere una così spiccata tendenza ad emergere attraverso le nuove vie della conversazione in pubblico che, per indicare il corrispondente tipo psicologico, si è persino sentita l'esigenza di inventarsi una categoria concettuale apposita, quella cioè dei cosiddetti *odiatori* (o *haters*).

3. Excursus: *Odio 2.0, o la massa aizzata degli odiatori*

Abbozzo qui una possibile spiegazione di questa tendenza: e cioè che all'interno di queste piattaforme di comunicazione entrino in funzione meccanismi tipici dell'agire in massa. Ed infatti, è la logica stessa della comunicazione *social* ad essere *di massa*, in un senso profondamente diverso da quello in cui lo sono i tradizionali mass-media: questi ultimi danno vita ad una comunicazione non interattiva, dove l'elemento “massa” figura nel ruolo esclusivo del destinatario, del pubblico (la massa dei lettori, la massa dei radioascoltatori, la massa dei telespettatori). Nella comunicazione *social*, invece, è la massa che comunica; di conseguenza, il comunicare per queste vie assume, in molti tratti, la struttura dell'agire in massa. Ciò significa, in primo luogo, che non occorre appartenere ad una élite (quella dei giornalisti, quella dei politici, quella degli intellettuali, ecc.) per aver voce; la comunicazione *social* è accessibile anche all'uomo-massa⁶, all'uomo della folla, e gli apre la strada verso la diffusione delle sue parole. In secondo luogo, proprio perché sfrenatamente accessibile, la comunicazione *social* si risolve ben presto in comunicazione collettiva, in una pubblica e sconfinata piaz-

⁴ N. ELIAS, *Potere e civiltà. Il processo di civilizzazione II* (1939), trad. it. di G. Panzeri, il Mulino, 2010, 351 ss. Dello stesso autore v. anche *La civiltà delle buone maniere. La trasformazione dei costumi nel mondo aristocratico occidentale* (1939), trad. it. di G. Panzieri, il Mulino, 2009.

⁵ S. FREUD, *L'Io e l'Es* (1922), cit., 124 ss.

⁶ Per una descrizione classica di questo tipo umano, v. J. ORTEGA Y GASSETT (1930), *La ribellione delle masse*, trad. it. di S. Battaglia, il Mulino, 1962, 51 ss.

za virtuale piena di gente che parla. Basti pensare alla dinamica delle condivisioni Facebook, o a quella dei cosiddetti *retweet*: iterazioni di contenuti che, a misura che ne cresce il numero, danno il senso anche visivo di una massa di soggetti che ripeta uno stesso slogan. Oppure si pensi, ancora, alla pratica del commento dei *post* su Facebook o dei *tweet*, e a quanto spesso il profluvio di questi commenti si traduca in lunghissime litanie di decine, centinaia di stringhe verbali che, viste nel complesso, danno chiara l'impressione, perfettamente appropriata, del rutilante mormorio di una massa.

Il problema è, però, che agire all'interno di una massa comporta la perdita di buona parte del senso della propria individualità e responsabilità (un processo che gli psicologici sociali chiamano *de-individuazione*)⁷, e, connessa a questa, anche di buona parte dei propri freni inibitori⁸; con la conseguenza che è più agevole che vengano alla luce in queste condizioni quelle stesse pulsioni distruttive, che solitamente, quando invece abbiamo ben presente il senso della nostra individualità, e tanto più quando agiamo come individui in pubblico, tendiamo a rattenere.

La mia idea è che, proprio in quanto si costituisce attraverso mezzi di comunicazione della massa, quali sono i *social network*, quella degli odiatori sia una categoria costitutivamente plurale, massiva: che sia costitutivo del tipo "odiatore" il fatto di agire in massa, secondo logiche di massa. Il che, del resto, trova facile conferma nell'osservazione. Le aggressioni dell'odiatore internettiano assumono tipicamente andamento collettivo: per quanto logora, l'espressione "fiumi d'odio" rende bene l'idea; altrettanto bene la rende l'espressione, appositamente coniata, di *online firestorms*. Vicende di questo genere non si risolvono mai con un singolo che si esprima in forme ostili: anche quando l'aggressione non sia previamente concordata (e talora accade), una volta che il primo le abbia dato inizio, ne conseguono rapidamente grappoli di condotte analoghe. Le aggressioni mediatiche procedono, immancabilmente, attraverso polarizzazioni di gruppo: gli odiatori si danno reciproco rinforzo, traggono incoraggiamento dalle altrui espressioni d'odio, come dall'approvazione altrui per le proprie, in una progressione asintotica verso l'estremo⁹. Del resto, l'agire grupppale *online* è facilitato dal-

⁷ Per tutti, P. ZIMBARDO, *Effetto Lucifero. Cattivi si diventa?* (2007), trad. it., Raffaello Cortina, 2008, Cap. 13; nonché, per sintetici ragguagli ed essenziali riferimenti, P. BOCCHIARO, *Psicologia del male*, Laterza, 2010, 69 ss., 100 ss.

⁸ Cfr., tra le analisi classiche della psicologia delle masse, G. LE BON, *Psicologia delle folle* (1895), trad. it. di G. Villa, Longanesi, 1970, 56 s.; S. FREUD, *Psicologia delle masse e analisi dell'Io* (1921), trad. it. di E.A. Panaitescu, in ID., *Il disagio della civiltà e altri scritti*, Bollati Boringhieri, 2010, 69 s. Con generale riferimento al rapporto tra de-individuazione e caduta delle restrizioni agli impulsi, v. anche P. ZIMBARDO, *Effetto Lucifero. Cattivi si diventa?* (2007), cit.

⁹ D.K. CITRON, *Hate crimes in cyberspace*, Harvard UP, 62-5.

la mancanza di quegli ostacoli (spaziali e temporali) che la realtà non virtuale frappone invece al formarsi di masse fisiche¹⁰.

Riconosciamo qui le movenze di quella che Elias Canetti chiama *massa aizzata*, ossia la massa che si forma col proposito – reale o metaforico – di uccidere¹¹. L'aggressione a parole, l'espressione verbale di odio e disprezzo, sta appunto a rappresentare l'inflizione metaforica di una coltellata, o il lancio metaforico di una pietra, alla vittima designata. La massa odiante si muove come se mettesse in scena una lapidazione, una uccisione collettiva. Lo stesso Canetti, una sessantina di anni fa, notava: «[a]nche oggi ognuno partecipa alle esecuzioni pubbliche attraverso il *giornale*. Solo che oggi anche ciò – come tutto – è più agevole. [...] Nel pubblico dei lettori di giornali è sopravvissuta una massa aizzata più moderata ma più irresponsabile per la lontananza dagli avvenimenti – si sarebbe tentati di dire: la forma più spregevole e al tempo stesso più stabile. Poiché non deve neppure radunarsi, tale forma di massa può anche evitare la propria disgregazione; il giornale, nella sua ripetizione quotidiana, si prende cura delle sue distrazioni»¹². A maggior ragione, il discorso vale per le odierne masse virtuali, che attraverso i *social media* possono attivamente realizzare aggressioni collettive, anziché limitarsi ad assistervi passivamente.

D'altra parte, tutte le caratteristiche generalmente indicate come più plausibili spiegazioni della condotta degli odiatori trovano un perfetto riscontro nei tratti tipici dell'azione di una massa aizzata. Le analisi più accreditate tendono, ad es., a riconoscere rilevanza centrale al fatto che, a differenza del parlare in pubblico, è più facile che la comunicazione mediatica avvenga in condizioni di anonimato, reale o anche solo percepito¹³: l'anonimato, infatti, deresponsabilizza, fa cadere, o rende assai remota, la possibilità di essere chiamati a rispondere, e con essa fa cadere anche una delle briglie più resistenti per l'azione umana, ossia il timore della sanzione (sia essa giuridica, sociale o inter-individuale). L'anonimato, a sua volta, è una condizione tipica dello stare in massa, conseguenza del processo di de-individuazione: nella massa l'individuo non ha nome¹⁴.

¹⁰ D.K. CITRON, *Hate crimes in cyberspace*, cit., 61 s.: «Whereas cost and geography once prevented individuals from finding one another and from meeting, search engines make it happen with little effort. Networked technology remove practical barriers that once protected society from the creation of antisocial groups».

¹¹ E. CANETTI, *Massa e potere* (1960), trad. it. di F. Jesi, Adelphi, 1981, 58 ss.

¹² E. CANETTI, *Massa e potere* (1960), cit., 62.

¹³ Cfr. per tutti D.K. CITRON, *Hate crimes in cyberspace*, cit., 57-61.

¹⁴ Una recente ricerca empirica parrebbe mostrare che l'anonimato – inteso come l'agire sotto falso nome o dietro un *nickname* – non sarebbe un fattore decisivo nel fomentare l'odio mediatico; nelle discussioni *online* a contenuto socio-politico sarebbe addirittura vero il contrario: le persone che usano il proprio nome e cognome, e che sono perciò individuabili, sarebbero in media più inclini a indulgere in manifestazioni di odio e aggressività. K. ROST, L. STAHEL, B.S. FREY, *Digital*

Questo rinvia ad un altro carattere tipico dell'azione della massa aizzata: l'assenza di pericolo, reale o percepita. Non c'è pericolo (di sanzione) per la condizione di anonimato; ma non c'è pericolo (di reazione ritorsiva) anche perché «la superiorità della massa è schiacciante. La vittima non può nuocere. Fugge o è legata. Non può colpire; inerme, è soltanto una vittima. È stata messa a disposizione per essere soppressa. È destinata alla sua sorte; per la sua morte nessuno deve temere sanzioni»¹⁵.

Anche il fatto che la mancanza di un contatto fisico, diretto, con la “vittima” sia fattore che facilita l'espressione d'odio online¹⁶ si accorda con la lettura qui proposta. È invero dimostrato che la disponibilità a tenere comportamenti caritatevoli o all'opposto aggressivi nei confronti di una “vittima” è rispettivamente funzione, tra altre cose, della vicinanza o della distanza da essa¹⁷: «è molto facile essere crudeli verso qualcuno che non vediamo né udiamo»¹⁸. In tal modo, «all'esecutore viene risparmiata l'angoscia di vedere l'esito delle proprie azioni»¹⁹, e con ciò, aggiungerei, anche il doversi riconoscere come persona cattiva, che opera il male. Inoltre, non vedere né sentire la vittima rende più facile immaginarsela secondo i propri schemi, e così dipingersela grottescamente priva dei tratti di umanità che incutono rispetto, e carica invece di tutte quelle caratteristiche peggiorative che la rendano, agli occhi del carnefice, meritevole della crudeltà che questi le infligge (*deumanizzazione*). Ma c'è dell'altro: «La solitudine della vittima non è soltanto una questione di separazione fisica. È una funzione dell'unione tra coloro che la tormentano, e del suo essere esclusa da tale unione. [...] Questo sentimento di gruppo è prodotto dall'azione comune e in particolare dalla complementarità delle azioni individuali [...]. La solitudine della vittima e l'unione di coloro che la tormenta[...]no si condiziona[...]no e conferma[...]no a vicenda»²⁰. Anche in questo, si può dire che l'aggressione mediatica riproduca schemi propri dell'azione massiva: la distanza – fisica ma anche morale – dalla vittima, mentre deumanizza questa, rinsalda la solidarietà grupppale tra gli aggressori,

Social Norm Enforcement: Online Firestorms in Social Media, in *PLoS ONE*, 11(6) (doi: e0155923. doi:10.1371/journal.pone.0155923). L'apparente contraddizione si può forse sciogliere se si considera che a rilevare, quale fattore de-individualizzante/de-responsabilizzante nelle discussioni *social*, non è tanto l'anonimato individuale, ossia il fatto di non comparire col proprio nome, ma quello, appunto, collettivo, derivante dall'idea – fondata – che si stia agendo all'interno di una massa: dalla consapevolezza che il proprio commento è un granello in una massa di altri commenti; dunque dalla diffusione della propria condotta individuale in una condotta di massa.

¹⁵ E. CANETTI, *Massa e potere* (1960), cit., 58.

¹⁶ D.K. CITRON, *Hate crimes in cyberspace*, cit., 59 s.

¹⁷ S. MILGRAM, *Obbedienza all'autorità. Uno sguardo sperimentale* (1974), trad. it. di R. Ballabeni, Einaudi, 2003.

¹⁸ Z. BAUMAN, *Modernità e olocausto* (1989), trad. it. di M. Baldini, il Mulino, 1992, 216.

¹⁹ Z. BAUMAN, *Modernità e olocausto* (1989), cit., 217.

²⁰ Z. BAUMAN, *Modernità e olocausto* (1989), cit., 217.

rinfocola in loro il senso della massa, l'idea d'agire collettivamente, in nome di una causa e per obiettivi che non sono quelli, insignificanti, di un individuo isolato.

4. *La logica del tag*

Il frequente formarsi di masse aizzate di odiatori telematici – e la rilevanza assunta nelle cronache quotidiane dalle miserevoli gesta di questa, per vero piuttosto fantomatica, categoria di soggetti²¹ – non significano certo che ci sia oggi più odio che in passato; è però segno che tale sentimento è oggi particolarmente visibile in pubblico; e lo è, innanzitutto, appunto perché, attraverso mezzi prima inesistenti, è divenuto più facile che la “parola-odio” – la parola in quanto forma contingentemente assunta dall'odio per trovare sbocco espressivo – fuoriesca dai limiti di una conversazione privata.

A questa prima ragione di sovraesposizione mediatica, occorre aggiungerne almeno un'altra, imputabile al ruolo svolto dai media tradizionali. La parola “odio” gode infatti di un posto di prim'ordine tra le chiavi che questi usano per leggere la realtà: imperversa nei titoli dei telegiornali, straborda dalle pagine – cartacee ed elettroniche – dei quotidiani, dei settimanali, dei mensili; rimbalza nelle bocche dei conduttori dei talk-show e degli onniscienti esperti che li frequentano.

I mass-media hanno bisogno di catturare l'attenzione: per vendere copie, per attrarre telespettatori o lettori naviganti, per risultare contenitori sufficientemente *appealing* sotto il profilo dell'investimento pubblicitario. Da questa prospettiva, la notizia o il video di un'aggressione fisica o la sequenza *screenshot* di un'aggressione verbale perpetrata su un *social medium* rappresentano contenuti particolarmente proficui poiché, essendo (presentati come) scioccanti, sono spesso in grado di sollecitare la curiosità del lettore, dello spettatore o del navigante. Il gesto d'odio o i discorsi di un gruppo di odiatori acquistano, così, una peculiare risonanza grazie al risalto dato loro dai tradizionali mezzi di comunicazione.

Vi è poi da considerare che le dinamiche comunicative dell'epoca dei *social media* impongono come pervasiva la logica del *tag*, anche all'interno dell'informazione tradizionale, che a quelle dinamiche, ormai dominanti, cerca di adattarsi. Le notizie vengono presentate già taggate, etichettate, secondo format

²¹ Cfr., ad es., M. PROIETTI, *Gli «odiatori» professionali: l'invidia corre sul web*, in *Corriere della sera*, 12 settembre 2015 (http://www.corriere.it/tecnologia/social/15_settembre_12/gli-odiatori-professionali-l-invidia-corre-web-06634090-5953-11e5-bbb0-00ab110201c3.shtml); M. LO CONTE, *Fenomenologia dell'hater: come si diventa (e come si gestisce) l'odiatore in Rete*, in *il Sole 24 Ore*, 22 settembre 2016 (<http://www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2016-09-21/fenomenologia-hater-come-si-diventa-e-come-si-gestisce-odiatore-rete-193453.shtml?uuid=ADmyefOB>).

interpretativi predefiniti, che ne consentano una fruizione rapida e superficiale da parte di chi legge o ascolta²². A ben vedere, non si tratta che di una estremizzazione di quella che da sempre è la logica delle *news* («*the format of the transitory and spasmodic*») ²³ e della costante ricerca di titoli ad effetto. Un'estremizzazione resa inevitabile dal fatto che ormai viviamo in un mondo affetto da bulimia informativa, nel quale l'accumulo pantagruelico di dati, di notizie (poco importa se vere o false), ripete l'andamento del formarsi di una immensa discarica di rifiuti indifferenziati, e nel quale dunque la nostra capacità di ricevere informazioni per via mediatica spesso non va oltre la mera disponibilità a compulsare titoli, che a tal fine vanno costruiti in modo da poter essere ruminati e rigurgitati, di bocca in bocca, secondo una stringa di luoghi comuni, o stereotipi.

Il *tag* giornalistico, per funzionare, deve dunque essere sufficientemente evocativo – capace di colpire le sensibilità del pubblico – e in pari tempo familiare, riconoscibile, agevolmente comprensibile; meglio ancora se scandalizza o comunque suscita reazioni emotive forti, che si possano consumare in forma usa-e-getta nello spazio che corre tra la lettura di un titolo e quella del successivo. Il tema dell'odio è perfettamente appropriato a questo scopo: abbastanza familiare quanto intollerabile, un vero e proprio tabù. Ciò determina che se ne faccia un massiccio uso taggante, che lo si veda comparire, nelle declinazioni più varie, in una quantità incalcolabile di titoli ed espressioni-chiave. Con un effetto di enfattizzazione che crea un mondo virtuale incurabilmente pervaso d'odio e che a sua volta genera l'impressione che, a pari titolo, ne sia pervaso anche quello non virtuale.

5. Le istituzioni europee in lotta contro la parola-odio

Questa sovraesposizione mediatica non è certo rimasta improduttiva a livello istituzionale, e normativo in particolare. Non si contano – in ambito interno, sovranazionale e internazionale – le campagne istituzionali che prendono l'odio a proprio bersaglio.

Al centro delle attenzioni vi è – ovviamente, direi – la parola-odio, il discorso d'odio, il verbo come forma di emersione del sentimento. La sovraesposizione mediatica dell'odio, del resto, è innanzitutto una sovraesposizione verbale, che, come visto, ha il proprio ambiente prototipico nei *social media* e nella comunica-

²² Cfr., ad es., F. BARACCHI, *Immigrazione: l'informazione ridotta a un tag*, in *IlFattoQuotidiano.it*, 5 ottobre 2015 (<http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/10/05/immigrazione-linformazione-ridotta-ad-un-tag/2094650/>).

²³ S. COHEN, *Folk devils and moral panics. The creation of Modes and Rockers*, 3^a ed., Routledge, 2002, xxxviii.

zione la sua dimensione essenziale. Inoltre, come pure s'è detto, sono i meccanismi, per loro natura verbali, della informazione mediatica, vecchia e nuova, che, iterando l'odio come parola-chiave del mondo contemporaneo, ne moltiplicano la risonanza virtuale, ben al di là dei limiti della sua effettiva consistenza.

A livello europeo, proliferano, innanzitutto, le iniziative a carattere *lato sensu* culturale (come la *No Hate Speech Youth Campaign* promossa dal Consiglio d'Europa [CdE])²⁴ o comunque volte a sensibilizzare parlamenti, governi od opinione pubblica sulla diffusione di questa o quella manifestazione d'odio (come le due Risoluzioni del Parlamento dell'Unione Europea [UE] contro l'omofobia, del 18 gennaio 2006²⁵ e del 24 maggio 2012, mosse entrambe da dichiarati intenti pedagogici)²⁶. Un ruolo di sensibilizzazione indiretta (ossia, di sensibilizzazione per via di una maggiore conoscenza) si può anche riconoscere a quelle iniziative che hanno per oggetto lo studio del fenomeno o degli strumenti normativi contro di esso: è, ad es., il caso delle attività della *European Commission against Racism and Intolerance*, operante in seno al CdE²⁷, o dello studio su "*The European legal framework on hate speech, blasphemy and its interaction with freedom of expression*", messo a punto dal Direttorato-Generale per le politiche interne presso il Parlamento europeo²⁸.

A queste s'accompagnano anche molte iniziative a carattere normativo, con le quali, soprattutto, si richiede ai parlamenti nazionali di introdurre nuove norme giuridiche ritenute (o presentate come) necessarie a fronteggiare il (preteso) dilagare dell'odio. Tratto assolutamente dominante è qui l'idea che le forme di manifestazione d'odio più rilevanti non possano essere tollerate, ma occorra anzi rispondervi con sanzioni giuridiche sostanziose, tra le quali (*prima*, non certo *ultima*, *ratio*) una più ampia, o più severa, criminalizzazione. Ricordo, ad es., per ciò che riguarda la sfera di competenza del CdE, la Raccomandazione (97)20 "*on Hate Speech*" rivolta dal Comitato dei Ministri agli Stati membri²⁹, il Protocollo addizionale alla Convenzione sul *Cybercrime*³⁰ "*concerning the criminalisation of*

²⁴ <http://www.coe.int/en/web/no-hate-campaign>. La campagna si articola sul coordinamento di campagne nazionali. Per quella italiana, si veda <http://www.nohatespeech.it>.

²⁵ "Omofobia in Europa" (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0018+0+DOC+XML+V0//IT>).

²⁶ "Lotta contro l'omofobia in Europa" (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0222+0+DOC+XML+V0//IT>).

²⁷ V. soprattutto i due *annual reports* CRI(2015)26 (http://www.coe.int/t/dgbl/monitoring/ecri/activities/Annual_Reports/Annual%20report%202014.pdf) e CRI(2016)28 (https://www.coe.int/t/dgbl/monitoring/ecri/activities/annual_reports/Annual%20report%202015.pdf).

²⁸ [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536460/IPOL_STU\(2015\)536-460_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536460/IPOL_STU(2015)536-460_EN.pdf).

²⁹ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b>.

³⁰ Convenzione, a sua volta, posta alla firma a Budapest, il 23 novembre 2001.

*acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems*³¹, nonché la costante, se pur talora ondeggiante, giurisprudenza della Corte EDU, orientata ad ammettere che “*as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance*”³². Sul fronte UE, ricordo invece, oltre a molte sollecitazioni già formulate negli anni '90 del secolo scorso³³, la Decisione-Quadro (DQ) 2008/913/GAI, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale³⁴.

6. Le istituzioni italiane in lotta contro la parola-odio

Per quel che riguarda l'Italia, se estendiamo lo sguardo all'ultimo mezzo secolo, ci accorgiamo di un interesse per questi temi dall'andamento piuttosto altalenante. Il periodo compreso tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '90, è quello in cui l'impalcatura della disciplina ancora oggi vigente è andata costruendosi e sedimentandosi, per lo più in risposta a sollecitazioni internazionali. Del 1967 è la legge n. 962, che, ponendosi in ideale continuazione del percorso iniziato con l. 153/1952, dà esecuzione, in Italia, alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio (New York, 9 dicembre 1948), tra le altre cose incriminando, all'art. 8, i reati di istigazione (primo comma) e apologia (secondo comma) di genocidio. Nel 1975 verrà poi emanata la legge n. 654 (di “Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966”), la quale, all'art. 3, introduce i reati di diffusione di idee razziste (primo comma, lett. *a*)), di incitamento alla discriminazione e alla violenza razzista (primo comma, lett. *b*)) e di associazione finalizzata ad incitare all'odio o alla discriminazione (secondo e terzo comma). Nel 1993, infine, sotto la spinta emotiva de-

³¹ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?document-Id=090000168008160f>.

³² Corte EDU, *Erbakan v. Turkey*, judgment of 6 July 2006, § 56. Per una panoramica di sintesi sulla giurisprudenza CEDU in argomento, può essere utile il *Factsheet – Hate speech*, consultabile al seguente indirizzo: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf.

³³ Per una sintetica rassegna, v. *The European legal framework on hate speech, blasphemy and its interaction with freedom of expression* (*supra*, nota 28), 27-28.

³⁴ Alla quale vanno aggiunti una serie di altri atti che, pur avendo oggetto diverso, danno rilevanza significativa, seppure incidentale, ai discorsi d'odio: tra questi, ad es., la Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico (art. 3.4, lett. *ai*), primo alinea) e la Direttiva 2010/13/UE sugli *Audiovisual Media Services* (artt. 3.4, lett. *ai*), primo alinea e 6).

terminata da alcuni incresciosi episodi di intolleranza razzista³⁵, viene emanato il d.l. 122/1993, poi convertito con emendamenti dalla l. 205/1993 (cosiddetta *Legge Mancino*), che, oltre ad apportare sostanziali modifiche all'art. 3, l. 654/1975, introduce, con l'art. 2, due nuovi reati, che potremmo chiamare di *esibizionismo razzista* (compimento di manifestazioni esteriori od ostentazione di simboli propri di organizzazioni razzistiche: primo comma; accesso, con tali simboli, in luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche: secondo comma), nonché, con l'art. 3, la circostanza aggravante, avente portata generale, della finalità di discriminazione o di odio.

Da quel momento in avanti, però, l'interesse pubblico e politico-criminale per l'odio discriminatorio nel nostro paese è andato lentamente scemando, con un processo che raggiunge il suo fondo nel 2006, allorché la legge n. 85, tra le altre cose, ristrutturata, in maniera alquanto maldestra, il sistema repressivo dei cosiddetti reati d'opinione, nel tentativo di renderlo meglio conforme al principio di libera manifestazione del pensiero: l'esito è quello di una generale attenuazione delle sanzioni penali e di una diffusa riscrittura delle fattispecie incriminatrici in senso goffamente restrittivo³⁶. Esito che non ha risparmiato, appunto, l'area dei cosiddetti reati d'odio, con la sostanziosa decurtazione della pena prevista per i reati di cui alla lett. *a*) dell'art. 3, l. 654/1975 (che passa dalla reclusione fino a tre anni alla pena alternativa della reclusione fino a un anno e sei mesi o della multa fino a seimila euro) e con la sostituzione, nella struttura della lettera *a*) dello stesso articolo, della locuzione "diffonde in qualsiasi modo" con "propaganda" e, sia nella lett. *a*) che nella lett. *b*), della locuzione "incita" con "istiga".

Solo negli ultimi otto/dieci anni il tema ha gradualmente ripreso quota nel dibattito pubblico e politico-criminale italiano: per un verso, in concomitanza con l'infittirsi delle ondate di sovraesposizione mediatica dell'odio, di cui si è detto nei §§ 1, 2, 3 e 4; per altro verso, da un punto di vista normativo, in risposta, per vero piuttosto pigra, alle sollecitazioni provenienti da fonte europea (le Risoluzioni UE contro l'omofobia; la DQ 2008/913/GAI), di cui si è detto nel paragrafo precedente. Si collocano in questo orizzonte: su un piano culturale, l'attivazione (2013) della campagna *No Hate Speech Italia*³⁷, nonché l'istituzione (2016) della *Commissione "Jo Cox" di studio sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio*, voluta, in seno alla Camera dei Deputati, dalla Presi-

³⁵ Cfr. G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1, d.l. 122/1993, conv. con l. 203/1993*, in *Leg. pen.*, 1994, 174.

³⁶ Per una analisi critica della riforma, rinvio chi lo volesse ad A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 728 ss.

³⁷ Che si inserisce, come detto, nell'ambito della campagna *No Hate Speech Youth* del CdE: v. *supra* nota 24.

dente, On. Laura Boldrini³⁸; sul piano normativo, la recente introduzione, con l. 115/2016, dell'aggravante speciale (vale solo per i reati di cui ai commi 1 e 3, dell'art. 3, l. 654/1975) a effetto speciale di cui all'art. 3, comma 3 *bis*, l. 654/1975, in tema di negazionismo (inteso, in ultima analisi, come una forma di odio antisemitico)³⁹, l'estenuante e palliativo dibattuto parlamentare in tema di omofobia e transfobia (pdl Scalfarotto (A.S. 1052), che giace in discussione dal 2013 e che propone di estendere l'ambito delle condotte rilevanti ai sensi degli artt. 3, primo e terzo comma, l. 654/1975 e 2 e 3, l. 205/1993, anche a quelle motivate, appunto, da omofobia e transfobia)⁴⁰, la presentazione, il 10 ottobre 2016, alla Camera di un disegno di legge (pdl A.C. 4077) espressamente e comprensivamente dedicato al tema dello *hate speech* (che, tra altre cose, propone (art. 2) un ampliamento di molte delle fattispecie incriminatrici più sopra richiamate), nonché infine la progettata introduzione di un nuovo art. 265 *ter* c.p. volto a punire la "diffusione di campagne d'odio" (art. 2 pdl A.S. 2688, presentato il 7 febbraio 2017).

7. Modelli normativi di incriminazione della parola-odio

Preso nel vortice di questo attivismo culturale e normativo, rimane però piuttosto oscura e confusa, ammantata da un alone di vaghezza, proprio la nozione della parola-odio. Invece di definirla, generalmente ci si limita ad alludere ad essa, dandola per scontata. La ragione si può probabilmente rinvenire nel fatto che la riflessione teorica sul tema è, almeno in Italia, relativamente giovane e si è sin

³⁸ La commissione è stata istituita il 10 maggio 2016 (http://www.camera.it/leg17/1131?shadow_comunicatostampa=10151) e, dal 4 luglio 2016, è intitolata alla deputata inglese uccisa alla vigilia del referendum sulla Brexit (<http://www.camera.it/leg17/1264>).

³⁹ Tra i commenti, per lo più critici, alla nuova aggravante, v.: D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4/2015, 325 ss.; E. FRONZA, voce *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enc. Dir. Annali*, vol. VIII, Giuffrè, 2015, 644 ss.; EAD., *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, in *Parola alla difesa*, 2016, 63 ss.; G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15.7.2016; A.S. SCOTTO ROSATO, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3/2016, 280 ss.

⁴⁰ In tema, v. tra gli altri: E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 24 ss.; ID., *Omofobi: nuovi martiri della libertà di manifestazione del pensiero?*, ivi, 2014, 7 ss.; L. GOISIS, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 novembre 2012; F. PESCE, *Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela dei soggetti vulnerabili*, ivi, 24 marzo 2015; G. RICCARDI, *Omofobia e legge penale. Possibilità e limiti dell'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3/2013, 84 ss.

qui concentrata, almeno tra i penalisti, piuttosto sulla analisi critica di specifiche fattispecie incriminatrici (v. soprattutto note 39 e 40), esistenti (propaganda razzista, negazionismo dopo giugno 2016) o progettate (negazionismo prima di giugno 2016, omofobia) che sulla ricostruzione sistematica della categoria nel suo complesso.

Appunto allo scopo di contribuire a una tale ricostruzione saranno votati i prossimi paragrafi, nel tentativo di individuare i caratteri, o quantomeno alcuni caratteri, che possano considerarsi peculiari dell'area semantica sottesa a quella nozione. Più in particolare, dapprima cercherò di ricostruire i possibili modelli di incriminazione della parola-odio, quali emergono dal materiale normativo esistente: l'obiettivo è quello di capire in che modo il diritto intenda la categoria, qual è il concetto – o quali sono i concetti – che esso mostra di averne. Successivamente, abbandonerò il piano della stretta interpretazione tecnico-giuridica per guardare piuttosto ai caratteri che la nozione del discorso d'odio ha (o quantomeno, mi sembra avere) nell'uso comune: si tratterà, qui, di scavare al di sotto delle disposizioni giuridiche, e del concetto o dei concetti della parola-odio cui queste si attengono, così da far emergere alcuni profili sostanziali che la connotano in ambito, per così dire, pre-giuridico e che rimarrebbero nascosti se ci si limitasse a guardare le fattispecie incriminatrici sganciate dalla realtà sottostante. Infine – ultima tappa del percorso ricostruttivo, e dunque di questo articolo – dedicherò qualche considerazione ai rapporti correnti tra parola-odio e libertà di parola.

L'analisi del materiale normativo si può cominciare notando che una definizione istituzionale ufficiale del discorso d'odio si trova soltanto nella Raccomandazione CdE R(97)20, stando alla quale il sintagma “discorso d'odio va inteso come comprensivo di tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio fondate sull'intolleranza, tra cui l'intolleranza espressa sotto forma di nazionalismo aggressivo e di etnocentrismo, la discriminazione e l'ostilità nei confronti delle minoranze, dei migranti e delle persone di origine immigrata”.

Altrove manca una definizione apposita, per cui l'ambito di pertinenza della parola-odio va, volta per volta, ricostruito in via interpretativa. Nel Patto internazionale per i diritti civili e politici (PIDCP)⁴¹, ad es., è evidentemente a tale ambito che ci si riferisce allorché, dopo aver riconosciuto all'art. 19 il diritto ad avere proprie opinioni e a liberamente esprimerle, all'art. 20.2 si richiede che sia invece vietato per legge “Qualsiasi appello (*advocacy*) all'odio nazionale, razziale o religioso, che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza”. Lo stesso vale per la DQ 2008/913/GAI: pur mancando di una definizione generale, è chiaramente al nostro ambito problematico che questa si riferisce allorché

⁴¹ Concluso a New York, il 16 dicembre 1966.

richiede che siano resi punibili, se commessi intenzionalmente: “a) l’istigazione pubblica alla violenza o all’odio nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all’ascendenza o all’origine nazionale o etnica; b) la perpetrazione di uno degli atti di cui alla lettera a) mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale; c) l’apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra, quali definiti agli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all’ascendenza o all’origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all’odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro; d) l’apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei crimini definiti all’articolo 6 dello statuto del Tribunale militare internazionale, allegato all’accordo di Londra dell’8 agosto 1945, dirette pubblicamente contro un gruppo di persone, o un membro di tale gruppo, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all’ascendenza o all’origine nazionale o etnica, quando i comportamenti siano posti in essere in modo atto a istigare alla violenza o all’odio nei confronti di tale gruppo o di un suo membro” (art. 1).

Anche nel diritto italiano, infine, manca, allo stato, una definizione ufficiale di discorso d’odio, o una fattispecie che complessivamente vi si riferisca⁴², ma è sostanzialmente pacifico che l’area delle norme penali rilevanti vada identificata con l’insieme delle incriminazioni ricordate nel paragrafo precedente.

Ne emergono due possibili modelli normativi di incriminazione. Dietro le difformità di superficie, il PIDCP e la DQ 2008/913/GAI si ispirano entrambi ad un *modello istigatorio* di discorso d’odio, poiché entrambi individuano, in tutte le ipotesi, il cuore del problema nella sollecitazione alla violenza, all’ostilità o alla discriminazione, che costituisca contenuto proposizionale di certe espressioni o possibile effetto del loro uso. La fattispecie dell’art. 1 DQ 2008/913/GAI è certamente molto più dettagliata di quella dell’art. 20.2 PIDCP, ma, se non ci si fa impressionare dalle apparenze, risulta chiaro che anche in essa il contenuto d’offesa ruota sempre su comportamenti di “istigazione” diretta (lett. a) e b)) o indiretta (lett. c) e d): apologia, negazione, minimizzazione “in modo atto a istiga-

⁴² L’art. 1.2 pdl 4077/2016 propone ora la seguente – invero assai barocca e indeterminata – definizione: “Ai fini della presente legge, con l’espressione *hate speech*, ossia discorso d’odio, si intende l’utilizzo di contenuti o espressioni mirati a diffondere, propagandare o fomentare l’odio, la discriminazione e la violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi, ovvero fondati sull’identità di genere, sull’orientamento sessuale, sulla disabilità, o sulle condizioni personali e sociali, attraverso la diffusione e la distribuzione di scritti, immagini o altro materiale anche mediante la rete internet, i *social network* o altre piattaforme telematiche”.

re”). Del resto, che il problema, da prospettiva UE, venga concepito in termini istigatori lo confermano anche le Direttive 2000/31/EC sul commercio elettronico (art. 3.4, lett. *ai*), primo alinea) e 2010/13/UE sugli *Audiovisual Media Services* (art. 3.4, lett. *ai*), primo alinea, e art. 6), le quali, entrambe, ciascuna nel rispettivo ambito di competenza, fanno riferimento allo *hate speech* essenzialmente alla stregua di un “incitamento all’odio”.

La Raccomandazione CdE (97)20 accoglie, invece, un modello più ampio, di cui l’istigazione costituisce solo una delle forme realizzative: abbiamo visto, infatti, come, accanto alla condotta di vero e proprio “incitamento” (*incitement*) all’odio, la definizione menzioni anche quelle di diffusione, promozione e giustificazione dello stesso, che non si lasciano affatto ricondurre in modo esaustivo all’idea dell’istigare. Ciò è del tutto evidente nel caso della giustificazione, poiché questa, quali che possano essere i suoi effetti o le finalità per cui la si compie, non è condotta di per sé volta a determinare l’altrui azione. Ma lo stesso, a ben vedere, vale anche per diffusione e promozione, anch’esse prive di quel necessario legame immediato con l’altrui azione che è invece implicito nell’uso del verbo *to incite*.

Ad un modello ampio si ispira anche il diritto italiano, il quale, come pure abbiamo visto, non si limita affatto ad incriminare la parola-odio nei soli casi in cui questa assuma valenza di istigazione o incitamento ad azioni discriminatorie, violente o comunque ostili, ma si estende fino ad includere condotte che, comunque le si interpreti, sono prive di tale valenza. Nel *modello istigatorio* rientrano, chiaramente, l’istigazione al genocidio e l’apologia di genocidio (art. 8, primo e secondo comma, l. 962/1967: ma la seconda solo se interpretata manipolativamente – com’è ormai d’uso per le apologie – nei termini di una istigazione indiretta); l’istigazione alla discriminazione (lett. *a*)), l’istigazione alla violenza e il compimento di atti di provocazione alla violenza (lett. *b*)), di cui all’art. 3, primo comma, l. 654/1975. In modo un po’ più periferico, vi si possono fare rientrare anche la partecipazione, assistenza, promozione e direzione di organizzazioni ecc. che abbiano tra i propri scopi l’*incitamento* alla discriminazione o alla violenza razziali ecc. (art. 3, terzo comma, l. 654/1975), nonché, forse, l’aggravante di cui all’art. 3, d.l. 122/1993, imperniata com’è sulla *finalità* di (suscitare) odio o di discriminazione. Non c’è modo, invece, di farvi rientrare le altre ipotesi, che si ispirano, piuttosto: ora a un *modello*, per così dire, *enunciativo* (propaganda superiorista o razzista: art. 3, primo comma, lett. *a*, l. 654/1975; compimento di manifestazioni esteriori od ostentazione di emblemi o simboli propri o usuali di organizzazioni ecc. razziste art. 2, primo comma, d.l. 122/1993; accesso in luoghi di agonismo sportivo con tali emblemi o simboli: art. 2, secondo comma, d.l. 122/1993), ora a

un *modello*, per così dire, *esecutivo* (diretta commissione di atti di discriminazione; diretta commissione di atti di violenza)⁴³.

8. *Discorsi motivati dall'odio vs. discorsi diffusivi d'odio* (*odio-motivo vs. odio-evento*)

Trasversale rispetto a questa pluralità di modelli è, poi, un'altra dicotomia. A seconda che l'odio figure nella struttura della fattispecie quale motivo della condotta o quale suo effetto (potenziale o finalisticamente perseguito), si può infatti distinguere fra reati motivati dall'odio e reati produttivi, o diffusivi, d'odio. Nei primi, la presenza dell'odio all'origine del fatto contribuisce a delinearne la riprovevolezza dello specifico disvalore d'azione incriminato; nei secondi, l'odio contribuisce invece a fondare il disvalore del fatto non sotto forma di motivo particolarmente riprovevole per cui l'azione è compiuta, ma sotto forma di (concreta-

⁴³ *En passant*, ci si potrebbe chiedere, per vero, se questi ultimi reati possano propriamente ricondursi alla categoria dei *discorsi d'odio*: in definitiva, essi non sembrano direttamente incriminare l'enunciazione di un contenuto di pensiero, dando piuttosto rilievo ad azioni materiali, portatrici di un contenuto offensivo oggettivo, sul quale semmai il motivo d'odio si innesta per ridefinirne il significato complessivo. Bisogna, tuttavia, considerare che gli atti di discriminazione e la violenza motivati dall'odio possiedono anch'essi una dimensione comunicativa, che li rende assimilabili alla parola; e che è proprio in virtù di questa dimensione che essi assumono rilievo all'interno dell'art. 3, l. 654/1975: il barista che, per motivi di odio razziale o etnico, rifiuti di servire lo straniero extracomunitario (discriminazione: Cass., III, 11 ottobre 2006, n. 37733), o il tifoso che allo stadio dia fuoco ad una bandiera effigiante la stella di David (violenza o provocazione alla violenza: Cass., I, 26 novembre 1997, n. 724), comunicano; il gesto discriminatorio o violento assume rilevanza in quanto surrogato della parola, sottende un testo implicito nel quale si può leggere un significato verbalmente articolabile: altrimenti lo si punirebbe altrove, sotto altra intitolazione, per il solo contenuto di umiliazione o di violenza, a prescindere dal significato razzista o discriminatorio che esso serve a veicolare. Detto in altro modo: non esistono condotte *non communicative*; qualsiasi condotta possiede una dimensione comunicativa: decisivo è, semmai, il fatto che, nella costruzione della fattispecie, si dia o meno rilievo a tale dimensione, e quale tipo di rilievo le si dia (cfr., in generale, A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, cit., § 3.1.1). Il che peraltro spiega come mai, in ciascuna delle due lettere del primo comma dell'articolo in questione, condotte così chiaramente diverse (come, nel caso della lett. a), propaganda, istigazione alla discriminazione e commissione di atti di discriminazione; e, nel caso della lett. b), istigazione a commettere violenza e diretta commissione di essa) si trovino parificate *quoad poenam*: perché in ciascuno di questi due blocchi, pur essendo le condotte diverse per consistenza oggettiva, il profilo essenzialmente preso in considerazione è lo stesso: nel primo caso, un messaggio razzista e discriminatorio; nel secondo caso, un messaggio violentemente razzista.

Lo stesso ragionamento, in definitiva, vale anche per l'aggravante di cui all'art. 3, d.l. 122/1993: pur nell'estrema varietà dei reati ai quali questa si può applicare, la ragione fondamentale dell'aggravamento di pena rimane qui unica, legata, ancora una volta, alla dimensione direttamente (finalità di discriminazione o di odio) o indirettamente (finalità di agevolazione di organizzazioni razziste) comunicativa che, nel caso concreto, si possa leggere tra le righe del reato-base.

mente possibile, o solo presunto) effetto di essa: ciò che si punisce è, qui, non tanto l'espressione del proprio odio, quanto il contributo che si dà alla creazione di un clima di ostilità rispetto a certi soggetti in ragione di certe loro, vere o supposte, caratteristiche, o, ancor più direttamente, la creazione del pericolo che certi atti (discriminatori o violenti) espressivi d'odio vengano commessi nei loro confronti.

Limitando la considerazione alle sole norme del diritto italiano, nella prima categoria rientrano, tra quelle previste nelle due lettere (*a*) e *b*) del primo comma dell'art. 3, l. 654/1975, le due ipotesi imperniate sulla diretta commissione, rispettivamente, di atti di discriminazione (lett. *a*) e di atti di violenza (lett. *b*)).

Di tutte le altre ipotesi si può dire invece che l'odio vi figuri, più che come motivo riprovevole della condotta, come suo possibile effetto: il senso di queste altre incriminazioni è, cioè, imperniato, più che sul disvalore della motivazione ad agire (che non è presa specificamente in considerazione), sulla possibilità che la condotta contribuisca a diffondere idee capaci di creare un clima di profondo disprezzo, di estrema ostilità, nei confronti di certe categorie di soggetti, o a provocare la manifestazione di una siffatta ostilità in termini di violenza o discriminazione. In questa logica, si inscrivono senz'altro le restanti figure di cui all'art. 3, l. 654/1975. Mi riferisco, chiaramente, al reato di *propaganda* superiorista o razzista (primo comma, lett. *a*)), che è strutturalmente impostato in termini di diffusione di idee. Ma lo stesso vale anche per i reati di *istigazione* a commettere atti di discriminazione o violenza e, direi, anche per la commissione di atti di *provocazione alla violenza* (primo comma, lett. *a*) e *b*)), per quanto non sia in alcun modo chiaro in cosa quest'ultima si distingua dalla prima⁴⁴, nonché, infine, per il reato di *organizzazione* ecc. avente per scopo l'*incitamento* alla discriminazione o alla violenza (terzo comma): in tutte queste fattispecie, infatti, la formula "per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi", che vi compare, si riferisce non tanto ai motivi che debbano aver mosso l'autore all'azione istigatoria, provocatoria o partecipativa, ma piuttosto ai motivi della discriminazione o della violenza che, tramite la propria azione, l'autore deve voler indurre altri a commettere; non occorre dunque che la condotta illecita sia essa stessa motivata dall'odio, ma piuttosto che sia finalizzata a sollecitare la commissione di atti discriminatori o violenti a loro volta motivati dall'odio: si pensi al caso di un uomo politico che facesse opera di sciacallaggio diffondendosi ipocritamente in espressioni incitanti all'odio contro soggetti per i quali non provasse, in realtà, che completa indifferenza, e più che altro nella speranza di ottenerne, in ritorno, un qualche incremento di popolarità.

⁴⁴ Per un tentativo – per la verità, non molto convincente – di distinguere la portata delle due espressioni, v. G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1, d.l. 122/1993, conv. con l. 203/1993*, cit., 188.

Analogo discorso vale, ancora, per l'aggravante di negazionismo, che l'art. 3, comma 3 *bis*, l. 654/1975, imposta esplicitamente in termini di "pericolo concreto di diffusione" delle idee negazioniste propagandate o poste a fondamento di un'istigazione o del programma di un'organizzazione razzista, oltre che, ovviamente, per i reati di istigazione diretta o indiretta (apologia) al genocidio, di cui all'art. 8, l. 962/1967.

Nella categoria dei reati diffusivi d'odio vanno, poi, ricondotti anche quelli di *esibizionismo razzista*, di cui all'art. 2, d.l. 122/1993, come dimostra, a tacere d'altro, la circostanza che, nel caso di cui primo comma, le manifestazioni esteriori o l'ostentazione di emblemi e simboli rilevanti siano punibili solo se commesse "in pubbliche riunioni", e che, nel caso di cui al secondo comma, il recare con sé tali emblemi e simboli, anche a prescindere da una loro ostentazione, è contravvenzione punibile solo se avvenga in "luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche": che le condotte debbano avvenire in simili contesti rende evidente che qui lo scopo è di impedire l'effetto di pubblicizzazione che ne possa derivare a beneficio di organizzazioni ecc. finalizzate a promuovere intolleranza e discriminazione⁴⁵.

Questa stessa chiave interpretativa consente anche di attribuire un senso all'art. 3, primo comma, d.l. 122/1993, nella parte in cui dispone un aggravamento di responsabilità per reati commessi per "finalità di odio" (oltre che di discriminazione): la "finalità d'odio", come ragionevolmente segnala la giurisprudenza, non è qui il motivo che deve reggere l'azione, ma piuttosto l'obiettivo che la condotta-base deve perseguire⁴⁶: la norma non aggrava la responsabilità in ragione del fatto che il soggetto sia stato mosso a commettere il reato dal sentimento d'odio provato verso la vittima, ma piuttosto perché la condotta illecita di base è posta in essere con lo scopo di, oltre ad essere idonea a, diffondere un clima d'odio, di ostilità verso la vittima stessa, o verso la categoria cui si assume che essa appartenga.

⁴⁵ S. DEL CORSO, *Commento all'art. 2, d.l. 122/1993*, in *Leg. pen.*, 1994, 207. L'esistenza di un nesso tra la "pubblicità" della condotta quale elemento di fattispecie e la natura "diffusiva" dell'offesa che deve con questa ritenersi incriminata è stata più volte segnalata, in maniera convincente, da Giancarlo DE VERO: ad es., in voce *Pubblicità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, 1988, 1040 s.; e in voce *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*, in *DDP*, vol. VII, UTET, 1993, 295.

⁴⁶ V. ad es. Cass., V, 17 novembre 2005, n. 44295: "occorre [...] che [l'azione], per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti intenzionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri il suddetto, riprovevole sentimento o comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori per ragioni di razza, nazionalità, etnia o religione."

9. (Segue) *Volatilità dell'odio-evento*

La differenza fin qui tracciata, a seconda del ruolo che l'odio svolge – quale motivo o quale possibile effetto – nella struttura della fattispecie, ha inevitabili ripercussioni sulla consistenza dei rispettivi contenuti offensivi. È questo un punto sul quale vale la pena soffermarsi, pur brevemente. I reati motivati dall'odio, pur avendo⁴⁷ un indubitabile (dis)valore comunicativo che li accomuna, non si risolvono interamente in questo; l'atto di violenza o di discriminazione effettivamente compiuto attribuisce loro una dimensione offensiva ulteriore rispetto al piano della mera comunicazione di un significato; una dimensione che ha carattere oggettivo e che, certamente, è più afferrabile del solo sentimento che motiva l'atto. Qui, insomma, non si incrimina direttamente l'enunciazione di un contenuto di pensiero, ma si dà rilievo ad azioni materiali, dotate di un contenuto offensivo oggettivo, sul quale semmai il motivo d'odio si innesta a ridefinirne il significato rilevante⁴⁸. Il disvalore del motivo (vale a dire, del sentimento) non è, dunque, l'unico disvalore in gioco⁴⁹.

I reati diffusivi d'odio, invece, incentrano tutto (o comunque buona parte de) il loro disvalore sull'evento di propagazione del sentimento o delle sue manifestazioni. L'odio, però, come disvalore d'evento risulta particolarmente volatile, difficile da afferrare concretamente. Al di là della difficoltà di definire con precisione i danni, o le offese, che esso comporta, e da considerarsi rilevanti a fini penali⁵⁰, l'odio-evento non assicura grandi riscontri dal punto di vista della oggettività.

⁴⁷ Come s'è detto *supra*, in nota 43.

⁴⁸ Quanto, e per quali vie (maggiore gravità del fatto? maggiore riprovevolezza dell'autore?), questo motivo sia realmente in grado di giustificare, da sé, la punibilità, o una maggiore punibilità, dell'atto, è peraltro questione discutibile e discussa, sulla quale tuttavia non posso qui soffermarmi. Per alcuni spunti, v., tra i tantissimi: A.M. DILLOF, *Punishing bias: an examination of the theoretical foundations of bias crime statutes*, in *Northwestern University L. R.*, 1997, 1015-1081; H.M. HURD, M.S. MOORE, *Punishing hatred and prejudice*, in *Stanford L. Rev.*, 2004, 1081-1146; J.Y. KIM, *Hate crime law and the limits of inculcation*, in *Nebraska L. Rev.*, 2006, 846-894.

⁴⁹ Il legislatore, peraltro, mostra di non dare sufficiente rilievo a questa circostanza, punendo con le medesime forbici edittali fatti di consistenza oggettiva assai diversa, come, da un lato, la propaganda, l'istigazione alla discriminazione e la diretta commissione di atti discriminatori (tutte punite – nonostante vi sia fra di esse una evidente gradualità nella proiezione offensiva oggettiva – con reclusione fino a un anno e sei mesi o multa fino a seimila euro), e, dall'altro, l'istigazione o provocazione alla violenza e la diretta commissione alla violenza (entrambe punite con la reclusione da sei mesi a quattro anni). È, questo, un evidente profilo di irragionevolezza della disciplina, su cui già altri si sono soffermati. Cfr., ad es., S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed. riveduta ed ampliata, ESI, 1997, 102, 105.

⁵⁰ Sul tema, soprattutto a partire dalle posizioni espresse in seno al dibattito statunitense dai sostenitori della cosiddetta *Critical race theory*, v., tra i tantissimi e in vario senso: R. DELGADO, *Words that wound: a tort action for racial insults, epithets, and name-calling*, in *Harv. C. R.-C. L. L. Rev.*, 1982, 133-181; M.J. MATSUDA *et al.*, *Words that wound: Critical race theory, assaultive speech*,

vità di queste stesse offese, che finiscono in linea di principio per dipendere da un'entità immateriale come può essere, appunto, il diffondersi di un sentimento. Da questo punto di vista, la rispondenza dei reati diffusivi d'odio a principi penalistici quali quelli di materialità o di offensività varia di molto, a seconda che, nella struttura della fattispecie, la dimensione diffusiva trovi o meno concretezza attraverso la tipizzazione di condotte che dell'odio diano un segno tangibile e già di suo offensivo, o che comunque vi si approssimino in termini di significativa pericolosità. Ad es., la dimensione diffusiva, e dunque il disvalore d'evento, di una istigazione a commettere atti di discriminazione o a commettere violenza per motivi razziali ecc. sembra tutto sommato afferrabile perché – almeno se si legge l'istigazione in termini di pericolo concreto emergente dal contesto dell'azione – finisce per legarsi, in maniera sufficientemente prossima, alla realizzazione di comportamenti discriminatori o violenti da parte di terzi, e così il sentimento dell'odio, anziché aleggiare, trova una qualche misura di concretezza in accadimenti offensivi immediatamente possibili.

Lo stesso è assai difficile a dirsi, invece, per gli altri reati. A cominciare da quello di propaganda superiorista o razzista: nonostante il volto attuale della fattispecie – incentrata, appunto, sulla condotta di propaganda in luogo di quella, precedentemente prevista, di diffusione “in qualsiasi modo” di idee – cerchi di identificare, almeno nelle dichiarazioni di intenti, una vicenda dotata di sufficiente determinatezza e pregnanza offensiva, rimane il fatto che la stessa propaganda, in definitiva, altro non è che una forma di diffusione di idee, per quanto la si voglia concepire come particolarmente organizzata e insidiosa⁵¹; la dimensione diffusiva della fattispecie è, dunque, pur sempre di carattere ideologico, più che pragmatico: anche a volerla impostare in termini di pericolosità, il pericolo di diffusione è qui, innanzitutto, *pericolo di diffusione di idee*, prima – e più – che di

and the first amendment, Westview Press, 1993; R.C. POST, *Racist speech, democracy and the first amendment*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 1991, 267-327 (part. 271-277, 290-325); L. ALEXANDER, *Banning hate speech and the sticks and stones defense*, in *Constitutional commentary*, 1996, 71-100; H.M. HURD, M.S. MOORE, *Punishing hatred and prejudice*, cit., 1081-1146 (part. Part I); J. WALDRON, *The harm in hate speech*, Harvard UP, 2012. V., inoltre, G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Politica del diritto*, 2008, 287 ss.; A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Giappichelli, 2013, 67 ss.

⁵¹ Cfr. sul punto, G. PAVICH, A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 ottobre 2014, 22. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., III, 23 giugno 2015, n. 2742: “Propagandare, come ha precisato anche la Corte costituzionale nell’ormai lontana sentenza n. 87 del 1966, non significa semplicemente divulgare idee da poter portare a conoscenza di altri, ma implica un *quid pluris* consistente in un’azione più specifica il cui risultato è rivolto ad influire sulla psicologia e sull’altrui comportamento e pertanto implica che la diffusione debba essere idonea a raccogliere consensi intorno all’idea divulgata.”

comportamenti⁵². Mentre, dunque, l'efficacia di un'istigazione (che è concetto a vocazione pragmatica, nel quale è implicato lo spingere altri ad agire) sta nell'influire, determinandolo, sull'altrui comportamento, l'efficacia di una propaganda sta invece nell'influire sulle altrui idee. Vero è che le idee sono il preludio dell'azione; ma il passaggio dalla propaganda alla effettiva o immediatamente possibile commissione di atti discriminatori o violenti è troppo labile e incerto perché, senza incorrere in interpretazioni brutalmente manipolative, lo si possa ritenere il cuore del disvalore del fatto⁵³. Propagandare, insomma, non è istigare. Pertanto, a meno di limitare la fattispecie della propaganda a quei soli casi nei quali questa si risolva in una vera e propria istigazione (il che sarebbe alquanto arbitrario, poiché nella struttura dell'art. 3, primo comma, lett. a), l. 654/1975, le due condotte sono chiaramente distinte), il disvalore d'evento del reato in questione va inteso, inevitabilmente ed essenzialmente, come un disvalore da contenuto del pensiero che si diffonde: ossia, il disvalore che tipicamente si ritrova nei reati di opinione⁵⁴; il suo legame con l'azione (con possibili azioni che diano corso ai profili più ostili del pensiero diffuso) è per lo più presuntivo e dipende da fattori che rimangono troppo evidentemente estranei alla struttura dell'incriminazione. Il che è quanto, andando al sodo, afferma la stessa giurisprudenza allorché – e si tratta di orientamento costante – qualifica la propaganda come “reato di pura condotta, o di pericolo astratto, a nulla rilevando che l'azione abbia prodotto degli effetti, cioè che nell'immediatezza del fatto [...] la propaganda sia [...] o meno stat[a] receptit[a]”⁵⁵.

Considerazioni analoghe valgono anche per gli altri reati diffusivi d'odio. In quello di cui al terzo comma dell'art. 3, l. 654/1975, è punita direttamente la partecipazione, assistenza, promozione o direzione dell'organizzazione ecc., mentre l'incitamento alla discriminazione o alla violenza razziale ecc. compare solo tra gli scopi per cui occorre che ci si organizzi; esso non costituisce il contenuto di condotte che debbano essere effettivamente perpetrate: il profilo diffusivo dell'odio è qui ridotto a oggetto di un dolo specifico⁵⁶. Anche in tal caso, in definitiva, ab-

⁵² Cfr. (oltre a Cass., III, 23 giugno 2015, n. 2742, citata alla nota precedente) Cass., III, 13 dicembre 2007, n. 13234: “Propagandare un'idea significa divulgarla al fine di condizionare o influenzare il comportamento o la psicologia di un vasto pubblico in modo da raccogliere adesioni intorno all'idea propagandata”.

⁵³ Sul punto, v. diffusamente A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, cit.

⁵⁴ Sul rapporto tra discorsi d'odio e reati di opinione, v. però *infra*, § 11.

⁵⁵ Da ultimo, Cass., III, 23 giugno 2015, n. 36906.

⁵⁶ Punto, questo, che la Cassazione mostra di non comprendere allorché dichiara “manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 21 Cost., dell'art. 3, comma 3, [...] in quanto l'incitamento ha un contenuto fattivo di istigazione ad una condotta che realizza un *quid pluris* rispetto alla mera manifestazione del pensiero” (Cass., V,

biamo a che fare con una fattispecie a vocazione ideologica più che pragmatica, incentrata sul pericolo (sostanzialmente presunto) di diffusione di certe idee, anziché, direttamente, sul pericolo che vengano commessi atti conseguenti⁵⁷.

Ancor più spiritualizzato è, poi, il profilo diffusivo nei reati di cui all'art. 2, d.l. 122/1993, i quali, se sul piano della forma si pongono in rapporto di accessoria rispetto al reato precedente, sul piano del disvalore d'illecito si pongono invece, rispetto ad esso, in *rapporto*, per così dire, di *allusività* e dunque di ulteriore anticipazione di rilevanza: il contenuto delle due fattispecie di esibizionismo razzista risiede nell'alludere pubblicamente, e adesivamente, all'esistenza e al funzionamento di organizzazioni finalizzate all'incitamento razzista (primo comma) o anche solo nel fatto di portare con sé cose che possano poi essere usate per alludervi, quando ci si rechi in luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche (secondo comma). Qui, all'evidenza, la diffusione dell'odio è un esito molto lontano dalla realizzazione del fatto: evitarla costituisce bensì la (o quantomeno, una possibile) *ratio* dell'incriminazione di tali reati, ma non certo un profilo d'offesa imputato necessariamente, o in maniera concretamente possibile, nella loro realizzazione.

Né il ragionamento può essere molto diverso per l'aggravante di cui all'art. 3, d.l. 122/1993. È bensì vero che, per il modo in cui l'istituto in questione è interpretato in giurisprudenza⁵⁸, la finalità di suscitare odio o discriminazione rappresenta, rispetto alla propaganda o all'esibizione di simboli, uno stadio più vicino all'esecuzione di condotte ostili; ma si tratta, nondimeno, di uno stadio pur sempre anticipato rispetto ad una vera e propria istigazione; il che, del resto, è dimostrato dalla varietà delle espressioni che i giudici usano per cogliere tale dimensione diffusiva, e dall'effetto di vaghezza che ne consegue: per dirsi retta dalla finalità rilevante, la condotta deve bensì essere "intenzionalmente diretta a rendere percepibile all'esterno e a suscitare in altri il riprovevole sentimento", ma, sul piano dell'efficacia, può anche essere soltanto "potenzialmente idonea" a farlo,

24 gennaio 2001, n. 31655). Vero che l'incitamento ha la sostanza di un'istigazione; il fatto è, però, che la sua oggettiva realizzazione rimane fuori dalla fattispecie, essendo sufficiente che l'organizzazione l'abbia tra i propri scopi. A meno che, naturalmente, non si scelga di allentare un po' il vincolo della *littera legis*, interpretando lo scopo del gruppo non in termini puramente spiritualizzati, ma come fine già effettivamente (anche se non per forza efficacemente) messo in atto, e dunque limitando l'applicazione della fattispecie alle sole ipotesi nelle quali il gruppo stesso abbia già cominciato a dar corso al proprio programma di incitamento.

⁵⁷ Ed invero, secondo Cass., I, 30 settembre 1993, n. 3791, la *ratio* dell'incriminazione (identica, peraltro, a quella della ricostituzione del disciolto partito fascista) sarebbe, appunto, di "impedire che le ideologie contenenti il germe della sopraffazione od enunciazioni filosofico-politico sociali (quali il primato delle razze superiori, la purezza della razza) conducano a discriminazioni aberranti, con il pericolo che ne derivi odio, violenza, persecuzione".

⁵⁸ V. *supra*, nota 46.

“o comunque dar luogo”, immediatamente o anche solo “in futuro”, “al concreto pericolo di comportamenti discriminatori”.

Una considerazione apposita merita, infine, l'aggravante di cui all'art. 3, comma 3 *bis*, l. 654/1975: la quale, certo, non rende reato la mera espressione di idee negazioniste, ma, nondimeno, comporta un incremento sanzionatorio abnorme (soprattutto quando la si applichi ai fatti-base di cui alla lett. *a*) del primo comma) per la sola ragione che la propaganda, l'istigazione o l'incitamento di cui ai commi 1 e 3 si fondino su *idee* negazioniste. A ben vedere, pur nella sua contorta formulazione e dietro la sua tranquillizzante apparenza circostanziale, il comma 3 *bis* ha di fatto introdotto un reato, particolarmente grave, di diffusione di idee negazioniste, punito quando la condotta diffusiva assuma una delle forme di cui ai commi che lo precedono, e purché l'effetto diffusivo si manifesti almeno nei termini, per vero piuttosto sfuggenti, di un pericolo concreto: il piano su cui si muove l'illecito è dunque, ancora una volta, un piano essenzialmente *ideologico*, che ha, cioè, quale oggetto immediato la propagazione di idee.

10. *Caratteri pre-giuridici della parola-odio*

La ricostruzione fin qui condotta a livello di fattispecie incriminatrici non ci consente ancora di comprendere appieno la categoria-problema della parola-odio. Alcuni dei caratteri che la rendono così spinosa e controversa rimangono, infatti, non detti nelle definizioni normative, e richiedono uno sforzo apposito di esplicitazione per farli emergere. Tali caratteri sono – direi, piuttosto chiaramente – identificabili nell'uso corrente che della categoria viene fatto, e non è un caso che spesso si riflettano – per così dire, a valle – nelle relative applicazioni giurisprudenziali. In questo senso, uno sguardo all'uso pre-giuridico (o, se si vuole, agiuridico) del concetto di discorso d'odio ci aiuterà a portare in luce il non-detto delle relative incriminazioni, o comunque a meglio intenderne il senso al di là delle contorsioni linguistico-concettuali nelle quali, talora, indulge il legislatore.

La prima cosa da notare è che non ogni manifestazione di ostilità, per quanto profonda, viene comunemente considerata un discorso d'odio. Faccio un esempio: se quello del neo-nazista che, facendo una sinossi del suo solitamente non molto articolato pensiero, dica “odio gli ebrei” è un esempio paradigmatico della categoria, lo stesso non si può dire invece per il discorso dell'ebreo che, di rimando (pensando a tutto quel che lui o suoi cari abbiano subito nella Germania del Terzo Reich), sbottasse in un “odio i nazisti”, o per quello di chi, esprimendo indignazione per ignobili atti di terrorismo, dicesse “odio i terroristi”, o di chi, vittima (o anche solo pensando, indignato, alle vittime) di stupro, dicesse “odio gli stupratori”, e così via esemplificando. Quella dell'odio, infatti, non è una cate-

goria concettuale neutra; al contrario, essa è moralmente densa, carica di giudizi di valore⁵⁹; apostrofare un discorso come parola-odio non è descriverlo asetticamente, ma presentarlo coperto di un alone valutativo che esprime riprovazione, indignazione, rimprovero pedagogico. Detto in altro modo: quella dei discorsi d'odio è una categoria-problema, e le nostre società mostrano di non concepire ogni espressione di ostilità come un problema. Dobbiamo anzi riconoscere che ci sono numerosi casi nei quali si ritiene perfettamente appropriato provarla ed esprimerla⁶⁰. Questo accade, appunto, come negli esempi fatti, di fronte a crimini efferati, orribili, e, più in generale, di fronte a comportamenti che giudichiamo estremamente ingiusti.

Possiamo allora dire che non è comunemente concepito come (istanza della categoria-problema del) discorso d'odio quel discorso che esprima una ostilità (ritenuta socialmente) giustificata in reazione ad una rilevante ingiustizia, e che lo sia, invece, solo quella che esprima (che venga letta come espressione di un) desiderio ottuso e ingiustificato di prevaricazione.

Questa visione trova un'indiretta conferma nelle applicazioni giurisprudenziali, le quali, non è difficile accorgersene, comportano sempre, esplicito o implicito, il giudizio che il sentimento espresso o che si aspira a suscitare sia rilevante in quanto "riprovevole" e tale, innanzitutto, in quanto ingiustificato, basato su pregiudizi, su motivi insufficienti (quali dalla stessa legge sono ritenuti l'altrui razza, etnia, nazionalità o religione)⁶¹.

L'idea della prevaricazione, della sopraffazione, del sopruso, fa poi emergere un altro carattere del problema-discorso d'odio: questo è ritenuto sussistente solo quando l'odio venga rivolto a *oggetti* che presentino un qualche profilo di debolezza, o di marginalizzazione, o di "inferiorità", socialmente riconosciuto: soggetti, cioè, che la società stessa (o meglio, quella porzione di essa che nel caso specifico sia propensa a parlare di discorso d'odio) considera appartenenti a categorie

⁵⁹ Cfr. ad es. R. OGIEN, *Ritratto logico e morale dell'odio* (1993), trad. it., Manifestolibri, 1994, 7. Questa caratteristica si basa su un modo inveterato di concepire la passione dell'odio come assolutamente negativa, come assolutamente priva di contenuti o manifestazioni positive, che risale quantomeno alla tradizione biblica e si ritrova poi in pensatori quali Aristotele, Cartesio e Spinoza. Per essenziali ragguagli sul punto, v. per tutti A. FABRIS, *Odio*, in P.P. Portinaro (cur.), *I concetti del male*, Einaudi, 2002, part. 235 ss.

⁶⁰ Analogamente, R.C. POST, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in D. Tega (cur.), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Armando editore, 2011, 97 ss.: «in sé e per sé intolleranza e avversione sono emozioni umane inevitabili che nessun ordinamento giuridico può tentare di abolire»; anzi, «[l']odio, se manifestato nel momento giusto, sembra essere socialmente desiderabile» (p. 98).

⁶¹ Cfr., ad es., Cass., I, 22 novembre 2012, n. 47894 (in tema di propaganda razzista: pregiudizi); Cass., III, 11 ottobre 2006, n. 37733 (in tema di atti di discriminazione per motivi razziali: aprioristiche generalizzazioni); Cass., V, 28 dicembre 2009, n. 49694 (in tema di aggravante della finalità d'odio: pregiudizio manifesto e riprovevole sentimento).

contrassegnate da una qualche ragione minorante: minoranze religiose, razziali, etniche o sessuali, come anche categorie di soggetti considerati deboli per quanto non minoritari, come ad es. le donne. Non è discorso d'odio, invece, quello rivolto contro chi non presenti, agli occhi del giudicante (giudice o società), un qualche profilo di debolezza: ad es., le manifestazioni di ostilità contro i politici diventano, nella visione corrente, discorsi d'odio quando sono rivolti contro politici di sesso femminile, non invece se rivolti contro politici di sesso maschile, a meno che questi non presentino altri caratteri socialmente percepiti come profili di "debolezza". Una decisione giurisprudenziale in cui questo aspetto del discorso d'odio emerge in maniera emblematica è quella che ha considerato l'espressione "italiano di m..." non rilevante ai sensi dell'art. 3, d.l. 122/1993, in base all'argomento che "il riferimento all'italiano, nel comune sentire, non può essere correlato ad una situazione di inferiorità suscettibile di essere discriminata e dare, quindi, luogo ad un pregiudizio corrente di inferiorità, bensì riguarda la persona singola verso la quale si abbia disistima"⁶².

Questo è, peraltro, un aspetto che l'odiatore e la società che lo stigmatizza condividono. Al pari dell'odiatore, anche la società qualifica le condizioni discriminate come situazioni di "inferiorità", sebbene lo faccia nell'ottica di proteggere chi (per assunto) vi versa contro le espressioni d'odio che lo prendano ad oggetto. Per quanto muovano in direzioni diverse, il discorso d'odio e il discorso sul discorso d'odio usano, insomma, le stesse categorie concettuali stereotipanti: gli immigrati, gli zingari, gli ebrei, gli islamici, le femmine, gli omosessuali, e via dicendo. Se il discorso d'odio fa del proprio destinatario non una persona ma l'istanza di una categoria stereotipata, la stigmatizzazione sociale, come anche la criminalizzazione, del discorso d'odio fanno altrettanto, poiché proteggono la "vittima" non per il suo essere individuo, ma in quanto istanza di quella stessa categoria stereotipata: se il discorso d'odio insulta Tizio in quanto ebreo, nero, o zingaro, la criminalizzazione del discorso d'odio lo difende, non in quanto Tizio, ma anch'essa in quanto ebreo, nero o zingaro: ne difende non tanto la "dignità individuale", ma la "dignità collettiva", la dignità che gli deriva (che si assume gli derivi) dall'essere (classificato come) appartenente a una certa collettività religiosa, razziale, ecc. L'effetto di quest'uso è una stereotipizzazione non del solo discorso d'odio, ma più in generale del discorso pubblico, il quale, anche quando si rivolga contro il discorso d'odio, finisce per iterarne l'universo concettuale, facendovi da cassa di risonanza. (In questo senso, si può dire che un esito paradossale dell'incriminazione dei reati d'odio è che essa, mentre pretende di proteggere le persone dall'odio, in realtà finisce per dare conferma e autorità a quelle stesse

⁶² Cass., V, 28 gennaio 2010, n. 11590. In senso adesivo, inoltre, Cass., III, 23 giugno 2015, n. 2742.

categorie stereotipanti che il discorso d'odio vuole aggressivamente imporre. Ciò richiederebbe di ripensare su basi diverse l'incriminazione dello *hate speech*: ma si tratta di questione che non ho, qui, lo spazio d'affrontare.)

L'universo concettuale dell'odiato (e, forse, anche quello di chi lo combatte), in sostanza, non conosce individui, ma solo categorie, gruppi, masse, tipi di soggetti; il suo contenuto di pensiero non ha mai a che fare con persone considerate per le loro caratteristiche uniche e irripetibili; anche quando si rivolga immediatamente contro un individuo, questi ne costituisce sempre e soltanto l'oggetto occasionale: l'individuo non vi è considerato *in quanto tale*, ma solo in quanto preteso esponente di una categoria. Il discorso d'odio, di conseguenza, è anche un *discorso-sineddoche*: identifica il tutto con la parte ed attribuisce a questa un valore totalizzante; nel discorso d'odio Tizio non è Tizio, ma un ebreo, e Caio non è Caio, ma un gay, e Sempronio non è Sempronio, ma una donna. Per dirla con il generale Sandy Smithers, in *The Hateful Eight*, di Quentin Tarantino: "*I don't know that nigger, but I know he's a nigger. That's all I need to know*".

Ciò fa del discorso d'odio anche un discorso essenzializzante, che cioè pretende di conoscere ed indicare la vera essenza dei soggetti ai quali si riferisce: la vera essenza di Tizio è d'essere ebreo e quella di Caio è d'essere gay e quella di Sempronio è d'essere donna; tutto il resto non conta, è un semplice fronzolo accidentale (*accidentalitas personae*).

Questa (pretesa) essenza, inoltre, viene ricostruita in maniera del tutto sconclusionata, non solo perché scambia la parte col tutto, ma anche perché connette alla parte (e dunque al tutto) in maniera arbitraria, non razionalmente fondata o verificabile, ed anzi spesso in maniera artata e deliberatamente falsa, una serie di caratteristiche e implicazioni indicate come intollerabili, in contrasto con valori assunti come indiscutibili, e tali da giustificare sentimenti negativi quali l'avversione profonda, il disprezzo: gli ebrei sono avidi e meschini, gli immigrati sono stupratori e spacciatori, gli zingari rubano cose e bambini, i gay sono pedofili, ecc.

Emerge, per questa via, che il discorso d'odio non mira semplicemente ad identificare l'altro come "diverso": mira, piuttosto, ad identificarlo come "radicalmente diverso", come diverso nella sua stessa radice o essenza: l'altro – oggetto del mio discorso d'odio – ha una essenza diversa dalla mia. E poiché la mia essenza è d'essere uomo, l'altro, nella sua radicale diversità d'essenza, ne viene fuori come non-umano, o meglio sub-umano, non paradigmaticamente umano. Il contenuto di pensiero del discorso d'odio è, insomma, la *de-umanizzazione* dell'altro, che è, poi, il contenuto di pensiero di ogni discorso razzista e discriminatorio: la identificazione dell'altro come figura emblematica di una condizione inferiore rispetto alla vera e propria umanità, ossia rispetto a ciò cui la dignità dell'umano merita di essere riconosciuta.

11. *Libertà di parola(-odio)?*

Non posso chiudere questa ricostruzione concettuale della parola-odio senza considerare il suo rapporto di tensione con la libertà di espressione, della quale, in un certo senso, incarna il lato oscuro, il margine più estremo, il paradosso: l'esercizio della parola in forme o per scopi brutalmente distruttivi e illiberali, un'intolleranza che pretende tolleranza.

Nel dibattito italiano corrente, penalistico e non solo, la parola-odio sembra ormai divenuta la “nuova” frontiera della libertà d'espressione, mentre questa, nei decenni passati, attraversava soprattutto altri territori, ossia quelli della cronaca/critica diffamatoria e delle più tradizionali figure di reato d'opinione⁶³. Se e fino a che punto la parola-odio debba ritenersi inclusa nella garanzia accordata dall'art. 21 Cost. è, in effetti, un intricatissimo interrogativo, che in tanti oggi si pongono e che si stenta a risolvere in maniera pienamente soddisfacente. Nelle poche pagine che ormai mi separano dalla conclusione di questo articolo, mi limiterò ad osservare che, per quanto i discorsi d'odio rientrano nell'area tematica della manifestazione del pensiero, essi presentano, tuttavia, dei caratteri che li distinguono in maniera assai marcata dalle ipotesi paradigmatiche in cui la libertà di espressione viene chiamata in causa, ossia, come si diceva, diritto di cronaca e reati d'opinione.

Li si confronti, innanzitutto, con il diritto di cronaca, quale causa di liceità rispetto a condotte diffamatorie. Come è noto, per costituire esercizio di un tale diritto, una manifestazione del pensiero deve consistere nella diffusione di una notizia *vera*, di *pubblico interesse* ed esposta in modo *continente*. Il che produce una situazione di conflitto asimmetrico, nella quale all'interesse individuale del soggetto la cui reputazione è lesa si contrappone, non già semplicemente l'interesse altrettanto individuale dell'altro singolo soggetto – generalmente un giornalista – che riporta la notizia, ma piuttosto l'interesse qualificato di un'intera collettività a conoscerla.

Il requisito dell'interesse pubblico e quello – connesso – della verità attribuiscono all'esercizio del diritto di cronaca un valore complessivo del tutto peculiare, una *funzione civile e politica*, che evidentemente non si ritrova nei discorsi d'odio. Qui, anzi, ci si presenta una situazione in qualche modo opposta: tali discorsi mancano sempre di verità, poiché – come si è detto – sono fondati su stereotipi inconsistenti, su vuoti pregiudizi; talora costituiscono persino la negazione

⁶³ Altrove, e in particolare negli Stati Uniti, il tema dello *hate speech* è invece da tempo oggetto di fervide discussioni accademiche, oltre che di una lunga trafila di importanti pronunce giurisprudenziali. Per un'utile ricostruzione di sintesi, v., da ultimo, A. GALLUCCIO, *Libertà di espressione e diritto penale: l'esperienza americana*, Tesi in corso di presentazione per l'esame finale di dottorato in Scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, Università degli Studi di Milano.

di verità storiche o scientifiche consolidate. Da tale mancanza strutturale di veridicità, discende, di conseguenza, una loro strutturale carenza dal punto di vista dell'interesse pubblico: difficile sostenere che la società sia portatrice di un interesse qualificato alla conoscenza di notizie false o di opinioni strampalate. Spesso, inoltre, proprio perché espressive di odio, tali manifestazioni del pensiero travalicano i limiti della continenza espressiva, per assumere direttamente la forma dell'offesa rozza e disarticolata. Si può dire dunque che, contrariamente a quanto accade nel diritto di cronaca, qui sia il parlante a trovarsi solo contro interesse collettività; l'interesse pubblico sta qui dall'altra parte – ossia, dalla parte delle collettività (che si assumono) direttamente aggredite dalle parole dello *hater*, nonché (in società democratiche fondate sul rispetto dei diritti umani) da quella della stessa collettività sociale nel suo complesso, che nel discorso d'odio vede offesi alcuni dei suoi valori fondanti, come quello dell'eguale rispetto per tutte le persone, senza distinzioni di razza, nazionalità, sesso, religione.

Scontato, d'altronde, non è neppure che i discorsi d'odio si possano ricondurre alla categoria dei reati di opinione. Se guardiamo alla loro sostanza, reato d'opinione e discorso d'odio condividono senz'altro il fatto di costituire espressioni di posizioni ideologiche “scomode”, fastidiose, minoritarie: in entrambi i casi, la parola manifesta un contenuto di pensiero non condiviso (o, quantomeno, non esplicitamente, non ufficialmente, condiviso) dalla maggioranza, o se si preferisce, contrario al sistema dei valori ufficialmente condivisi. In questo senso, sono entrambe istanze di ciò che, in un suo recente pamphlet, Erri De Luca definisce *la parola contraria*⁶⁴. Ciò detto, però, tra il discorso d'odio e le forme paradigmatiche di reato di opinione (quali, ad es., le varie ipotesi di vilipendio e blasfemia) corre anche una cruciale differenza. Storicamente, queste ultime si caratterizzano per il fatto di rivolgersi contro il potere (politico, religioso), costituiscono, cioè, *crimina laese maiestatis*⁶⁵: loro tramite si criminalizza la manifestazione del pensiero di chi non accetta l'autorità (politica, religiosa) costituita, e la mette in discussione dando fondo, appunto, alle proprie capacità espressive. Anche l'apologia di delitto, e persino la (mera) istigazione a delinquere o a disobbedire alle leggi, fin quando intesi come puri reati d'opinione (e non riempiti, invece, di contenuto offensivo ulteriore mediante la loro reinterpretazione quali reati di pericolo concreto), sono criminalizzati in ragione del loro mettere in discussione l'autorità delle leggi, e dunque l'autorità politica che quelle leggi fa o mantiene in vita.

Il discorso d'odio instaura dinamiche del tutto diverse: esso, come detto, si rivolge contro minoranze tendenzialmente marginalizzate, contro soggetti (tutelati perché assunti) in condizione di debolezza. All'opposto, dunque, dei reati di opi-

⁶⁴ E. DE LUCA, *La parola contraria*, Feltrinelli, 2015.

⁶⁵ Cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, Cedam, 1972.

nione paradigmatici, la cui finalità tipica è di mettere in discussione (deridere, insultare, sminuire, scandalizzare) il potere, i discorsi d'odio hanno invece la finalità costitutiva di marginalizzare (ulteriormente) soggetti già di per sé deboli, di rendere per loro l'ambiente sociale ancor più inospitale di quanto già non sia⁶⁶. In fin dei conti, si può allora dire che anche le ipotesi paradigmatiche di reato d'opinione – consistendo in forme di critica del potere, come tale finanche necessarie a garantire una declinazione democratica dei rapporti fra individuo e autorità – possiedono una dimensione sovra-individuale, una “funzione sociale”, di cui i discorsi d'odio sono invece del tutto privi.

E tuttavia, che nelle sue manifestazioni più eminenti l'esercizio della libertà d'espressione garantisca il soddisfacimento di esigenze socialmente apprezzabili, e che l'enunciazione di discorsi d'odio sembri invece porsi in radicale opposizione rispetto a queste stesse esigenze, non significa ancora che tali discorsi debbano sempre, necessariamente, considerarsi fuori dalla *portata* di quella libertà. In realtà, sarebbe improprio ridurre il senso della libertà di espressione al perseguimento, seppur solo indiretto, di finalità sociali: per quanto il suo esercizio possa ridondare a beneficio della collettività (per quanto nella sua garanzia possa ritenersi coinvolto anche l'interesse della collettività a ricevere informazioni rilevanti, come anche quello di tutti i cittadini ad un ambiente politico e sociale democratico nel quale la critica del potere costituito non sia un tabù), quella libertà costituisce pur sempre un diritto *individuale*, un diritto del singolo, protetto per ragioni che hanno innanzitutto a che fare con interessi individuali, e non, almeno in prima battuta, con l'utilità sociale che possa derivare dal suo esercizio: l'interesse, detto in sintesi, a pensare liberamente, ad essere chi si è e ad esprimersi per quel che si è, senza doversi conformare, sotto questo o quel riguardo, a un pensiero egemone.

Il fatto che la giustificazione del diritto di manifestare la propria opinione si trovi intrecciata, nelle sue ipotesi paradigmatiche, al soddisfacimento di valori della convivenza civile, può semmai influenzare il *peso* da attribuire al diritto stesso⁶⁷: si può, insomma, ragionevolmente sostenere che il diritto-libertà individuale d'espressione si veda di una maggiore possanza allorché, come accade per il diritto di cronaca e per i reati di opinione paradigmatici, il suo esercizio risulti anche di beneficio per interessi cruciali della convivenza civile; e che tale maggior possanza la perda in casi nei quali, come accade per i discorsi d'odio, il sostegno di quei valori venga invece a mancare. Sebbene, dunque, anche tali discorsi, proprio in quanto *discorsi* (ossia, proprio in quanto incriminati, o più severamente incriminati,

⁶⁶ Molto bene, sul punto, J. WALDRON, *The harm in hate speech*, cit.

⁶⁷ Sulla distinzione tra “portata” e “peso” dei diritti, rinvio chi lo volesse a: *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, § 3; *Diritti e responsabilità penale*, Giuffrè, 2008, Parte Prima, Cap. III (part. §§ 23, 25, 26).

minati, in ragione del contenuto di pensiero che veicolano) rientrino nella portata dell'art. 21 Cost., essi nondimeno vi si collocano, per la radicale mancanza del supporto di un qualsiasi valore di civiltà, in una posizione, per così dire, periferica rispetto al cuore della garanzia fornita dal principio in questione, in una zona nella quale il relativo alone protettivo appare meno forte e resistente, e si presta con minore sforzo a bilanciamenti: una zona nella quale il vessillo della libertà di parola non risulta scudo impenetrabile all'incriminazione, e la tenuta costituzionale di questa dipende piuttosto da altri principi (eguaglianza-ragionevolezza, determinatezza, materialità, offensività).

Lecture

GAETANO CARLIZZI

LE NUOVE FRONTIERE DELLA TEORIA DEL DIRITTO. RIFLESSIONI
SUL LIBRO DI GIORGIO PINO, *TEORIA ANALITICA DEL DIRITTO I*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Panoramica. – 3. Teoria del diritto e teoria del ragionamento giuridico. – 4. Validità *vs.* applicabilità normativa. – 5. Criteri e metacriteri di applicabilità: l'ideologia delle fonti. – 6. Un paradosso apparente: il giudice, soggetto alla legge, che decide come farne uso.

1. *Introduzione*

*Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*¹, di Giorgio Pino, è un libro che segna una via innovativa. A fronte della diffusa opinione che i giuristi debbano rinunciare a ogni approccio sistematico agli aspetti generali del diritto, per concentrarsi sugli interrogativi della quotidianità, riprendere e attualizzare lo strumentario della teoria del diritto è di certo una scelta lungimirante. Il punto è che tale strumentario non è una sovrastruttura posticcia, per dar tono a discorsi altrimenti poco altisonanti; né è un inutile impaccio in quella ricerca di soluzioni snelle, che molti considerano il vero, unico compito del giurista. Con qualche semplificazione, si può sostenere, piuttosto, che la *teoria del diritto*, nel ricostruire in forma intellegibile i modi tipici di funzionamento della realtà giuridica, possiede non solo, come la riflessione *giusfilosofica*, un valore formativo, ma anche un valore immediatamente operativo. La teoria del diritto, infatti, fornisce mezzi potenti di categorizzazione e di organizzazione del materiale pratico, non soggetti, a differenza di quelli *dogmatici*, alle strettoie di singoli rami di un certo ordinamento, bensì corrispondenti alle costanti delle grandi forme dell'esperienza giuridica (es.: Stato costituzionale sorto a cavallo tra la prima e la seconda metà del secolo scorso). In tal modo, come confermano diverse indagini, pubblicate anche in Italia, essa consente di procedere con maggiore apertura e originalità all'impostazione dei problemi concreti che pure interessano direttamente al giurista. E prima ancora, come conferma l'esperienza del dialogo didattico, permette di rivelare agli studenti, negli interrogativi loro proposti, un'intima razionalità che va ben oltre la loro discendenza da questo o quel sistema positivo.

¹ ETS, 2016 (d'ora in poi: TAD).

Questa preziosa riserva di opportunità si dischiude anche nel volume in commento, il quale, a differenza di altri lavori giusteorici – interessati più a costruire mirabili sistemi astratti, che a fissare coordinate utili per orientarsi nella prassi –, ha una marcata impronta dialettica, che è poi l'impronta autentica di ogni pensiero vivo. Oscillando di continuo tra il piano dell'idea e quello dell'esperienza, esso alimenta una feconda interazione tra l'elaborazione di categorie analitiche e la cernita di esempi positivi: ciò che solo i teorici del diritto con una solida preparazione giuridica sanno fare.

2. *Panoramica*

Una rassegna approfondita dei numerosi temi trattati nel testo richiederebbe ben altro spazio di quello che ho a disposizione. In generale, comincio con l'evidenziare che esso, come si ricava dal sottotitolo, si concentra sui problemi tipici di quella che la tradizione giuridica considera l'unità fondamentale del diritto, la *norma giuridica*. Scelta, questa, che, da un lato, ha illustri predecessori (basti rammentare che la celeberrima *Teoria generale del diritto* di Bobbio è frutto dell'unione di due volumi autonomi, dedicati – appunto – alla norma giuridica e, rispettivamente, all'ordinamento giuridico²); dall'altro, invita alla discussione chi, come il sottoscritto, è fautore di un approccio ermeneutico-giuridico, antinomicentrico, per il quale la produzione del diritto è determinata dalle norme tanto quanto dai fatti³.

A tal riguardo, vi è un ulteriore aspetto generale meritevole di segnalazione, specie per il lettore non avvezzo al dibattito giusfilosofico contemporaneo. Come pure segnala il titolo del libro e come Pino ribadisce sin dall'inizio, la sua impostazione è di tipo *analitico*. Egli aderisce, cioè, a un indirizzo di pensiero – certamente dominante nella filosofia del diritto italiana degli ultimi sessant'anni (a partire da Bobbio e Scarpelli, passando per Tarello, Guastini e Ferrajoli, solo per citare i nomi più noti) – in cui prevale una “particolare attenzione verso la dimensione linguistica”, la “ricerca di chiarezza nell'analisi dei problemi trattati” e una mentalità “divisionista”, propensa “a distinguere [...] il piano della ricostruzione teorica da quello della proposta di politica del diritto (e della valutazione morale)”⁴.

L'ultima considerazione introduttiva da fare riguarda l'articolazione complessiva dell'opera, la quale contempera perfettamente le due fondamentali esigenze

² N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993.

³ Sul punto, sia consentito rinviare alla recente antologia *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, a cura di G. CARLIZZI-V. OMAGGIO, ETS, 2016.

⁴ TAD, p. 13 s.

della teoria del diritto: restare in continuità col suo fruttuoso *passato* prossimo e remoto, e proiettarsi in un *futuro* che si annuncia recalcitrante a molti degli schemi ricevuti. Sotto il primo profilo, la corrispondenza dell'impianto di fondo del volume al modello dell'analisi giusteoria trova riscontro: nella Parte I, dedicata a nozioni più o meno classiche come quelle di "disposizione", "norma" e "atto normativo", nonché al tema esemplare della struttura della norma giuridica; nella Parte II, dedicata ai principali tipi di norme giuridiche, in particolare alla distinzione, ancora assai dibattuta, tra regole e principi; nella Parte IV, dedicata al problema risalente della configurazione gerarchica dell'ordinamento e del fondamento della sua unità e obbligatorietà. Le esigenze di promozione del volto venturo della disciplina sono invece coltivate nella Parte III, la quale non solo chiarisce i controversi rapporti tra i concetti-chiave di "validità", "efficacia", "certezza" e "giustizia" di una norma, ma arricchisce altresì il quadro che ne risulta col nuovo concetto di "applicabilità" normativa.

3. *Teoria del diritto e teoria del ragionamento giuridico*

Svolta questa breve panoramica, mi concentrerò sulla Parte appena indicata, sicuramente la più originale e suscettibile di ulteriori sviluppi, relativa a *Esistenza, uso, valutazione delle norme*. Come detto, infatti, mi pare che sia soprattutto qui che risiede la meritoria attualizzazione giusteoria compiuta da Pino. Se il peculiare valore della teoria del diritto consiste nel fornire al giurista una guida generale anche sul piano *pratico*, allora essa non può limitarsi, come ha fatto fino a un certo punto della sua (giovane) storia, a indagare i tipi di norme (es.: prescrittive/constitutive), la relativa struttura (es.: condizionale/categorica), il fondamento della loro esistenza (es.: *Grundnorm*) e i loro rapporti reciproci (es.: successivi, antinomici ecc.). La teoria del diritto deve piuttosto rivolgersi anche alle costanti del momento tipico dell'applicazione normativa, in particolare ai temi centrali delle teorie dell'argomentazione giuridica. In breve: se vuole continuare a prosperare, la *teoria del diritto* deve compenetrarsi con la *teoria del ragionamento giuridico*, dando luogo a una disciplina per molti versi inedita, che di sicuro farà storcere il naso a qualche purista della disciplina, ma che, nondimeno, è perfettamente aderente allo spirito dei tempi. Il senso di questa operazione è ben illustrato dallo stesso Pino nel paragrafo intitolato *Dall'ordinamento al ragionamento*: "[In base al nuovo approccio della teoria giuridica,] l'interesse del teorico del diritto verte non solo sulle condizioni alle quali una norma esiste o appartiene a un

ordinamento giuridico (in breve: sulla validità), ma anche principalmente sul ragionamento giuridico che porta all'individuazione e all'applicazione del diritto"⁵.

"*Applicabilità*" è dunque il nuovo concetto con cui la teoria e, di risulta, la scienza e la prassi del diritto dovranno fare i conti. Pino ne fornisce una definizione tanto breve quanto istruttiva: "possibilità giuridicamente giustificata di fare uso di un atto normativo, di una disposizione o di una norma"⁶ (per semplicità, nel prosieguo mi limiterò all'uso delle sole norme). Ma esattamente cosa c'è alla base di questa innovazione categoriale? La risposta del libro in esame suona così: la teoria del diritto tradizionale, incentrandosi sulla nozione di "validità", intesa come modo d'essere specifico delle norme (in contrapposizione alla mera esistenza delle entità empiriche), non è in grado di affrontare compiutamente diversi problemi, sia propri, sia di pertinenza della filosofia del diritto. Ai primi sono dedicati i prossimi paragrafi.

4. *Validità vs. applicabilità normativa*

Lo studio della *validità* normativa, dunque, non consente da solo di affrontare le molteplici questioni di competenza della teoria del diritto. Occuparsi dei modi in cui le norme nascono, si estinguono e così via non basta a spiegare come vengono selezionate, coordinate ecc. da chi ne fa istituzionalmente uso. Ribadito ciò, l'utilità di una teoria del diritto che integra in sé anche questioni di applicabilità si coglie su diversi piani.

In primo luogo, si danno casi nei quali una norma è invalida ma applicabile e, all'opposto, casi in cui una norma è valida ma non applicabile. E il giurista non può sorvolare su questa possibilità di dissociazione, a pena di smarrirsi nelle situazioni in cui si manifesta. Al riguardo, peraltro, occorre distinguere due nozioni di "validità", che si alternano di continuo, ma sempre in modo ordinato, nel testo in esame: validità nel senso tradizionale (proprio dello Stato legislativo), di specifico modo d'essere della norma; validità nel senso più recente (proprio dello Stato costituzionale), di conformità della norma a un parametro formale o materiale. La precisazione è importante perché previene equivoci pericolosi, in particolare fa comprendere che i casi di dissociazione tra validità e applicabilità nelle due prospettive non coincidono perfettamente. In sostanza, mentre la prospettiva seguita è tendenzialmente indifferente con riguardo ai casi di norma *valida* ma *non* (illimitatamente) *applicabile* (es.: norma incriminatrice di nuova introduzione, che il giudice può utilizzare per sanzionare fatti futuri, ma non passati, dato il divieto

⁵ *Ivi*, p. 101.

⁶ *Ivi*, p. 131.

di retroattività della *lex gravior*), la distinzione tra le due prospettive riprende importanza nei casi di norma *non valida* ma *applicabile*. Infatti:

a) nella prospettiva della validità come specifico *modo d'essere*, esemplare è la norma del diritto straniero, che non esiste nel, non appartiene al, nostro ordinamento nazionale, eppure è applicabile dai giudici italiani;

b) nella prospettiva della validità come *conformità*, invece, esemplare è la norma che, sebbene incostituzionale, risulti nondimeno preferibile alla luce di altre considerazioni⁷. Mi chiedo se il presente paradigma non possa contribuire a inquadrare – non certo a legittimare: non è questo il compito della teoria del diritto – l'applicazione di significati legali in contrasto con la Costituzione, ma attuativi di principi, diritti o interessi rilevanti in base alla CEDU o all'ordinamento UE, che l'interprete ritenga preminenti⁸.

5. Criteri e metacriteri di applicabilità: l'ideologia delle fonti

L'interrogativo appena formulato rimanda al versante dei criteri e dei metacriteri di applicabilità, sul quale Pino, con l'ausilio di un ricchissimo corredo di esempi, offre un saggio incisivo di tutto il suo acume. Egli intende per “*criterio di applicabilità*” ogni prescrizione che permette o impone di preferire “una norma [...] ad altre norme [...], senza determinare necessariamente anche l'annullamento dell'atto normativo da cui sono tratte le norme ‘scartate’, ma solo la loro disapplicazione”⁹. E propone una lunga e istruttiva lista, che comprende non solo i criteri dell'art. 12 disp. prel. c.c., ma anche i criteri di preferenza gerarchica o per competenza (es.: principio di riserva di legge in materia penale), di disciplina della successione di leggi nel tempo, di soluzione delle antinomie e così via¹⁰.

Ora, cosa accade quando due o più criteri di applicabilità entrano in conflitto tra loro? È qui che entrano in gioco i *metacriteri di applicabilità*. Si tratta di *direttive* che stabiliscono quale tra varie *prescrizioni*, che determinano l'applicabilità di *norme* contrastanti a una stessa situazione, debba prevalere ai fini della disciplina

⁷ *Ivi*, p. 140 s.

⁸ Problema assai attuale, quanto meno nei casi in cui le norme costituzionali violate finiscono veri e propri controlimiti, come mostra il recente “caso Taricco”, sul quale cfr. C. PAONESSA-L. ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pacini, 2016. Mentre il presente lavoro era in bozze, la Corte costituzionale, con ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, ha sottoposto in via pregiudiziale alla CGUE alcune questioni di interpretazione che coinvolgono proprio il rapporto tra garanzie costituzionali in materia penale e regole dell'ordinamento eurounitario.

⁹ TAD, p. 147 (corsivi nell'originale).

¹⁰ *Ivi*, pp. 143-152.

di quest'ultima. Prendiamo il caso che, dalla disposizione D (es.: art. 640 c.p.), sia possibile ricavare, da un lato, secondo il criterio C^1 (criterio letterale), una norma N^1 (che vieta di imbrogliare inducendo in errore la vittima), dall'altro, secondo il criterio C^2 (criterio teleologico), una norma N^2 (che vieta in generale di arricchirsi slealmente a danno di altri, anche soltanto approfittando di un suo stato di errore preesistente), contrastante con la prima (perché vieta anche fatti leciti in base a questa). Ebbene, se si dispone di un metacriterio M (principio di tassatività¹¹, che impone all'interpretazione penale di non travalicare il significato letterale di D), sarà possibile stabilire la prevalenza di una coppia normativa sull'altra (nel suddetto esempio: di C^1 - N^1 su C^2 - N^2). L'aspetto più interessante del tema, colto lucidamente da Pino, è questo: i metacriteri di applicabilità sono frutto di scelte dipendenti non solo dall'ordinamento in cui operano, ma anche e soprattutto dalla cultura giuridica che pure ne è guidata. In breve: i metacriteri di applicabilità invalsi in un certo ordinamento riflettono non tanto le previsioni di quest'ultimo, quanto le *ideologie delle fonti* effettivamente seguite dagli interpreti (formalismo concettualista, formalismo legalista, sostanzialismo), ognuna delle quali spingerà a preferire certi criteri di applicabilità a discapito di altri.

6. *Un paradosso apparente: il giudice, soggetto alla legge, che decide come farne uso*

A mio avviso, il discorso appena svolto dà luogo a un paradosso apparente, formulabile nei seguenti termini: com'è possibile che i metacriteri in esame, che disciplinano l'uso delle norme da parte dei soggetti competenti, in particolare dei giudici, siano per certi versi individuati anche da questi ultimi? L'interrogativo, a sua volta, non è altro che la particolarizzazione di uno dei problemi capitali del pensiero giuridico dell'*ultimo quarantennio*: com'è possibile riconoscere il ruolo centrale che il giudice indubbiamente svolge nel diritto contemporaneo, senza legittimarne l'autosottrazione al vincolo alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), e con ciò l'autopromozione ad artefice del diritto? Al riguardo, può essere utile partire dal riferimento all'"ultimo quarantennio", che si giustifica così: tra le cause principali della centralità del giudice contemporaneo, vi sono la *costituzionalizzazione* e la *sovranazionalizzazione* del diritto¹², cioè fenomeni di influsso, che, pur radicandosi in origine in atti normativi degli anni 40 (la Costituzione repubblicana del 1948) e 50 (la CEDU del 1950 e i Trattati comunitari del 1951 e del

¹¹ È interessante notare che Pino classifica il divieto di analogia, che costituisce per certi versi l'altra faccia della medaglia di cui fa parte il principio di tassatività, come criterio (anziché come metacriterio) di applicabilità: *ivi*, p. 149.

¹² Cfr. V. OMAGGIO, *Saggi sullo stato costituzionale*, Giappichelli, 2015, cap. 3.

1957), hanno avuto pieno riconoscimento solo via via, negli anni 60 (influsso comunitario, grazie alla CGCE, prima, alla Consulta, poi), 70 (influsso costituzionale, grazie innanzitutto alla dottrina) e 2000 (influsso euroconvenzionale, grazie alle celeberrime “sentenze-gemelle” del 2007). Sono partito da questa osservazione, perché mi pare che offra una solida evidenza a favore della tesi realista di Pino, della matrice non esclusivamente positiva, ma anche e soprattutto culturale delle ideologie delle fonti. In effetti, la sommaria ricostruzione appena proposta mostra che i modi di funzionamento dell’ordinamento italiano sono mutati nel corso della seconda metà del XX secolo, sulla base di metacriteri che non si davano *univocamente* all’inizio di tale fase, e dunque sono *in gran parte* frutto della cultura giuridica (es.: collocazione delle norme euroconvenzionali a un livello interposto tra quello costituzionale e quello legislativo). Con ciò non pretendo certo di aver risposto all’interrogativo posto. Il fatto è che non credo che ci sia una risposta tranquillizzante. Finché l’analisi resterà ancorata al piano dell’*effettività*, sarà difficile negare che il giudice abbia la possibilità *materiale* di svincolarsi in qualche misura dalla legge e di divenire artefice del diritto in concorso con il legislatore, senza bisogno di ricevere legittimazione da questa o quella costruzione teorica¹³.

D’altro canto, sul versante riformistico, queste tendenze non sembrano facilmente frenabili, specie quando soddisfano richieste di tutela dei diritti fondamentali che la politica non è in grado di fronteggiare in tempo reale (si pensi alle recenti vicende giudiziarie relative: all’impianto di embrioni crioconservati, alle scelte di fine vita di soggetti gravemente malati, all’adozione di minori da parte di coppie omosessuali ecc.). Credere che il legislatore possa ostacolare la giurisprudenza mediante continue riforme correttive dei suoi orientamenti innovativi (ciò che pure in astratto sarebbe possibile) sarebbe semplicemente velleitario. Per quanto possa sembrare un mero palliativo, la principale contropinta all’espansionismo giudiziario, di cui si avverte l’esigenza soprattutto in diritto penale, sembra avere la stessa matrice, culturale, della spinta che mira a contrastare. È l’*etica giudiziaria* dei *limiti* e delle *conseguenze*, che solo una formazione critica, non puramente nozionistica, impartita durante e dopo gli studi universitari, può ingenerare. Un’etica senza la quale ogni tentativo di contenimento puramente artificiale sarebbe destinato al naufragio.

¹³ Per una riflessione di più ampio respiro sul ruolo dell’effettività, con particolare riguardo ai rapporti tra ordinamenti nazionali e sovranazionali, mi permetto di rinviare a G. CARLIZZI, *Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla “sentenza Melloni”*, in questa *Rivista*, 2013, pp. 315-319.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

ALESSANDRO AMATO – Geologo, dirigente di ricerca dell’Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia (INGV)

DAVIDE AMATO – Assegnista di ricerca nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

STEFANO ANASTASIA – Ricercatore nell’Università di Perugia

COSTANZA BERNASCONI – Professore associato nell’Università di Ferrara

ROBERTO CALCINARI – Avvocato del Foro di Fermo

VALENTINA CALDERONE – Direttore dell’associazione “A buon diritto”

GAETANO CARLIZZI – Giudice del Tribunale Militare di Roma

ADOLFO CERETTI – Professore ordinario nell’Università di Milano-Bicocca

ALESSANDRO CORDA – Post-Doctoral Research Fellow presso la University of Minnesota Law School (USA)

LUIGI CORNACCHIA – Professore associato nell’Università del Salento

FRANCO CORLEONE – Garante regionale delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale della Regione Toscana e Coordinatore dei Garanti territoriali per i diritti dei detenuti – Commissario unico del Governo per il definitivo superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari ed il completamento delle Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza

CRISTINA DE MAGLIE – Professore ordinario nell’Università di Pavia – Institute for Legal Research University of California, Berkeley School of Law

DIMITRI DIMOULIS – Professore associato presso la Fondazione Getúlio Vargas di San Paolo, Brasile

GIUSEPPE DI VETTA – Avvocato del Foro di Pisa

LUCIANO EUSEBI – Professore ordinario nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

ALBERTO GARGANI – Professore ordinario nell’Università di Pisa

DAVID GARLAND – Professore presso la New York University (USA)

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell’Università di Firenze

STUART P. GREEN – Professore presso la Rutgers Law School, Newark (USA)

CARLO GUARNIERI – Professore ordinario nell’Università di Bologna

LUIGI MANCONI – Senatore della Repubblica

MARIA NOVELLA MASULLO – Ricercatore nell’Università di Roma Tor Vergata

OLIVIERO MAZZA – Professore ordinario nell’Università di Milano-Bicocca

EDOARDO MAZZANTI – Perfezionato presso la Scuola Superiore Sant’Anna di
Pisa

DARIO MICHELETTI – Professore associato nell’Università di Siena

GHERARDO MINICUCCI – Dottore di ricerca nell’Università di Firenze

FABIO NICOLICCHIA – Assegnista di ricerca nell’Università di Ferrara

DOMENICO NOTARO – Professore associato nell’Università di Pisa

TULLIO PADOVANI – Professore ordinario nella Scuola Superiore Sant’Anna di
Pisa

DOMENICO PULITANÒ – Professore emerito nell’Università di Milano-Bicocca

PIERPAOLO RIVELLO – Procuratore Generale Militare presso la Corte di
Cassazione

ANA LUCIA SABADELL – Professore presso la Faculdade Nacional de Direito
della Universidade Federal di Rio de Janeiro (Brasile)

FREDERICK SCHAUER – David and Mary Harrison Distinguished Professor of
Law presso la University of Virginia (USA)

ALESSANDRO SPENA – Professore ordinario nell’Università di Palermo

GIOVANNI TARLI BARBIERI – Professore ordinario nell’Università di Firenze

VITO VELLUZZI – Professore ordinario nell’Università Statale di Milano

LUCIANO VIOLANTE – Professore ordinario nell’Università di Camerino

LORENZO ZILLETTI – Avvocato del Foro di Firenze, Responsabile del Centro
Studi giuridici e sociali «Aldo Marongiu» dell’Unione delle Camere Penali
Italiane

Criteri per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato direttivo di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni, i cui nominativi sono raccolti nella lista riportata di seguito. I Revisori riceveranno, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Saranno pubblicati unicamente gli scritti valutati favorevolmente da due Revisori che li hanno giudicati l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Nel caso di pareri discordanti espressi dai due Revisori, il Direttore può richiedere una valutazione, sempre in forma anonima, a un terzo Revisore esterno, il cui giudizio sarà vincolante ai fini della pubblicazione o meno.
3. 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.
4. 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	Désirée Fondaroli	Alessandro Melchionda
Marta Bertolino	Gabriele Fornasari	Sergio Moccia
Alberto Cadoppi	Roberto Guerrini	Vito Mormando
Giampaolo Demuro	Giulio Illuminati	Vania Patanè
Giulio De Simone	Gaetano Insolera	Paolo Patrono
Alberto De Vita	Sergio Lorusso	Davide Petrini
Alberto di Martino	Ferrando Mantovani	Tommaso Rafaraci
Vittorio Fanchiotti	Luca Marafioti	Lucia Risicato
Giovanni Fiandaca	Enrico Marzaduri	Placido Siracusano
Giovanni Flora	Oliviero Mazza	Luigi Stortoni
Luigi Foffani	Nicola Mazzacuva	Paolo Veneziani

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di novembre 2017



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, Vincenzo Maiello, Marco Nicola Miletta,
Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini,
Ettore Randazzo, Francesca Ruggieri

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

www.edizioniets.com/criminalia

- **Primo Piano**
STUART P. GREEN, *L'utilità concettuale della nozione di malum quia prohibitum* – TULLIO PADOVANI, *Tortura: adempimento apparentemente tardivo, inadempimento effettivamente persistente* – FREDERICK SCHAUER, *Lie-Detection, Neuroscienze e diritto delle prove*
- **I grandi temi Welfare e diritto penale**
DAVID GARLAND, *Welfare State sotto assedio* – DOMENICO PULITANÒ, *Welfare e diritto penale. Variazioni su un tema di Garland*
- **Tavola rotonda: Colpa informativa e cautele autoprotettive nelle zone ad alto rischio sismico (a proposito della sentenza "Grandi Riscchi". – Cassazione penale, sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478). Nota introduttiva. Ne discutono:**
ALESSANDRO AMATO - DAVIDE AMATO - ROBERTO CALCINARI - DOMENICO NOTARO
- **Dibattito. Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale.** Nota introduttiva di Fausto Giunta - Sezione I – *L'insostenibile leggerezza del testo* – DARIO MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità* - Sezione II – *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio* – COSTANZA BERNASCONI, *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale* - Sezione III – *Il giudice legislatore: verso il crepuscolo della distinzione tra jus facere e jus dicere?* – DOMENICO PULITANÒ, *Tra jus facere e jus dicere* – GIOVANNI TARLI BARBIERI, *Il diritto, oggi: tra il dire e il fare* – VITO VELLUZZI, *Interpretazione, interpreti e diritto penale. Brevi riflessioni* - Sezione IV – *Saranno magistrati: l'anacronistica immutabilità dell'ordinamento giudiziario* – CARLO GUARNIERI, *Ruolo della giurisdizione e modelli di reclutamento della magistratura* – LUCIANO VIOLANTE, *Verso un giudice di common law?* – LORENZO ZILLETTI, *La giurisprudenza oggi: tra tracimazioni ermeneutiche e legittimazione*
- **Il punto su... Il caso Provenzano** – FRANCO CORLEONE, *41-bis, un regime detentivo senza fine ma con un fine* – LUIGI MANCONI, STEFANO ANASTASIA, VALENTINA CALDERONE, *Abolire il "carcere duro". Legittimità e limiti del 41-bis alla luce della sua applicazione*
- **Il punto su... Partecipazione democratica alle scelte politico criminali e garanzie individuali nell'epoca del diritto penale tecnocratico. Un bilancio di inizio secolo** – LUCIANO EUSEBI, *Prevenzione e garanzie: promesse mancate del diritto penale o paradigmi di una riforma penale «umanizzatrice»?* – ALBERTO GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis espansiva del processo* – OLIVIERO MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo* – LUCIANO VIOLANTE, *La produzione del penale tra Governo e Parlamento maggioritario*
- **Antologia**
LUIGI CORNACCHIA, *Lex imperfecta: ciò che sopravvive della Normentheorie di Binding nella dommatica penale* – CRISTINA DE MAGLIE, *Alla ricerca di un "effective compliance program": venticinque anni di esperienza statunitense* – GIUSEPPE DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno»* – MARIA NOVELLA MASULLO, *Dietro le quinte: la riemersione della punibilità del falso qualitativo. Un confronto sulle possibili controindicazioni desumibili dal tipo* – EDOARDO MAZZANTI, *Violazione di diritti umani e responsabilità dello Stato. La prevenzione dei disastri come "alternativa" al diritto penale* – GHERARDO MINICUCCI, *Contributo allo studio del dolo di bancarotta patrimoniale* – PIERPAOLO RIVELLO, *Il ruolo attribuito alla vittima del reato dalla normativa processuale italiana in rapporto a quello ad essa spettante innanzi alle Corti penali internazionali* – ANA LUCIA SABADELL, *Forme di "patriarcalismo" giuridico-penale in Brasile. Il caso delle molestie sessuali e della violenza sessuale* – ALESSANDRO SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*
- **Letture**
GAETANO CARLIZZI, *Le nuove frontiere della teoria del diritto. Riflessioni sul libro di Giorgio Pino, Teoria analitica del diritto I*

www.edizioniets.com/criminalia

€ 50,00

ISBN-13: 978-8846751065



9 788846 751065